

El control de constitucionalidad de las Altas Cortes sobre la prohibición del consumo de cannabis en América Latina

Coordinadora:
ADRIANA MURO POLO



**DERECHOS
HUMANOS**



**Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación**

PO

J736.190 El control de constitucionalidad de las Altas Cortes sobre la prohibición del
C667c consumo de cannabis en América Latina / coordinadora Adriana Muro
Polo ; esta obra estuvo a cargo de la Dirección General de Derechos
Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación
Ministro Arturo Zaldívar. – Primera edición. – Ciudad de México, México :
Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020.
1 recurso en línea (xiv, 374 páginas ; 23 cm.)

En la portada: Suprema Corte de Justicia de la Nación; Derechos
Humanos; DDHH Elementa

ISBN 978-607-552-150-3

1. Control constitucional – Tribunales internacionales – Delitos contra
la salud – Estudio de casos – América Latina 2. Tenencia de narcóticos –
consumo – Sentencias 3. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación
– Jurisprudencia – Análisis 4. Políticas públicas 5. Derechos humanos I. Muro
Polo, Adriana, coordinador II. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor
de prólogo III. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dirección
General de Derechos Humanos
LC KG966.N36A7

Primera edición: octubre de 2020

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los
titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma
alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo de la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte
de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación
de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El control de
constitucionalidad de las
Altas Cortes sobre
la prohibición del
consumo de cannabis
en América Latina

.....
Coordinadora:
ADRIANA MURO POLO

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Arturo Zaldívar
Presidente

Primera Sala

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá
Presidente

Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministra Norma Lucía Piña Hernández
Ministra Ana Margarita Ríos-Farjat

Segunda Sala

Ministro Javier Laynez Potisek
Presidente

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministra Yasmín Esquivel Mossa
Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministro Alberto Pérez Dayán

Contenido

Presentación	IX
I. ARGENTINA	1
1. Contexto nacional	3
2. El fallo Arriola y las implicancias simbólicas de un control de constitucionalidad ineficaz	9
Mariano Fusero	
3. Política de drogas, autonomía y libertades civiles: Los aportes del fallo Bazterrica.....	45
Ileana Arduino	
II. CHILE.....	79
1. Contexto nacional	81

2. Incidencia de las sentencias de la Corte Suprema de Chile en la incorporación de un enfoque de derechos en materia de consumo y cultivo de cannabis: el caso chileno	89
Daniela Quintanilla Mateff	
3. La Corte Suprema chilena y el autocultivo de marihuana para consumo personal.....	113
Claudio Fierro Morales	
III. COLOMBIA	129
1. Contexto nacional	131
2. La protección de la dosis personal desde la Corte Constitucional colombiana: los cimientos para una política de drogas con enfoque de derechos.....	141
Adriana Muro Polo	
Paula Aguirre Ospina	
3. La jurisprudencia penal sobre marihuana de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.....	177
David Filomena	
Rodrigo Uprimny Yepes	
IV. ECUADOR	207
1. Contexto nacional	209
2. Dosis de inocencia: Posesión y umbrales en la justicia ecuatoriana	215
Jorge Vicente Paladines Rodríguez	

3. Las Cortes de Ecuador frente al consumo de cannabis	239
María Cristina Meneses Sotomayor	
José Cristóbal Álvarez Ramírez	
V. MÉXICO	263
1. Contexto nacional	265
2. Marihuana y derechos humanos: Análisis e implicaciones de la doctrina de la SCJN	277
José Ignacio Morales Simón	
Carlos Gustavo Ponce Núñez	
3. La vía judicial como motor del cambio en política de drogas: la SCJN y la jurisprudencia en materia de uso personal de cannabis.....	319
Tania Ramírez	
Conclusiones generales	353
Adriana Muro Polo	
Bibliografía	363

Presentación

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su papel de tribunal constitucional, ha asumido un verdadero compromiso con la garantía y la protección de los derechos humanos de todas las personas en el país. Este compromiso puede apreciarse con toda claridad en una gran cantidad de sentencias dictadas en los últimos años que han tenido un impacto real en la vida de las personas. Por lo demás, no hay que perder de vista que las sentencias de la Suprema Corte no sólo resuelven casos concretos, sino que establecen precedentes que resultan aplicables a casos similares en el futuro.

De esta manera, el Máximo Tribunal del país ha emitido resoluciones que articulan respuestas jurídicas a algunos de los problemas que más afectan a nuestra sociedad. Un ejemplo de estas problemáticas que históricamente ha representado enormes retos para el Estado mexicano es la regulación de la producción, el tránsito y el consumo de drogas, en específico del *cannabis*. Como es ampliamente conocido, esta droga cuenta con el mayor número de usuarios en la región latinoamericana y sus

cifras de consumo se han incrementado significativamente en los últimos años.

Al igual que en México, en la mayoría de los países de América Latina ha prevalecido el enfoque tradicional para dar respuesta a este problema, que ha consistido en la adopción de políticas prohibicionistas. En este sentido, puede decirse que hasta hace algunos años la perspectiva de los derechos humanos había estado completamente ausente de las políticas estatales que se han instrumentado en relación con el consumo de drogas.

En este contexto, el libro que tengo la fortuna de presentar aborda la importancia del papel que las Altas Cortes en diversos países de América Latina han desempeñado como actores del cambio jurídico, al encauzar y direccionar la discusión pública para revertir la tendencia del prohibicionismo y punitivismo exacerbados. A partir de sus determinaciones, las Altas Cortes de la región han orientado la realización de acciones legislativas para avanzar en la regulación medicinal del *cannabis*, así como en la regulación y despenalización de su consumo para fines recreativos.

Un ejemplo de esta tendencia lo encontramos en la sentencia C-221/1994 de la Corte Constitucional de Colombia, por medio del cual se determinó que el consumo de drogas ilícitas y la posesión de éstas para uso personal no podrían ser penalizados. De igual manera, los fallos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Chile sobre el autocultivo del *cannabis*, impulsados por la Defensoría Pública Penal, contribuyeron a despenalizar el autocultivo del *cannabis* y permitir su uso medicinal y recreativo.

En sentido similar, la Corte Suprema argentina impulsó cambios importantes por medio del histórico *Fallo Arriola*, en el cual determinó por unanimidad la inconstitucionalidad de los tipos penales que criminalizaban a las personas consumidoras de drogas. La Corte Suprema consideró que la posesión o tenencia de sustancias psicoactivas para uso

personal se encuentra dentro de la esfera privada de las personas, por tanto, dicha conducta está protegida por la Constitución argentina.

En el caso de Ecuador, la Corte Nacional de Justicia dejó sin efectos un precedente que establecía la acumulación de penas por delitos relacionados con el tráfico de drogas. Con dichas acumulaciones, se llegaba a imponer penas de hasta 40 años de prisión. Recientemente, en el año 2019, el Congreso de Ecuador aprobó el uso terapéutico y medicinal de *cannabis*.

No es exagerado decir que los pasos más importantes para cambiar la política de drogas en México han provenido de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.¹ En efecto, en 2015 se emitió un fallo histórico otorgando un amparo que hizo posible un permiso para el uso lúdico del *cannabis*,² decisión a la que se sumarían otras sentencias hasta formar jurisprudencia en este tema.³ El valor de las determinaciones que ha tomado la Suprema Corte mexicana estriba en la introducción de los derechos humanos como un elemento imprescindible a considerar en la discusión pública sobre el uso de drogas, lo que implica que la política de drogas debe diseñarse teniendo en cuenta las libertades y los derechos fundamentales de todas las personas.

De esta manera, en el caso mexicano la Suprema Corte ha desarrollado una línea jurisprudencial que pone el derecho al libre desarrollo de la personalidad por encima de un sistema basado en el paradigma prohibicionista, estableciendo que la prohibición absoluta del consumo lúdico

¹ Al respecto, véase Zedillo Ponce de León, Ernesto, Pérez Correa González, Catalina, Madrazo Lajous, Alejandro y Alonso Aranda, Fernanda, *La política de drogas en México: causa de una tragedia nacional. Una propuesta radical e indispensable para remediarla*, Programa de Política de Drogas, Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2019, Aguascalientes, p. 29.

² SCJN, amparo en revisión 237/2014, Primera Sala, 4 de noviembre de 2015, ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

³ SCJN, amparo en revisión 1115/2017, Primera Sala, 11 de abril de 2018, ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo; SCJN, amparo en revisión 623/2017, Primera Sala, 13 de junio de 2018, ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz; SCJN, amparo en revisión 548/2018, Primera Sala, 31 de octubre de 2018, ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea; SCJN, amparo en revisión 547/2018, Primera Sala, 31 de octubre de 2018, ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández.

del *cannabis* es inconstitucional. En efecto, con una estrecha conexión a la noción amplia de autonomía personal, el libre desarrollo de la personalidad se opone a las doctrinas que legitiman al Estado para dictar lo que favorece a las personas, o a las que pugnan por la promoción de modelos de virtud personal, es decir, se contraponen al paternalismo injustificado y al perfeccionismo estatal; en cambio, busca que toda persona tenga la libertad de realizar cualquier conducta en tanto no dañe a terceros.

En ese tenor, el criterio desarrollado considera que la elección de una actividad recreativa o lúdica, entre las que se ubica el consumo del *cannabis*, es una decisión que pertenece indudablemente a la esfera de autonomía de la persona; así, la Suprema Corte ha sentado bases que fortalecen la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad y, dentro de su espectro, el uso del cannabis. A esta doctrina debe sumarse el amplio desarrollo que existe en la jurisprudencia del Máximo Tribunal sobre la protección del derecho a la salud. Lo anterior permite afirmar que existen fundamentos sólidos para desarrollar una regulación orientada a reducir los estragos de la prohibición.⁴

De este modo, la actuación del Tribunal Constitucional de México ha consolidado la protección de la autonomía personal como principio básico que debe ser tomado en cuenta al momento de diseñar la política de drogas, con miras a contar con una regulación en la que existan condiciones adecuadas para que las personas puedan tomar decisiones informadas sobre el uso de sustancias y cuenten con mecanismos para un acceso seguro a las mismas.⁵

No puedo dejar de mencionar que la actuación de la Suprema Corte ha generado una gran variedad de reacciones. En este sentido, por ejemplo, se ha llegado a cuestionar la legitimidad del Alto Tribunal para incidir

⁴ Zedillo, Pérez Correa, Madrazo y Alonso, *op. cit.*, p. 52.

⁵ *Ibidem*, pp. 50-51.

en la política de drogas, lo que no es otra cosa que formular en este contexto la conocida crítica al carácter contra mayoritario del control constitucional. Con independencia de los debates que existen en el plano filosófico sobre esta crítica, es importante recordar que el control constitucional y en general la interpretación de la Constitución forman parte de las competencias que la Constitución mexicana ha asignado a la Suprema Corte, las cuales pueden ejercerse incluso frente a decisiones tomadas por mayorías parlamentarias.

Ahora bien, con la conformación de la jurisprudencia a la que antes me referí, se abrió la puerta para que, a través de la substanciación de la declaratoria de inconstitucionalidad 1/2018, la Suprema Corte realizará un ejercicio histórico y comunicara al Congreso mexicano que debía superar los problemas de inconstitucionalidad relativos a la prohibición absoluta del consumo del *cannabis*. En este contexto, el Máximo Tribunal otorgó al Poder Legislativo un plazo de noventa días, que fue prorrogado hasta el 30 de abril de 2020.⁶

Lo expuesto hasta ahora representa uno de los cambios jurídicos de mayor trascendencia en relación con la política de drogas en México. La consolidación de los criterios emitidos por la Suprema Corte mexicana, a partir de una perspectiva de derechos humanos, ha cuestionado de manera determinante el modelo prohibicionista y ha tenido el efecto de reorientar la política de drogas. En consecuencia, se ha colocado al Estado mexicano ante un nuevo paradigma, pues actualmente se analiza el diseño de las políticas públicas y del marco normativo que permitirá materializar los cambios que comenzaron a forjarse con estas decisiones.

Con ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se erige como un verdadero factor de cambio, pues a partir de sus decisiones ha generado transformaciones que concretan los valores que consagra la Constitución. De igual manera, las Altas Cortes de la región han desempeñado en

⁶ El plazo fue suspendido en virtud de la crisis mundial generada por la pandemia de COVID-19.

sus esferas nacionales roles fundamentales en la transformación de las políticas públicas que atienden esta problemática.

Esta obra es una contribución sumamente relevante, no sólo porque enriquece el debate sobre el ámbito al que está dedicado, a la par de ofrecer un rico ejercicio de derecho comparado, sino porque constituye un ejemplo del tipo de trabajos que se necesitan para avanzar hacia la consolidación de un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina, particularmente en el tema del *cannabis* y del consumo de drogas. Con seguridad, la obra se convertirá en una referencia obligada en nuestra región para quien se encuentre interesado en profundizar acerca de este fenómeno social y jurídico.

Ministro Arturo Zaldívar
*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de Judicatura Federal*

I. ARGENTINA

1. Contexto nacional*

La República de Argentina, al sur del continente americano, colinda con Brasil, Chile y Uruguay. Su población en 2019 según datos del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC) es de 44,938,712 habitantes.¹ En el escenario del mercado internacional de sustancias psicoactivas, Argentina es un país "de tránsito" de la cocaína. No obstante, en los últimos años han aparecido algunos laboratorios de producción de clorhidrato de cocaína, aunque con menor escala en comparación con los países de la región andina. De igual forma, la red de tráfico de marihuana proveniente de Paraguay, que ingresa al mercado urbano en Argentina, ha tejido cadenas de corrupción y ha aumentado la violencia en territorio argentino.²

* Los contextos nacionales fueron elaborados por el equipo de Elementa DDHH: Paula Aguirre Ospina, Renata Demichelis Ávila y Adriana Muro Polo.

¹ *Sobre la reforma de la ley de drogas en Argentina*. Transnational Institute. Disponible en: «<https://www.tni.org/en/node/16228>».

² Clavel, Tristan, *La ubicación estratégica de Corrientes, Argentina, la hace vulnerable a la corrupción*, In-Sight the Crime, 9 de junio de 2017. Disponible en: «<https://es.insightcrime.org/noticias/analisis/ubicacion-estrategica-corrientes-argentina-hace-vulnerable-corrupcion/>».

En materia de consumo de drogas, según el último estudio realizado en 2017 por la Secretaría de Políticas Integrales sobre Drogas de la Nación Argentina (SEDRONAR),³ el consumo reciente de alguna droga pasó de 3.6% en el año 2010 a 8.3% en el año 2017. Frente al uso de la marihuana, el estudio revela que es la droga ilícita de mayor consumo en el país. El 7.8% de la población declaró su uso en el último año: 10% hombres y 5.2% mujeres. Entre 2010 y 2017, el consumo de cannabis creció en todos los grupos de edad, tanto hombres como mujeres. No obstante, son los hombres jóvenes entre 18 y 24 años los que presentan las mayores tasas de consumo.⁴ A dichas cifras se suman la prevalencia de consumo de cocaína que coloca a Argentina entre los países con mayor índice de consumo de dicha sustancia psicoactiva.

El paradigma de la prohibición de las drogas contenido en las Convenciones Internacionales de Naciones Unidas se incorporó en el ordenamiento jurídico argentino a finales de la década de los sesenta. La Ley 17.567 de 1968 amplió la descripción de conductas penadas y las penas pasaron de 1 a 6 años de cárcel. La ley establecía sanciones por la posesión conforme a la Convención de 1988 sobre Tráfico de Estupefacientes y Psicotrópicos. Las legislaciones posteriores estuvieron enmarcadas en el discurso de guerra contra las drogas y utilización del sistema de justicia penal. La Ley 20.771 de 1974 "fue la primera ley penal especial contra las drogas enmarcada dentro de la doctrina de "seguridad nacional", lo que permitió considerar el delito de drogas como un delito federal".⁵ La Ley 23.737 de 1989 es la normativa vigente en materia de política de drogas,⁶ la cual prevé:

³ *Estudio Nacional en población de 12 a 65 años sobre consumo de sustancias psicoactivas*. Informe de Resultados núm. 1, Argentina, 2017. Disponible en: «<http://www.observatorio.gov.ar/media/k2/attachments/15.pdf>».

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Sobre reforma de la ley de drogas en Argentina*. Trasnational Institute. Disponible en: «<https://www.tni.org/en/node/16228>». Véase también: Ley 20.771. Publicada el 26 de septiembre de 1974 «<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-20771-40025>».

⁶ *Ley 23.737 de 1989*. Publicada el 10 de octubre de 1989. Disponible en: «http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_arg_fia_ley23737_sp.htm».

distintas conductas de tráfico y se aumenta la pena (de 4 a 15 años de prisión). Se discrimina entre tenencia ilegítima (simple) que mantiene la misma pena (1 a 6 años de prisión); y la tenencia para consumo personal, figura en la que se rebaja la pena (1 mes a 2 años de prisión), y se establece la posibilidad de desviar el proceso hacia una medida de seguridad curativa (en caso de ser "dependientes") o educativa (en caso de ser "experimentadores").⁷

Veinte años después, la Corte Suprema de Justicia emitió el histórico "Fallo Arriola"⁸ con el cual resolvió por unanimidad la inconstitucionalidad de la criminalización de las personas usuarias de drogas después de diversos casos con decisiones contradictorias.⁹ La decisión del Tribunal argentino consideró que el delito de posesión o tenencia de sustancias psicoactivas para uso personal se encontraba en la esfera privada de las personas, la cual está protegida por la Constitución argentina. Es importante señalar que, a pesar de dicha sentencia, la legislación argentina aún sanciona dicha conducta. El fallo exhortó "a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país".¹⁰

En materia de consumo de cannabis con fines medicinales, en 2017 se emitió la Ley 27,350 Investigación Médica y Científica del uso medicinal

⁷ Corda, R. Alejandro, *Sistemas desproporcionados: desproporción y costos económicos, institucionales y humanos de la política sobre estupefacientes en Argentina*, Buenos Aires: Intercambios Asociación Civil/Universidad de Buenos Aires. Facultad de Ciencias Sociales, 2012. Disponible en: «<http://www.drogasyderecho.org/wp-content/uploads/2015/02/ss-argentina.pdf>».

⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Arriola, Sebastián y otros s/ RECURSO DE HECHO causa núm. 9080. Sentencia de 25 de agosto de 2009.

⁹ Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación. Fallo Colevini y fallo Bazterrica (1986).

¹⁰ Corda, R. Alejandro, *La estrategia fallida: encarcelamientos por delitos relacionados con estupefacientes en la Argentina* / R. Alejandro Corda; prólogo de Diana Rossi; Horacio Cattani, 1a. ed. revisada, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Intercambios Asociación Civil/Universidad de Buenos Aires. Facultad de Ciencias Sociales, 2016.

de la planta de cannabis y sus derivados.¹¹ Dicha normativa permite, además de la investigación médica y científica, la importación hasta que el Estado esté en condiciones de generar industria propia y permisos especiales para autocultivo (que deben ser inscritos en el Registro Nacional Voluntario).¹²

En el caso argentino se visibilizan diversos efectos que ha generado la política de drogas de corte prohibicionista. Por un lado, se refleja la utilización del ejército para llevar a cabo tareas de seguridad. Según han documentado las organizaciones de la sociedad civil como el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS):

La gestión de Cristina Fernández de Kirchner decidió la intervención de militares en la custodia de la frontera norte del país para reforzar la vigilancia aérea y terrestre como estrategia de "lucha" contra el narcotráfico –con los Operativos Fortín I y II y Escudo Norte. Esta decisión estuvo relacionada con la de trasladar a la Gendarmería Nacional, la fuerza de seguridad federal encargada de las fronteras, a patrullar los centros urbanos y los barrios pobres. Esta intervención en seguridad fue de hecho, sin reformar el marco legal. Durante el gobierno de Mauricio Macri la tendencia a habilitar la intervención militar en seguridad interna se profundizó y fue enmarcada en un programa político explícito alineado al paradigma de las "nuevas amenazas" y a una perspectiva prohibicionista y punitiva. El gobierno actual puso en el

¹¹ Ley 27.350, Investigación Médica y Científica del uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados. Disponible en: «<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/270000-274999/273801/norma.htm>». Véase también Decreto 738/2017. Reglamentación de la Ley 27.350 sobre "Investigación Médica y Científica de Uso Medicinal de la Planta de Cannabis y sus Derivados, 22 de septiembre de 2017. Disponible en: «<http://www.sajj.gob.ar/738-nacional-reglamentacion-ley-27350-sobre-investigacion-medica-cientifica-uso-medicinal-planta-cannabis-sus-derivados-dn20170000738-2017-09-21/123456789-0abc-837-0000-7102soterced?q=%28numero-norma%3A738%20AND%20fecha%3A2017%29%20>».

¹² Véase Fusero, Mariano y Chingal, Marcos, "Ley de uso medicinal del cannabis y facultades provinciales para legislar en materia de autocultivo", *Revista Igualdad, autonomía y derechos sociales*, número 10, de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

centro de su agenda la "guerra contra el narcotráfico" y el "combate al terrorismo".¹³

Las consecuencias de dicha política, la cual ha trascendido administraciones, se han traducido en detenciones arbitrarias y operativos discriminatorios en contra de grupos en situación de pobreza y de vulnerabilidad.¹⁴

En materia de criminalización de personas usuarias, se evidencia que el aparato gubernamental ha priorizado la persecución de la posesión o tenencia de sustancias psicoactivas. Lo anterior se refleja en las investigaciones en el ámbito nacional, por ejemplo:

En 2014 la Procuraduría de Narcocriminalidad (Procurar) de la Procuración General de la Nación presentó un informe en el cual indicó que en el año 2012 se registraron 9,414 causas por el delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal por los fiscales federales de todo el país (38.2% del total), siendo ésta la razón por la que más causas se iniciaron (Procuraduría de Narcocriminalidad, 2012). A este número habría que sumar las causas por el mismo delito que se registran en las fiscalías de la provincia de Buenos Aires, territorio donde intervienen las agencias penales locales. En el año 2008, las causas por tenencia para consumo personal iniciadas por los fiscales de la provincia de Buenos Aires fueron de 7,484.¹⁵

Aunado a lo anterior, el CELS ha documentado que, en los últimos diez años, aproximadamente 25,000 personas por año son criminalizadas por las fuerzas federales con motivo de tener escasa cantidad de sustan-

¹³ Asociación Civil Centro de Estudios Legales y Sociales, *La guerra interna: cómo la lucha contra las drogas está militarizando América Latina*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales CELS, 2018, p. 14.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ Chaparro Hernández, Sergio y Pérez Correa, Catalina, *Sobredosis carcelaria y política de drogas en América Latina*, CEED-Dejusticia. Documentos 41, p. 99. Disponible en: «<http://www.drogasyderecho.org/wp-content/uploads/2017/12/SobredosiscarcelariaypoliticaedrogasenAmericaLatina.compressed.pdf>».

cias para su propio consumo, principalmente cannabis. La mayoría son jóvenes, entre 16 y 30 años, de nacionalidad argentina, de bajos ingresos, sin antecedentes penales y sin estar cometiendo delito alguno al momento de su detención.¹⁶

Tanto los efectos del enfoque punitivo de la política de drogas en Argentina como los fallos de la Suprema Corte de Justicia han dado pie a esfuerzos dentro del sistema legislativo para impulsar una nueva legislación en la materia. En 2009, el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos formó para dicho objetivo un "Comité Asesor en materia de control del tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y criminalidad compleja".¹⁷

Dicha iniciativa generó inmediatamente ocho proyectos para la modificación de la normativa. Hasta 2019 "más de 25 proyectos de ley, de las más diversas bancadas políticas, se han presentado desde "Arriola' a la actualidad con el objetivo de despenalizar conductas asociadas al consumo, como lo son la tenencia de drogas y el autocultivo de cannabis. Ninguno prosperó".¹⁸

El escenario actual visibiliza la importancia de materializar los fallos de la Corte Suprema de Justicia y los esfuerzos de la sociedad civil organizada en un cambio profundo dentro del ordenamiento jurídico argentino, de tal forma que se garantice una política de drogas ajustada a la realidad de las dinámicas de consumo, tráfico y comercialización de sustancias psicoactivas.

¹⁶ CELS, Declaración "a 10 años de Arriola", 29 de agosto de 2009. Disponible en: «<https://www.cels.org.ar/web/2019/08/declaracion-a-10-anos-de-arriola/>»

¹⁷ *Sobre reforma de la ley de drogas en Argentina*. Transnational Institute. Disponible en: «<https://www.tni.org/en/node/16228>».

¹⁸ CELS, Declaración "a 10 años de Arriola", 29 de agosto de 2009. Disponible en: «<https://www.cels.org.ar/web/2019/08/declaracion-a-10-anos-de-arriola/>».

2. El fallo Arriola y las implicancias simbólicas de un control de constitucionalidad ineficaz

Mariano Fusero*

SUMARIO: I. Antecedentes normativos y jurisprudenciales (1926-1989). II. Debate parlamentario de la Ley 23.737 (1986-1989). III. Nueva intervención de la Corte Suprema (1990). IV. El fallo "Arriola" (2009). V. Conclusiones al presente (2020).

I. Antecedentes normativos y jurisprudenciales (1926-1989)

La penalización de la posesión de sustancias ilegalizadas en Argentina data de aproximadamente cien años de antigüedad, cuando la Ley 11.331 (1926) incluyó la sanción penal a quienes "[...] no estando autorizados para la venta, tengan en su poder drogas [...] y no justifiquen la razón legítima de su posesión o tenencia [...]". Desde entonces, la doctrina y jurisprudencia argentina se debate entre quienes sostienen la necesidad de la represión de las personas que consumen drogas por considerarlas un eslabón más de la cadena de tráfico, que afecta la salud pública o la seguridad nacional como valores superiores a custodiar por encima

* Presidente de RESET - Política de Drogas y Derechos Humanos. Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA) con orientaciones en Penal, Administrativo e Internacional Público. Diplomado en Política de Drogas en el Centro de Investigación y Docencia Económica (CIDE), México. Ex Becario en el Executive Course on Drug Policy, Diplomacy and Global Public Health, del Graduate Institute Geneva, Suiza. Ex Becario del Global Drug Policy Program, Reino Unido. Miembro del Comité de Ética del Instituto Knowmad, Alemania.

de las libertades individuales, y quienes entienden que tal represión no resiste un control de convencionalidad por afectarse derechos humanos que hacen a la autodeterminación, intimidad y privacidad de dichas personas, y por haber demostrado su ineficacia para controlar el fenómeno de sustancias prohibidas velando por la salud pública.

El rol del Poder Judicial y particularmente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), ha reflejado la filosofía jurídica y política de la época como auténtico órgano político del Estado, legitimando retóricas de contexto y dándoles entidad jurisprudencial. Desde la adopción del discurso positivista del higienismo y defensa social que primaba en aquellos años veinte, pasando por mediados de siglo en donde se observa una fuerte presión geopolítica ejercida por los países centrales impulsores de los instrumentos internacionales de fiscalización (1961 y 1971), junto al lanzamiento de la "guerra contra las drogas a escala planetaria" (1971) y su alianza con la doctrina de seguridad nacional en contextos dictatoriales o de debilidad democrática (1975-1983), para finalmente llegar a contextos de madurez institucional y reconocimiento gradual de derechos a fines de siglo XX y principios del corriente, en un contexto de democracia consolidada.

Tales contextos político-institucionales denotan la variedad interpretativa de la CSJN en lo que respecta al control de convencionalidad de la figura de posesión o tenencia para propio consumo de sustancias ilegalizadas y la política de drogas en general. Así fue como la CSJN sostuvo en contextos de supresión de garantías constitucionales (Fallo "Colavini"-1978¹), que la penalización de la tenencia establecida en la antigua Ley 20.771² era legítima y constitucional, argumentando para ello:

¹ Fallos de la CSJN 300:254, del 28 de marzo de 1978.

² El artículo 6o. de la Ley 20.771 establecía: "Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de cien a cinco mil pesos el que tuviere en su poder estupefacientes, aunque estuvieran destinados a uso personal".

Que tal vez no sea ocioso, pese a su pública notoriedad, evocar la deletérea influencia de la creciente difusión actual de la toxicomanía en el mundo entero, calamidad social comparable a las guerras que asolan a la humanidad, o a las pestes que en tiempos pretéritos la diezaban. Ni será sobreabundante recordar las consecuencias tremendas de esta plaga, tanto en cuanto a la práctica aniquilación de los individuos, como a su gravitación en la moral y la economía de los pueblos, traducida en la ociosidad, la delincuencia común y subversiva, la incapacidad de realizaciones que requieren una fuerte voluntad de superación y la destrucción de la familia, institución básica de nuestra civilización [...]

La norma bajo análisis había sido impulsada en 1974 por el entonces Ministro de Bienestar Social y creador de la fuerza paramilitar conocida como "Triple A" (Alianza Argentina Anticomunista), José López Rega, quien afirmaba que "las guerrillas son los principales consumidores de drogas en la Argentina, por tanto, la campaña antidrogas será auténticamente una campaña antiguerrilla".³ Dista tan sólo en un año desde su promulgación a los llamados 'Decretos de aniquilamiento'⁴ mediante los cuales se dio inicio al terrorismo de Estado en nuestro país. En tal sentido, la CSJN legitimaba y validaba esta construcción del estereotipo identitario "joven-consumo-delito-subversión" propiciado por quienes impulsaron la norma, la imagen bélica en donde el bien jurídico a proteger era la seguridad nacional y el "enemigo" a vencer era la narco-guerrilla proyectada en aquella identidad.

Tanto la legislación como su validación por el tribunal supremo hicieron principal mención a la "teoría del eslabón" mediante la cual se considera a las personas que consumen como un eslabón imprescindible de la cadena de tráfico. El proyecto de ley enviado al Congreso Nacional por el Ejecutivo Nacional, que posteriormente derivó en la aprobación de la

³ Conrad, C., Canabal, Ignacio, Ascolani, P. y Bertone, D. (2014), *Marihuana en Argentina. Historia, rendimientos, usos industriales y sociales del cannabis sativa*, Rosario, Santa Fe Argentina, 2014.

⁴ Decretos núms. 2770/75, 2771/75 y 2772/75.

Ley 20.771, afirmaba que "todo drogadicto es potencialmente un traficante de estupefacientes; por ello es necesario que aparte de su individualización se implemente su internación forzosa para su cura". A lo cual la CSJN agregaba que el tráfico:

[...] comienza por la producción y se clausura con la compra y la tenencia por el usuario. [...] Que ello nos remite a la siguiente consecuencia de una lógica irrefutable: si no existieran usuarios o consumidores, no habría interés económico en producir, elaborar y traficar con el producto, porque claro está que nada de eso se realiza gratuitamente. Lo cual, conduce a que si no hubiera interesados en drogarse, no habría tráfico ilegítimo de drogas; [concluyendo que] el tenedor de la droga prohibida constituye un elemento indispensable para el tráfico.

Cabe destacar que el condenado del caso, Ariel Colavini, había sido asesinado en la denominada "Masacre en el Pabellón Séptimo" de la cárcel de Villa Devoto⁵ dos semanas antes de la sentencia de la Corte. De tal forma, el Máximo Tribunal ratificaba la condena a prisión de una persona que había sido previamente asesinada en un hecho de violencia institucional que hoy es caratulado como delito de lesa humanidad. La acción imputada a Colavini, que dio lugar a su encierro y fallecimiento, fue llevar dos cigarros de marihuana en sus vestimentas mientras transitaba por una plaza de la localidad bonaerense del Palomar.

La vuelta a la democracia (1983) y una nueva composición de la CSJN, trajo consigo la revisión ineludible de tales conceptos mediante el antecedente "Bazterrica" (1986).⁶ En esta sentencia, la Corte analiza nuevamente la validación constitucional de la represión de la tenencia prevista en la misma norma que había sido objeto de examen en el caso "Colavini". El voto mayoritario consideró que la penalización de la tenencia con

⁵ Véase Cesaroni, C. *Masacre en el Pabellón Séptimo*, Ed. Tren en Movimiento.

⁶ Fallos de la CSJN 308:1392, del 26 de agosto de 1986.

fines de consumo era inconstitucional conforme el artículo 19 de la Constitución Nacional,⁷ manifestando que:

El art. 19 CN exige que no se prohíba una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada, que no ofendan al orden y a la moral pública, es decir que no ofendan a terceros [...] Las conductas del hombre que se dirijan solo contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones, siempre y cuando estos actos no trasciendan la esfera de la privacidad. [...] El Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos, sino ofrecerles libertad para que ellos los elijan. El derecho a la privacidad que contempla el art.19 es un derecho inscripto en la Constitución, fundamental para la existencia de una sociedad libre.

Sin embargo, a pesar de que el fallo es emblemático en su defensa a los preceptos constitucionales y precursor en nuestra región en tal sentido, algunos de sus considerandos reflejan la retórica política y social presente en aquellos años que perdura hasta nuestros días: la asociación de "consumo-enfermedad" bajo un paradigma médico hegemónico que totaliza los consumos sin contemplación alguna de los usos no problemáticos de las sustancias ilegalizadas, manteniendo ciertos componentes del higienismo de principios de siglo y fortaleciéndose como alternativa a la prisionización por medio de tratamientos compulsivos basados en la abstinencia. Asimismo, los votos de la minoría principalmente enaltecen la doctrina de seguridad urbana mediante la asociación "consumo-delito", virando la presunción de acciones atentatorias contra la seguridad nacional hacia delitos contra la propiedad privada.

Ese mismo año, 1986, se presentó un proyecto de ley que proponía la despenalización de la conducta de posesión con fines de consumo,

⁷ Artículo 19. Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

el cual inició un debate legislativo que perduró hasta la sanción de la Ley 23.737 en el año 1989 —vigente en la actualidad—. Debate que estuvo atravesado por la reciente firma de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas en 1988, que sugería a los Estados la penalización de la posesión de sustancias con fines de consumo "a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico" (art. 3o., inc. 2o.). Cabe destacar que la CSJN, como hemos visto, ya se había manifestado respecto de la inconstitucionalidad de tal represión en el fallo "Bazterrica", por lo cual no ameritaba hacer lugar a la sugerencia internacional.

Sin embargo, el Congreso Nacional revirtió las mociones despenalizadas que provenían del reciente antecedente de la CSJN y ratificó la sanción de la tenencia para consumo personal con la pena de un mes a dos años de prisión. Para entender los motivos de tal circunstancia histórica, en lo sucesivo aportaremos algunos de los argumentos sostenidos en el debate parlamentario que dio lugar a la sanción de la ley.⁸

II. Debate parlamentario de la Ley 23.737 (1986-1989)

La Cámara de Diputados de la Nación fue el órgano en donde se logró revertir los criterios despenalizadores que se desprendían del fallo "Bazterrica", de la media sanción de la Cámara de Senadores y del dictamen de minoría surgido en las Comisiones de Drogadicción y Legislación Penal. El argumento principal para ratificar la penalización de la tenencia para consumo, luego de que la CSJN había establecido su inconstitucionalidad tres años antes, es el agregado de las "medidas curativas y educativas"⁹ como supuesta alternativa a la pena de prisión. Agregaremos

⁸ Disponible en: «https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/debates/leyes_20001_24000.html».

⁹ Posibilidad de desviar el proceso hacia una "medida de seguridad" curativa (en caso de ser "dependiente") o educativa (en caso de ser "principiante o experimentador").

aquí algunos extractos del hilo argumental sostenido en el debate a tal fin.

El diputado por el Partido Renovador de Salta, Jorge Folloni, analizando las sentencias de la CSJN reseñadas hasta el momento, manifestó respecto del debate sobre la figura de tenencia para consumo personal, que:

[...] es del caso leer con detenimiento algunos de los fundamentos de nuestro alto tribunal, quien destaca 'En el caso de los adictos el encarcelamiento carece de razonabilidad [...] la sanción penal per se es insuficiente cuando no va acompañada de una terapia seria y medidas de rehabilitación. Por eso es necesario poner a prueba y aplicar otras medidas que sustituyan las sanciones penales y de encarcelamiento'. Aquí, precisamente, radica el acierto del proyecto que consideramos, pues no se limita ni mucho menos a considerar al consumidor como un mero delincuente sino que lo trata verdaderamente como lo que es: un enfermo al cual debe brindarse la posibilidad de rehabilitación y a quien se debe conminar para que se preste a ese proceso médico. [...] Una interpretación funcional, constructiva y armónica del pensamiento de nuestro tribunal supremo lleva a la conclusión de que el derecho a la privacidad no puede obligar a nuestra comunidad a aceptar conductas aberrantes desde el punto de vista social.

El mismo análisis se desprende del informe del dictamen de mayoría, el cual agrega que:

Los integrantes de las comisiones, conscientes de su responsabilidad en cuanto su función indelegable del Poder Legislativo para establecer las políticas criminales, con anterioridad al pronunciamiento de nuestro más alto tribunal habían comprendido que la pena no podía ser la única solución sin otra alternativa válida, criterio que de alguna manera recoge la Corte cuando sostiene la necesidad de armonizar el castigo con la posibilidad de estructurar un conjunto racional de medidas y acciones tendientes a

la cura, rehabilitación y reinserción social del adicto [...] No parece justo ni razonable admitir la supremacía de las conductas individuales a ultranza.

Cabe destacar que la Corte en ningún momento había sugerido alternativas a la prisionización que signifiquen medidas de tratamiento compulsivo a cambio del establecimiento de la pena de prisión, lo cual resulta extorsivo e inconstitucional. Sin embargo, el criterio de supuesta integridad que proponía el proyecto hacía conjeturar su encuadre dentro de lo sentenciado por el Tribunal Supremo a fin de ratificar la penalización de la tenencia.

A ello, el dictamen de mayoría agrega la teoría del eslabón, la insignificancia de la cuantía de sustancias en posesión, la defensa social como valor a reconsiderar y la función disuasoria de la pena, al afirmar que:

Las comisiones han entendido, al fijar la política criminal respecto de los afectados por el consumo de estupefacientes, que estos constituyen el último eslabón del tráfico ilícito de estupefacientes [...] Afirmamos que el derecho a la intimidad, una de cuyas características indubitables es su relatividad, no puede ser sostenido como valor absoluto. La condición de droga ilícita no puede neutralizarse en ninguna de las etapas, más allá de su cuantía, sino a riesgo de desproteger otro valor jurídico que, en esta interpretación, se privilegia: el de la salud pública. Mantener la incriminación como protección social a fin de que la norma, operando como preventora general, disuada nuevas conductas es nuestra voluntad legislativa.

A su vez, el mismo dictamen adjetiviza las posturas despenalizadoras de la posesión como "perimidadas", a pesar de que era el criterio vigente del Máximo Tribunal de la Nación para entonces, y responsabiliza a las personas que consumen por la propagación de "nuevas enfermedades". En tal sentido, afirma que:

[...] quienes piensan que la tenencia de drogas para su uso es un problema que depende de la libertad personal, están sosteniendo una *tesis ya perimida* frente a los daños personales, familiares y sociales que genera el consumo de drogas, afectando un valor que jurídicamente debe protegerse, cual es la salud pública, máxime cuando en *los medios de usos se encuentra una de las causas de contagio de nuevas enfermedades* [...] Se destacan fundamentalmente los dos extremos de la problemática que se plantea: atacar el tráfico ilícito de estupefacientes en su fuente y curar al último eslabón del mismo que es el consumidor final sea este adicto o experimentador, con un reproche penal cuando su indiferencia o falta de voluntad revele la necesidad de pena [las cursivas son nuestras].

El diputado por el Partido Autonomista de Corrientes, Carlos Contreras Gómez, reiteró algunas consideraciones respecto del bien jurídico que se pretendía proteger con la penalización de la tenencia y cuestiones relacionadas a la abstracción del peligro de tales conductas:

Al reprimirse la tenencia de estupefacientes *el bien jurídico protegido no es la integridad física y psíquica del individuo, sino la salud pública*, que se lesiona con el hecho del vicioso y sus malas consecuencias para ese consumidor particular [...] El vicioso es —así suele ser— un medio de difusión del vicio, excediendo este peligro el ámbito de las acciones privadas exentas de la autoridad de los magistrados. Se trata de un delito de peligro abstracto que se consuma con la realización de la conducta definida en la norma, sin necesidad de que realmente se haya puesto en peligro a la sociedad y menos que se haya producido un resultado [las cursivas son nuestras].

En este resumen de las posturas aportadas por quienes firmaron el dictamen de mayoría, cabe destacar, finalmente, lo dicho por la diputada por la entonces Capital Federal, Florentina Gómez Miranda:

En Estados Unidos la drogadicción es un problema grande. Allí no solo se legisla respecto de la cuestión, sino que se especifican los

tratamientos rigurosos a los que deben ser sometidos los drogadependientes. En esa dirección va el mundo, la humanidad se dirige hacia la defensa a ultranza de la salud pública, que es un derecho social al que no se le puede oponer ningún derecho individual, por importante que sea [...] La tenencia para uso propio es tenencia lisa y llana. Se trata de tenencia para drogarse y no podemos quedar impasibles ante este hecho. No le podemos decir a ese individuo que se siga drogando, que a la ley no le importa, porque no lo entiende.

Por su parte el dictamen de minoría, entre otras objeciones, planteaba que de acuerdo con lo dicho por la CSJN en "Bazterrica" era deber del Legislativo despenalizar la figura de tenencia para consumo. Sin embargo, como contrapartida, agravaba la escala penal de la tenencia simple que en el dictamen de mayoría se mantenía con la pena de uno a seis años de prisión al igual que la Ley 20.771. Para ello, la minoría proponía la fórmula siguiente: "[s]erá penado con pena de prisión de dos a diez años el que ilegítimamente tuviere en su poder estupefacientes. No es punible la tenencia de estupefacientes para el propio consumo inmediato, cuando por su cantidad y el modo no hayan puesto en peligro la salud de terceros".

Asimismo, este dictamen rechazaba los tratamientos compulsivos a cambio de la pena de prisión, considerando que "[...] no es posible, sino vulnerando preceptos constitucionales, imponer un tratamiento de forma coactiva, además de considerar que el éxito de cualquier terapia que se intente está condicionado al grado de afectación y participación del sujeto, que evidentemente no se logrará realizándola sin el concurso de su voluntad, convirtiéndose de esa manera en una mera pena accesoria".

Luego de un extenso debate surgido entre las contraposiciones de ambos dictámenes, la mayoría de la Cámara de Diputados logró ratificar la penalización de la tenencia para consumo y devolver el proyecto de ley al Senado con tal modificación. El debate del día 21 de septiembre de 1989 en el Senado de la Nación, redundó en una extensa confrontación entre

las posiciones despenalizadoras y criminalizantes de la posesión, que culminó cuando una mayoría decidió ratificar finalmente el criterio proveniente de la cámara baja y sancionar la actual ley 23.737 que penaliza la conducta de la forma siguiente:

Artículo 14. Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal.

El presidente provisional del Senado, Eduardo Menem, a fin de avalar la postura criminalizante y los tratamientos compulsivos de las personas que usan drogas, dijo:

Cuando se indica que el consumidor es un enfermo la expresión debe tomarse con cierta relatividad o se debe advertir que, en cierta forma, se trata de un "enfermo contagioso", y a éstos, algún tipo de medida hay que aplicarles, tales como de tipo asegurativo o curativo que tiendan a segregarlo mientras se encuentran en ese estado de contagio. Por lo expuesto, considero muy correcta la aplicación de estas medidas de seguridad, con la aclaración de que se va a tratar de corregirlo o readaptarlo mediante esa internación que está prevista en la disposición legal. Desde luego si no cumple viene el reproche penal, se va a transformar en la aplicación de una pena que reprima la culpabilidad delictiva, mientras que anteriormente nos referíamos a la peligrosidad delictiva, es decir se trata de un sujeto peligroso que no podemos dejar circular libremente.

Ese mismo año se creó la entonces Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y Lucha contra el Narcotráfico (SEDRONAR),¹⁰ organismo que se constituyó como el principal defensor de los postu-

¹⁰ El 12 de enero de 2017, mediante Decreto núm. 33/17, se cambió de nombre a Secretaría de Políticas Integrales sobre Drogas.

lados criminalizantes, abstencionistas y compulsivos. Tan es así que su primer secretario fue Alberto Lestelle, quien presidía la comisión de Drogadicción de la Cámara de Diputados al momento de la sanción de la ley y fue una de las voces impulsoras de tales postulados. Años más tarde, el principal autor de la ley y presidente de la Comisión de Legislación Penal al momento de aquella sanción normativa, Lorenzo Cortese, asumió la secretaría del organismo por disposición del presidente Fernando de la Rúa (año 2000).

III. Nueva intervención de la Corte Suprema (1990)

Vigente la Ley 23.737, una nueva composición de la CSJN emitió el fallo "Montalvo"¹¹ en 1990, avalando por voto de la mayoría y con expresa mención a la jurisprudencia sostenida en el caso "Colavini", la validez constitucional de la punición de la tenencia para consumo personal.

En tal sentido, el Máximo Tribunal sostuvo argumentos de defensa social intentando concluir el debate, al decir:

Que la diversa interpretación efectuada por los fallos dictados durante la vigencia de la ley 20.771, provocaron inseguridad jurídica y fue esa circunstancia, junto con el avance de la drogadicción, lo que determinó al legislador de la ley 23.737 a establecer como conducta delictiva, la tenencia de estupefacientes en escasa cantidad, inequívocamente destinada al uso personal, con lo cual ya no corresponde realizar evaluaciones sobre el tema y llegar a un casuismo, no querido por la ley ni por la sociedad, la que espera la protección de sus derechos que atañen a la moral, salud y seguridad públicas.

Asimismo, la Corte sostuvo un criterio pandémico algo novedoso respecto del consumo de sustancias ilegalizadas, al argumentar que "[...] el

¹¹ Fallos de la CSJN 313:1333.

efecto contagioso de la drogadicción y la tenencia a contagiar de los drogadictos son un hecho público y notorio, o sea un elemento de la verdad jurídica objetiva que los jueces no pueden ignorar. En una gran cantidad de casos, las consecuencias de la conducta de los drogadictos no quedan encerradas en su intimidad, sino que se exteriorizan en acciones".

Respecto al principio de lesividad, la CSJN consideró la validez de los delitos sin lesión y la teoría del eslabón, afirmando que "[...] al tratarse de una figura de peligro abstracto está ínsita la trascendencia a terceros, pues detrás del tenedor está el pasador o traficante hormiga, y el verdadero traficante, así como el que siembra o cultiva".

Cabe destacar que el contexto político local estaba signado por la reciente aprobación de la Ley 23.737, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 y la asunción al gobierno nacional de Carlos Saúl Menem, cuya política exterior demostraba un alineamiento inmediato con los mandatos de la potencia hegemónica y sus intereses geopolíticos en un contexto estadounidense atravesado por campañas abstencionistas del estilo *Just Say No*. La guerra contra las drogas era una de las excusas predilectas de contexto para la intervención geopolítica en diversas soberanías nacionales, con principal protagonismo de la *Drug Enforcement Administration* (DEA) y el *United States Southern Command* (USSOUTHCOM). Tal fue la sumisión argentina a estos postulados, entre otros, que el entonces canciller nacional Guido Di Tella explicó en un encuentro con las máximas autoridades del Banco Interamericano de Desarrollo, en Washington, la política exterior que Argentina quería mantener con los Estados Unidos: "No queremos tener relaciones platónicas: queremos tener relaciones carnales y abyectas".¹²

¹² Alcántara, M., García Montero, M., Sánchez López, F. (Coords.), *Relaciones internacionales: Memoria del 56o. Congreso Internacional de Americanistas*. Ed. Universidad de Salamanca, 2018.

No menos escandalosa fue la conformación de la CSJN que sentenció el caso, luego de que el presidente Menem lograra elevar el número de sus miembros a fin de obtener lo que por entonces se denominó "mayoría automática" en el voto de sus sentencias. Éstas reflejaban tal grado de sumisión y falta de independencia respecto del Poder Ejecutivo que cierta literatura política denomina a dicha composición "La Corte menemista". Tan es así, que el presidente del tribunal por entonces, Julio Nazareno, fue socio de Eduardo Menem, hermano del presidente, en el estudio jurídico que poseían en la provincia de la Rioja.

En tal sentido, cabe destacar que la mayoría de esta Corte respondía a la filosofía o ideología prohibicionista, abstencionista y criminalizante respecto de los consumos de sustancias ilegalizadas, cuya cadena de mando hacía escala en el Poder Ejecutivo Nacional para llegar finalmente a su principal fuente de direccionamiento con base en los intereses geopolíticos de la potencia del norte.

Tal situación perduró cuando menos hasta el año 2003, atravesando sin cambios sustanciales el mandato del presidente Fernando de la Rúa (1999-2001), hasta que la asunción del presidente Néstor Kirchner impulsó el juicio político de cinco de los integrantes del Tribunal Supremo, quienes renunciaron o fueron encontrados culpables de los cargos por los que se los acusaba. Dichos cargos versaban principalmente en su mal desempeño en causas ligadas a hechos de corrupción y delitos económicos en las cuales la Corte había beneficiado a empresas y familias relacionadas históricamente al poder político, pero a las cuales se podría haber sumado el fallo "Montalvo", entre otros, por su escandalosa afrenta a los principios constitucionales y democráticos.

La nueva composición de la CSJN a partir del año 2003, marcó el comienzo de una era en donde el Máximo Tribunal se abocó al tratamiento de diversas causas de derechos humanos con una visión progresista en materia penal, en cuestiones tales como las condiciones carcelarias mínimas aceptables ("Verbitsky" Fallos: 328:1146); la revi-

sión del fallo condenatorio en causas penales ("Casal" Fallos: 328:3399); el derecho de los menores en conflicto con la ley penal ("Maldonado" Fallos: 328:4343); el debido proceso en internaciones psiquiátricas involuntarias ("Tufano" Fallos: 328:4832); el alcance de la garantía de imparcialidad ("Quiroga" Fallos: 327:5863, "Llerena" y "Dieser" Fallos: 328:1491 y 329:3034, respectivamente); la defensa en juicio ("Benitez" y "Noriega" Fallos: 329:5556 y 330:3526, respectivamente); el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ("Barra" Fallos: 327:327); las precisiones sobre el concepto de peligrosidad ("Gramajo" Fallos: 329:3680); el derecho de las víctimas ("Santillán" Fallos: 321:2021); y fundamentalmente, todo lo vinculado a la investigación y sanción de graves violaciones a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad ("Arancibia Clavel" Fallos: 327:3312; "Simón" Fallos: 328:2056 y "Mazzeo" Fallos: 330:3248), entre otros. En tal contexto, surge la sentencia del caso "Arriola".

IV. El fallo "Arriola" (2009)

El 26 de febrero de 2006 la policía federal argentina realizó el allanamiento de una propiedad situada en Rosario, Provincia de Santa Fe, en donde se constató la venta de sustancias ilícitas al menudeo. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal número 2 de Rosario rechazó las nulidades interpuestas por las defensas, condenando a las tres personas procesadas por la venta de estupefacientes a penas de prisión entre dos a seis años. Entre tales personas se encontraba Sebastián Arriola quien recibió la pena más alta como autor penalmente responsable del delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, la pena de seis años de prisión. En tal sentido, el reconocido fallo "Arriola" lleva en sí el nombre de la persona que fue condenada por tales delitos y su pena quedó firme al desistirse el recurso presentado ante la CSJN.

La relevancia de la sentencia radica en lo dicho por el tribunal respecto de otras cinco personas que fueron encontradas en las inmediaciones de la propiedad allanada, con tenencia de cannabis para su propio

consumo que presuntamente había sido comprada en el lugar donde Arriola, junto a las otras personas condenadas a penas menores, que se dedicaban al comercio de la sustancia. Los consumidores tenían en su poder entre uno y tres cigarros de cannabis.

El Tribunal Oral rechazó los planteamientos de inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la Ley 23.737 y condenó a tales personas a la pena de un mes de prisión de ejecución condicional, imponiéndoles por el término de dos años las siguientes reglas de conducta: 1) fijar residencia y someterse al cuidado de un Patronato; y, 2) abstenerse de usar estupefacientes, de abusar de bebidas alcohólicas y de relacionarse con personas vinculadas al expendio o consumo de estupefacientes.

En todos los casos sustituyó la aplicación de la pena y dispuso una medida de seguridad educativa en la forma prevista por el artículo 21 de la Ley 23.737,¹³ dando intervención a ese efecto al juez de ejecución penal.

Según la defensora oficial de uno de los defendidos del caso, Matilde Bruera:

[...] fue una estrategia de la defensa pública comenzar a plantear masivamente la inconstitucionalidad de la tenencia para consumo, porque previamente había otra estrategia que era pedir la 'probation'¹⁴ [...] Pero la probation también es una forma de pena, porque se obliga a una persona a estar durante dos años estigmatizada y haciendo una tarea comunitaria. Entonces la defensa pública decidió cambiar de estrategia, lo cual fue muy

¹³ Artículo 21. En el caso del artículo 14, segundo párrafo, si el procesado no dependiere física o psíquicamente de estupefacientes por tratarse de un principiante o experimentador, el juez de la causa podrá, por única vez, sustituir la pena por una medida de seguridad educativa en la forma y modo que judicialmente se determine [...] Si concluido el tiempo de tratamiento éste no hubiese dado resultado satisfactorio por la falta de colaboración del condenado, el tribunal hará cumplir la pena en la forma fijada en la sentencia.

¹⁴ La *probation*, también conocida como suspensión del juicio a prueba, es un recurso judicial que se emplea para la resolución alternativa de los conflictos penales sin la realización del juicio y estableciendo determinadas pautas de conducta que una vez cumplidas por la persona procesada y transcurrido el plazo de suspensión, la eximen de la sanción penal.

positivo pensando que no hay ningún riesgo porque en el camino se prescriben. Como dice un amigo mío la justicia penal es lenta, gracias a Dios [...] Cuando se resuelve la causa 'Arriola' había cinco o seis causas nomás que habían llegado a la Corte, de todas en las que se había planteado la inconstitucionalidad.¹⁵

El juez Eugenio R. Zaffaroni retomó ello en su voto particular del fallo "Arriola":

[...] el tipo penal que describe el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 ha pasado a ser un instrumento de poder punitivo que casi nunca se traduce en una pena efectiva, y muy pocas veces en una condena firme. Esta Corte, para pronunciarse, ha debido escoger una causa entre una escasa media docena que habían alcanzado la instancia extraordinaria sin encontrarse prescriptas, toda vez que, en la práctica, prescribe la inmensa mayoría de las causas que tuvieron origen en acciones penales asentadas sobre esta habilitación de poder punitivo [...] No obstante los resultados descriptos, este tipo penal genera innumerables molestias y limitaciones a la libertad individual de los habitantes que llevan a cabo conductas que no lesionan ni ponen en peligro bienes jurídicos ajenos, sin que los procesos originados lleguen a término en la forma que se supone que deben hacerlo todos los procesos penales. Al mismo tiempo, importa un enorme dispendio de esfuerzo, dinero y tiempo de las fuerzas policiales, insumidos en procedimientos inútiles desde el punto de vista político criminal [...] Similares consideraciones pueden hacerse respecto de la tarea judicial [considerandos 18 y 19 de su voto particular].

En ese entonces, la Cámara Nacional de Casación Penal rechazaba los recursos presentados y reafirmaba la constitucionalidad de la penalización de la tenencia para consumo personal, remitiéndose al antecedente "Montalvo" de 1990. En el recurso de casación, la defensa del caso se

¹⁵ Exposición de Matilde Bruera en el evento "A 10 Años del Fallo Arriola", Senado de la Nación Argentina. 20 de agosto de 2019. Disponible en: «<https://www.youtube.com/watch?v=LDIS6UBgNy0>».

agravió del rechazo del planteo de inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la Ley 23.737, y postuló la revisión de lo decidido sobre la base de la nueva composición de la Corte Suprema y de los argumentos que habían conformado el fallo dictado por dicho Tribunal en el caso "Bazterrica".

El planteamiento de la defensa agregó que si bien la postura de los tribunales de primera instancia y Casación hacía pie en el precedente "Montalvo", la jurisprudencia de la Corte Suprema había sido errática, de modo que correspondía verificarse si los argumentos de mérito, oportunidad y conveniencia que sostuvieron aquella decisión seguían vigentes. Al respecto, consideró que el gran incremento de causas por tenencia para consumo personal a partir de la vigencia de la Ley 23.737, demostraba que el resultado no era acorde al fin con el que había sido concebida sino, antes bien, la prueba del fracaso del efecto disuasivo que se pretendía obtener persiguiendo a las personas que poseen sustancias para consumo personal.

En su voto unánime, la CSJN retomó los considerandos vertidos en el caso "Bazterrica" y principalmente el voto del doctor Enrique Petracchi en tal sentencia, quien intervino como juez del caso "Arriola" veintitrés años después —remitiéndose a aquellos considerandos—. La Corte señaló respecto del transcurso del tiempo que:

[... han pasado diecinueve años de la sanción de la ley 23.737 y dieciocho de la doctrina "Montalvo" que legitimó su constitucionalidad [...] La extensión de ese período ha permitido demostrar que las razones pragmáticas o utilitaristas en que se sustentaba "Montalvo" han fracasado. En efecto, allí se había sostenido que la incriminación del tenedor de estupefacientes permitiría combatir más fácilmente a las actividades vinculadas con el comercio de estupefacientes y arribar a resultados promisorios que no se han cumplido [...], pues tal actividad criminal lejos de haber disminuido se ha acrecentado notablemente, y ello a costa de una interpretación restrictiva de los derechos individuales [considerando 14].

Para sustentar ello, la Corte citó informes de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) que indicaban que Argentina había cobrado importancia como país de tránsito en el tráfico transnacional, que se había detectado cierta fabricación local de productos derivados de la cocaína y que nuestro país lideraba el ranking latinoamericano de estudiantes secundarios que consumían pasta base de cocaína, a la vez de registrarse un aumento en el consumo de otras sustancias como éxtasis, opiáceos, cannabis, anfetaminas e importación de precursores químicos. Por su parte, se citaron informes locales que revelaban un aumento sostenido en el consumo de psicofármacos sin prescripción médica, de solventes e inhalantes (considerando 15). El presidente del tribunal, Ricardo Lorenzetti, dijo sobre este punto que "[l]o que no puede ocurrir es que las políticas públicas no alcancen ningún grado de efectividad a lo largo de los años, que sólo se conformen con leyes declarativas y que los resultados sean los contrarios de los perseguidos" (considerando 19 de su voto particular).

Mientras que el juez Fayt, quien había votado en sentido contrario en el antecedente "Montalvo", o sea, validando la legitimidad constitucional de la represión del delito de posesión para consumo, cambiaría su criterio:

Que la presunción de peligro en la que se asentaba la figura descrita por la norma no aparecía como irrazonable respecto de los bienes que pretendía proteger [...]. Mas hoy, la respuesta criminalizadora se advierte a todas luces ineficaz e inhumana¹⁶ [considerando 12 de su voto particular].

[Agregando que se] revela la contundencia con la que se ha demostrado la ineficacia de la estrategia que se vino desarrollando en la materia; en especial el hecho de considerar que perseguir

¹⁶ En otro considerando aplicará la misma adjetivación, al decir "Es indudablemente inhumano criminalizar al individuo, sometiéndolo a un proceso criminal que lo estigmatizará de por vida y aplicándole, en su caso, una pena de prisión" (considerando 20 del voto particular del juez Fayt).

penalmente la tenencia para consumo combatiría exitosamente el narcotráfico. De tal modo, ha quedado demostrada cuán perimida resulta la antigua concepción de interpretar que toda legislación penal debe dirigirse indefectiblemente al binomio traficante-consumidor [considerando 15 de su voto particular].

El magistrado citó un informe del Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías que reafirma la ineficacia de la amenaza de sanción penal como función disuasoria de los consumos, al afirmar que:

Las tendencias de consumo parecen corresponderse con factores culturales, económicos y sociales, y no con la intimidación penal [...] Al igual que otras sustancias, cuyo consumo no se incrimina penalmente, debe procurarse desde el Estado una atención preventiva y asistencial no interferida por el sistema penal" [considerando 27 de su voto particular.]; y que "no es misión del derecho penal prevenir los daños que una persona puede causarse a sí misma. No hay lugar para plantear dicha cuestión cuando la conducta de esa persona no afecta a los intereses de ninguna otra [considerando 30 de su voto particular].

Cabe destacar una circunstancia histórica que rescata la CSJN a fin de argumentar su cambio de postura respecto del antecedente "Montalvo": la reforma constitucional de 1994, que incorporó los instrumentos internacionales sobre derechos humanos como un orden equiparado a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22), reconociendo la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos sin atenerse al principio de soberanía ilimitada de las naciones.

En tal sentido, el debate jurídico plasmado en "Bazterrica" y "Montalvo" había sido llevado a cabo con anterioridad a tal reforma, la jerarquización constitucional de los derechos que se desprenden de aquellos instrumentos y la adopción de ciertos mecanismos de protección convencional (considerando 16).

Entre tales derechos, la Corte basó su decisión principalmente en el derecho a la privacidad establecido en la Constitución Nacional, reforzado con la jerarquización de los instrumentos internacionales mencionados. Este derecho que "impide que las personas sean objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada" (considerando 17), tiene estrecha relación con el principio de autonomía personal recogido en una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que la CSJN hizo propia en su argumentación. En el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, del 4 de julio de 2006, se dijo que:

[...] el desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquél posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía —que es prenda de madurez y condición de libertad— e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones [párrafo 10 del voto del juez Sergio García Ramírez].

Además, el juez Fayt agregó que: "[s]e trata, en definitiva, de los derechos esenciales de la persona, relacionados con la libertad y la dignidad del hombre. El marco constitucional de los derechos de la personalidad comprende la intimidad, la conciencia, el derecho a estar a solas, el derecho a disponer de su propio cuerpo, etc." (considerando 17 de su voto particular).

El mismo magistrado incluyó el derecho a la salud como uno de los derechos incorporados explícitamente por la reforma constitucional y cuya protección viene a fundamentar la existencia de las leyes de drogas.

Sin embargo, luego de hacer una ardua crítica a la ineficacia e inconstitucionalidad de las medidas criminalizantes de los consumos, concluyó diciendo que "[n]o puede pensarse, entonces, que el mismo legislador que propugna la obligatoriedad de un enfoque positivo de la problemática, pueda coexistir con otro que criminalizando genere efectos hasta deteriorantes de la salud" (considerando 24 de su voto particular).

Y sumó uno de los argumentos de mayor relevancia a la sentencia analizada:

[...] no puede sino interpretarse a la criminalización como un modo inadecuado —cuando no incoherente y contradictorio— de abordar la problemática de aquéllos a quienes los afecta. Antes bien, la respuesta penal deja de lado las directivas constitucionales que rigen la materia y se desentiende del verdadero conflicto, entorpeciendo, cuanto menos, la cabal puesta en marcha de la red de tutela diferencial propiciada [...]. Resulta incomprensible que mediante sanciones penales que propenden, en definitiva, a la reafirmación del valor de determinados bienes jurídicos, se termine restringiendo precisamente dicho bien. Ello, por cuanto quien es señalado como "delincuente" —e ignorado en su problemática— no acude al sistema de salud o bien tienden a dilatarse en grado extremo los tiempos de latencia entre el inicio del consumo y la solicitud de atención. A su vez, el sistema sanitario —escudado en la ajenidad del problema— parece replegarse en servicios de salud poco flexibles para atender el espectro de cuestiones vinculadas con el uso y consumo de drogas [considerando 26 de su voto particular].

Por su parte, Zaffaroni señaló al respecto "[q]ue el procesamiento de usuarios —por otra parte— se convierte en un obstáculo para la recuperación de los pocos que son dependientes, pues no hace más que estigmatizarlos y reforzar su identificación mediante el uso del tóxico, con claro perjuicio del avance de cualquier terapia de desintoxicación" (considerando 20 de su voto particular).

Recordemos que uno de los fines por los cuales el Poder Legislativo había determinado la penalización de la tenencia para consumo y las antiguas composiciones de la Corte la habían avalado, era el fin utilitarista mediante el cual se consideraba que la incriminación de las personas que consumen permitiría o reforzaría la investigación de actividades relacionadas con el tráfico, considerando a tales personas como un medio útil o herramienta cosificada para llegar a aquel fin. La CSJN efectuó a su análisis mediante la consideración del principio de la dignidad humana, citando su contemplación en el sistema internacional de derechos humanos. En tal sentido, la Corte señaló que

[...] tal principio de dignidad que consagra al hombre como un fin en sí mismo, se opone a que sea tratado utilitariamente. Parece dudosa la compatibilidad de tal principio con los justificativos de la ley 23.737 y 'Montalvo', respecto de la conveniencia, como técnica de investigación, de incriminar al consumidor para atrapar a los verdaderos criminales vinculados con el tráfico [considerando 18].

Por su parte, el juez Fayt resaltó que además de inconstitucional, tal medida es procesalmente ineficaz, ya que "[...] cabe observar que si lo que se pretendía era la persecución eficaz del narcotráfico, lo cierto es que poco o nada ha podido contribuir a tal fin, la criminalización del consumidor que como imputado no tiene obligación de decir verdad (ni puede incurrir en el delito de falso testimonio), a diferencia de aquellos que pueden ser llamados como testigos" (considerando 29 de su voto particular).

El juez Zaffaroni volvió sobre el punto, afirmando que:

[...] el procesamiento de usuarios obstaculiza la persecución penal del tráfico o, al menos, del expendio minorista, pues el usuario imputado goza de los beneficios que la naturaleza de acto de defensa otorga a la declaración indagatoria y, en consecuencia, puede legalmente negarse a declarar revelando la fuente de pro-

visión del tóxico, cosa que no podría hacer en el supuesto en que se le interrogara en condición de testigo, so pena de incurrir en la sanción del testigo remiso o falso [considerando 21].

El tribunal retomó la consideración estereotipada que primó en las legislaciones y sentencias pasadas respecto de las personas que consumen (*enfermo-delincuente*), contradiciendo ello mediante la noción de víctimas y su revictimización mediante el ejercicio del poder punitivo. En tal sentido la Corte dijo que "[n]o hay dudas que en muchos casos los consumidores de drogas, en especial cuando se transforman en adictos, son las víctimas más visibles, junto a sus familias, del flagelo de las bandas criminales del narcotráfico. No parece irrazonable sostener que una respuesta punitiva del Estado al consumidor se traduzca en una revictimización" (considerando 19).

Unos de los puntos más trascendentes del fallo tal vez sea su oposición a la legitimación constitucional de los delitos de peligro abstracto y al derecho penal de autor, contradiciendo lo sostenido por la mayoría parlamentaria que aprobó la Ley 23.737 y el aval manifiesto de la antigua composición de la Corte en la sentencia "Montalvo". En tal sentido, la Corte recordó:

[...] [q]ue la jurisprudencia internacional también se ha manifestado en contra del ejercicio del poder punitivo del Estado en base a la consideración de la mera peligrosidad de las personas. Al respecto se ha señalado que 'La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán [...] Sobre ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos [...]' [CIDH, Serie C No. 126, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005] [considerando 2].

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo citó un precedente propio en el cual sostuvo que:

[...] [e]n un Estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la Constitución no puede admitir que el propio estado se arrogue la potestad —sobrehumana— de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de la culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad, o si se prefiere mediante la pena o a través de una medida de seguridad [...] [Caso "Gramajo —Fallos: 329:3680— y en sentido coincidente "Maldonado" —Fallos: 328:4343—] [considerando 20].

Cabe destacar la indistinción que realizó la Corte en tal considerando respecto de las medidas de seguridad, lo cual puede ser análogamente entendido respecto de aquellas que se propusieron en el debate parlamentario como supuestas alternativas a la prisionización a fin de salvaguardar infructuosamente la constitucionalidad de la norma. Más aún cuando el carácter de compulsividad extorsiva de las mismas (tratamiento por pena, bajo la obligación de "curarse"),¹⁷ no resiste validación convencional alguna. Sobre el punto, posteriormente la CSJN señaló:

Que si bien el legislador al sancionar la ley 23.737, que reemplazó a la 20.771, intentó dar una respuesta más amplia, permitiendo al juez penal optar por someter al inculpado a tratamiento o aplicarle una pena, la mencionada ley no ha logrado superar el estándar constitucional ni internacional. El primero, por cuanto sigue incriminando conductas que quedan reservadas por la protección del artículo 19 de la Carta Magna; y el segundo, porque los

¹⁷ El juez Fayt resumiendo las normas en juego dirá que "En suma: una persona que posee estupefacientes para consumo personal es hoy en día criminalizada con pena de prisión que sólo puede ser reemplazada a criterio del juez —y por una única vez— por una medida de seguridad. Por lo demás, si el tratamiento fracasa la respuesta exigida vuelve a ser el castigo carcelario" (considerando 10 de su voto particular).

medios implementados para el tratamiento de los adictos, han sido insuficientes hasta el día de la fecha [considerando 26].

A lo cual, el juez Fayt agregará en su voto particular que:

[...] en tanto a quien se encuentra ante esta problemática (medida curativa), o bien, como en el caso, el tribunal de mérito califica como simple principiante o experimentador (medida educativa), se lo somete a la invasión de su persona y su intimidad [considerando 18 de su voto particular]; es claro que la pena de prisión que está prevista ante el fracaso de las medidas que, por excepción, incluyó la ley 23.737 no puede entenderse como una forma válida de cumplir con la obligación constitucional de proteger la salud. Por el contrario, la salud que se dijo resultaba imprescindible proteger de manera primordial [...] se menoscaba en mucha mayor medida mediante el encierro [considerando 27 de su voto particular].

Finalmente, sobre la peligrosidad del autor y su relación con la criminalización de personas que consumen drogas, la Corte dijo que "[a]quellas consideraciones que fundan la criminalización del consumidor con base en la posibilidad de que estos se transformen en autores o partícipes de una gama innominada de delitos, parecen contradecir el estándar internacional que impide justificar el poder punitivo del Estado sólo con base en la peligrosidad" (considerando 20).

El entonces presidente del tribunal, Ricardo Lorenzetti, afirmó en su voto particular que "[n]o cabe penalizar conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros. Los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad [...] La conducta realizada en privado es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceros" (considerando 11-C y D de su voto particular).

Cabe destacar que el magistrado brindó una interpretación amplia del concepto de libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal, al señalar que "[n]o 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" (considerando 11-A de su voto particular).

Con tal criterio amplio de la libertad personal y requisito ineludible de afectación concreta de derechos de terceras personas, diversos tribunales inferiores han aplicado análogamente lo dicho por la Corte en "Arriola" para absolver casos en donde el consumo de sustancias se produjo en un ámbito público sin que pueda presumirse *per se* aquella afectación externa u "ostentación". Ello resulta relevante ya que se aparta de un criterio restringido de privacidad que exonera tales conductas siempre y cuando se realicen en contextos de "intimidad" (doctrina de las cuatro paredes), desconociendo que algunas personas no cuentan con un ámbito íntimo para realizar sus consumos (personas en situación de calle o expulsadas de sus ámbitos hogareños motivo del consumo, por ejemplo).

La jueza Carmen Argibay agregó al respecto la noción de delito sin víctima al afirmar que:

La prohibición del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, no incluye, a diferencia de otro tipo de delitos, *ninguna referencia o precisión sobre quienes serían las víctimas de la acción consistente en consumir estupefacientes* o, al menos, cómo es que estos últimos podrían afectarlas. Más aún, incluye dentro del ilícito los casos en que probadamente no habrá ninguna otra persona involucrada salvo el consumidor mismo [...] *la punición de dicha conducta sólo puede explicarse como un intento de proteger al individuo contra la propia elección de su plan de vida que se reputa indeseable*. Es precisamente este tipo de *justificaciones paternalistas o perfeccionistas*, de la interferencia gubernamental la que es repelida por el principio

sentado en el artículo 19 de la Constitución Nacional [considerando 11-b y 13 de su voto particular. Las cursivas son nuestras].

Como hemos visto, otros de los puntos cruciales del debate parlamentario fue la jerarquización de determinados bienes o valores colectivos por encima de los derechos individuales. Más allá de que la Corte reconozca en su fallo la posibilidad que brindan los instrumentos internacionales de "establecer limitaciones al ejercicio de esos derechos para preservar otros bienes jurídicos colectivos, tales como 'bien común', 'orden público', 'utilidad pública', 'salubridad pública' e 'intereses nacionales'", el tribunal recuerda que:

[...] sobre la interpretación de tales bienes colectivos la Corte Interamericana ha dado claras pautas interpretativas, para evitar que la mera invocación de tales intereses colectivos sean utilizados arbitrariamente por el Estado. Así en su Opinión Consultiva 5/86 señaló que [...] de ninguna manera podrían invocarse el 'orden público' o el 'bien común' como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real [considerando 21].

Punto seguido la Corte recepta el principio *pro homine* consagrado en el derecho internacional,¹⁸ mediante el cual:

siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos. Así cuando unas normas ofrezcan mayor protección, estas habrán de primar, de la misma manera que siempre habrá de preferirse en la interpretación la hermenéutica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido (Corte IDH OC 5-85). No hay dudas que tal principio 'pro homine' resulta más compatible con la posición de la Corte en 'Bazterrica' que en

¹⁸ Cita el artículo 5o. del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos y el 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

‘Montalvo’, pues aquél amplía la zona de libertad individual y este último opta por una interpretación restrictiva [considerando 22].

Saliendo del sistema internacional de protección de derechos humanos, para adentrarse en los instrumentos internacionales de fiscalización de sustancias ilícitas signados por el país, luego de resumir los postulados que dicho sistema exige en términos de reducción de la oferta, también recuerda que en lo referente a la contención de la demanda se obliga a los Estados a preparar su aparato de salud pública, asistencia y educación, de modo que asegure que las personas con consumos problemáticos reciban tratamientos interdisciplinarios adecuados. Recordatorio de vital importancia en un país históricamente signado por las políticas demagógicas e ineficaces de represión de la oferta y los consumos, en donde más de 95% de los recursos en materia de drogas ilícitas se involucran a tal finalidad, desconociendo la obligación estatal primaria e indelegable en el tratamiento y prevención de las adicciones. El juez Fayt en su voto exigió un redireccionamiento de "los recursos que durante más de dos décadas estuvieron prácticamente destinados a perseguir al consumidor de escasas cantidades" (considerando 29 de su voto particular).

Respecto de las conductas que la legislación internacional exige que sean reprimidas mediante sanciones penales, la Corte afirmó taxativamente que:

Ninguna de las mencionadas convenciones suscriptas por la Argentina la compromete a criminalizar la tenencia para consumo personal. En efecto, las convenciones no descartan tal opción, pero expresamente al referirse a los deberes de los Estados, se señala que tal cuestión queda ‘a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico’¹⁹ [considerando 25]. Nuestro país, en base a la interpretación que

¹⁹ Cita el artículo 3o., inciso 2o., de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988; artículo 22 del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1917; y artículos 35 y 36 de la Convención única de 1961 sobre Estupefacientes.

aquí hace de su derecho constitucional, hace uso de la reserva convencional internacional respecto de tal cuestión, descartando la criminalización del consumidor [considerando 29].

Como hemos visto al reseñar el debate parlamentario que dio origen a la Ley 23.737, integrantes del Poder Legislativo sostenían por entonces cierto recelo respecto de la intervención de otro poder del Estado en la determinación de la política criminal, cuestionando el caso "Bazterrica" y la injerencia del Tribunal Supremo en la evaluación de la pertinencia de la criminalización de actos referidos al consumo de sustancias ilícitas. Al respecto, la Corte retomó los principios republicanos que sostienen el sistema de pesos y contrapesos (*Checks and Balances* en el constitucionalismo anglosajón) entre los poderes del Estado a fin de limitarse unos a otros, evitando el abuso del poder estatal.

En tal sentido la CSJN afirmó que:

[...] si bien como principio lo referente al mejor modo de perseguir el delito y cuáles son los bienes jurídicos que requieren mayor protección, constituyen cuestiones de política criminal propias de las otras esferas del Estado, lo cierto es que aquí se trata de la impugnación de un sistema normativo que criminaliza conductas que —realizadas bajo determinadas circunstancias— no afectan a un tercero y, por lo tanto, están a resguardo del artículo 19 de la Constitución Nacional. Consecuentemente, cabe afirmar que el Congreso ha sobrepasado las facultades que le otorga la Carta Magna [considerando 31]. Las normas sancionadas regularmente por el Congreso gozan de legitimidad democrática, piedra angular del autogobierno de los pueblos. Pero los jueces no deben legitimar las decisiones mayoritarias, simplemente porque son mayoritarias [considerando 34].

Finalizando, la Corte señaló que el artículo 19 de la Constitución Nacional:

[...] ha sido el producto elaborado de la pluma de los hombres de espíritu liberal que construyeron el sistema de libertades fundamentales en nuestra Constitución Nacional, recordándonos que se garantiza un ámbito de libertad personal en el cual todos podemos elegir y sostener un proyecto de vida propio [...] El estado de derecho debe garantizar y fomentar los derechos de las personas siendo éste su fin esencial [considerando 32].

Con tal criterio, el voto unánime de la Corte declaró que el artículo 14, segundo párrafo, de la Ley 23.737:

[...] debe ser invalidado, pues conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros²⁰ [considerando 36].

A la par de ello, la parte dispositiva agrega un exhorto a todos los poderes públicos a fin de "[a]segurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país".

²⁰ El entonces presidente del tribunal, Ricardo Lorenzetti, dirá en su voto particular que "El artículo 19 de la Constitución Nacional constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. 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 [...] Este poderoso reconocimiento de la libertad personal implica una inversión de la carga argumentativa, de modo que toda restricción de ese ámbito debe ser justificada en la legalidad constitucional" (considerando 11-A del voto particular).

V. Conclusiones al presente (2020)

La historia jurídica de nuestro país relacionada con la criminalización de las personas que consumen drogas ilícitas mediante la tipificación de delitos relacionados con el consumo ha demostrado un constante debate doctrinario, legislativo y judicial cuya inestabilidad redundando en una afrenta a la seguridad jurídica de dichas personas que es caldo de cultivo de hechos cotidianos de violencia institucional sobre sus derechos humanos.

"Estos cambios legales y jurisprudenciales deben transformarse en una regla más estable a los fines de dar seguridad jurídica a los ciudadanos", señaló el juez Lorenzetti en el fallo "Arriola". Seguridad que luego de diez años de vigencia ininterrumpida del criterio judicial y una veintena de proyectos legislativos presentados a fin de despenalizar el delito de posesión,²¹ no se ha plasmado en una norma que ampare sus derechos y culmine con el dispendio absurdo de los recursos públicos que significa la represión de actos inocuos para con la seguridad urbana.²²

La tenencia de cualquier sustancia ilícita con fines de consumo, su autocultivo, la utilización en la vía pública sin afectación a terceras personas, entre otras conductas relacionadas con el mero uso de estas sustancias, al día de hoy sigue siendo objeto de la mayor de las arbitrariedades policiales y judiciales con un crecimiento en la represión en contextos de gobiernos adeptos a la demagogia punitiva.²³ La criminalización primaria legislada sobre los consumos es la excusa predilecta de las agencias

²¹ Véase Fusero, M., *Comparativo de proyectos de ley sobre despenalización de delitos de consumo de drogas en argentina (2009/2016)*. Disponible en: «<http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/44229-comparativo-proyectos-ley-sobre-despenalizacion-delitos-consumo-drogas-argentina>».

²² Véase Ancillai Pont, R. et al., *Costo económico en la persecución de personas que usan drogas*. RESET – Política de Drogas y Derechos Humanos, 2019. Disponible en: «<http://resetdrogas.com.ar/index.php/2019/09/22/mas-de-40-millones-de-dolares-al-ano-gasta-el-estado-en-criminalizar-a-personas-usuarias-de-drogas/>».

²³ Véase Darraidou et al., *Guerra contra el narcotráfico guerra contra los pobres*, CELS, 2019.

policiales para habilitar su poder represor en forma selectiva y violenta en su ejercicio del control social sobre los grupos históricamente vulnerados.

El criterio judicial, aunque proveniente de la Corte Suprema de la Nación, no quita vigencia a la norma, ni la modifica ni obliga al Poder Legislativo a ello, conforme nuestro régimen constitucional. Diez años de vigencia del antecedente "Arriola" demuestran el mero poder simbólico de la sentencia sin una modificación legislativa que haga lugar a su declaración de inconstitucionalidad.

Tampoco impide a las agencias policiales ejercer actos de criminalización selectiva, ya que se encuentran amparados en la vigencia de la norma penal y la consecuente obligación en la represión de las conductas que señala. De tal forma se da la penosa situación institucional de que la criminalización ejercida por los poderes ejecutivos sobre conductas relacionadas con el consumo convive en pacífica apariencia con su repulsa constitucional conforme lo establecido por el criterio del Máximo Tribunal. Un ejemplo de inseguridad jurídica y contradicción institucional por excelencia.

Debe comprenderse que la criminalización de las personas que consumen comienza desde el allanamiento de sus moradas, la detención y requisa en la vía pública, procesos de extorsión policial, la estigmatización social, familiar y laboral, el eventual paso por el encierro, la necesidad de obtener una defensa idónea, convivir durante el tiempo que dure el proceso con la incertidumbre propia que genera el encontrarse sujeto a la justicia criminal, para finalmente someterse a la eventualidad de que el sistema punitivo considere sus actos previstos bajo el criterio del Máximo Tribunal u opte por apartarse del mismo bajo razones impredecibles que suelen estar relacionadas con consideraciones moralistas, perfeccionistas, clasistas o de aversión racial. La importancia no radica en la culminación del proceso y sus condenas, que son escasas, sino en aquella excusa de intervención punitiva masiva en acciones amparadas por el

derecho convencional. Aunque al final del proceso el Poder Judicial pueda aplicar el antecedente jurisprudencial, el daño ya está hecho. Es por ello que, a pesar de la existencia del antecedente, el cambio legislativo se presenta como ineludible para aplacar las ansias represoras de otros estamentos institucionales.

El débil e ineficaz sistema de control de constitucionalidad difuso que rige en nuestro país, ni siquiera obliga a los juzgados inferiores a seguir el criterio establecido por el Máximo Tribunal, pudiendo desoir legítimamente el mismo. En una reciente exposición pública en el Senado de la Nación, el por entonces juez de la CSJN y actual juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Eugenio R. Zaffaroni, afirmó al respecto:

¿Por qué razones el fallo 'Arriola' no ha tenido el efecto que pensábamos o deseábamos sobre la política en materia de tóxicos? Nosotros tenemos graves defectos institucionales que nos vienen desde nuestra Constitución histórica y que no hemos corregido. Nuestra Constitución histórica pretendió copiar la Constitución de Estados Unidos en cuanto a control de constitucionalidad y la arruinamos. Hay dos sistemas de control de constitucionalidad en el mundo, aunque el nuevo aparece con posterioridad a nuestra Constitución de 1853/1860: un control difuso y un control centralizado. El modelo difuso de control es el modelo que proviene de los Estados Unidos, en el que cualquier juez puede declarar la inconstitucionalidad de una ley. Pero en los Estados Unidos eso va subiendo en instancias hasta llegar a la Suprema Corte de Justicia. Y la Suprema Corte de Justicia en los Estados Unidos cuando decide que una ley es inconstitucional o que una norma es inconstitucional, esa jurisprudencia es obligatoria para todos los jueces de todas las instancias de todo el país. Es el principio del 'Stare decisis', es decir 'estar a lo decidido'. Nosotros no tenemos este principio. Nuestro control de constitucionalidad es muy débil; sumamente débil. Yo creo que en algún momento, así como nuestra Corte Suprema asumió pretorianamente, sin

que ninguna ley se lo diga, la competencia para anular lo que se llaman 'sentencias arbitrarias', creo que también pretorianamente un día, por razones de orden y seguridad jurídica, tendría que asumir el 'Stare decisis'. Mientras no lo haga, pasa lo del fallo 'Arriola': simplemente la ley no se aplica en ese caso y nada más. Y cada juez sigue sosteniendo la posición que quiere, lo cual continúa siendo anárquico. La ley sigue vigente, los jueces la consideran constitucional o inconstitucional como gusten y hay que llegar de nuevo a la Corte Suprema.²⁴

En su empecinada vocación paternalista por imponer una moral disfrazada de salud pública, el derecho se transforma en dogma religioso y el Estado en un ente inmoral. El fallo "Arriola" nos recuerda que el Estado no puede establecer una moral sino garantizar un ámbito de libertad moral en el que cada habitante elija su plan de vida, siempre y cuando el mismo no interfiera ilegítimamente derechos de terceras personas. Es el límite entre un Estado constitucional de derecho y el totalitarismo.

Este basamento de la conformación política de nuestro país, contemplado desde el Estatuto Provisional de 1815 y sustanciado en el artículo 19 de la Constitución Nacional desde 1853, nos interpela respecto de las libertades que nos faltan reconocer como república y democracia luego de doscientos años.

²⁴ Exposición de Eugenio Raúl Zaffaroni en el evento "A 10 Años del Fallo Arriola", Senado de la Nación Argentina. 20 de agosto de 2019. Disponible en: «<https://www.youtube.com/watch?v=LDIS6UBgNy0>».

3. Política de drogas, autonomía y libertades civiles: Los aportes del fallo Bazterrica

Ileana Arduino*

SUMARIO: I. Introducción. II. Algunos antecedentes del contexto precedente y su impacto legislativo. III. El criterio en torno a la penalización según la Corte Suprema del gobierno de facto. IV. Apuntes necesarios para comprender el debate constitucional: acerca del artículo 19 de la Constitución Nacional. V. La recepción jurisprudencial de la criminalización de la tenencia de estupefacientes con fines de consumo personal: el fallo Colavini. VI. Con la democracia, cambió la Corte y llegó Bazterrica. VII. Algunas notas sobre el caso y su llegada a la Corte. VIII. El fallo en cuestión. IX. Los destacados del voto del juez Petracchi de cara a los debates pendientes. X. Cuando la primavera democrática llegó a su fin: el retorno punitivo con el caso "Montalvo". XI. A modo de conclusión.

I. Introducción

En este trabajo se hará referencia a la decisión que tomó en 1986 la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en el caso "Bazterrica".¹ Se trata de un pronunciamiento relevante por el sentido de la decisión en tanto declaró inconstitucional la penalización de la tenencia de drogas para consumo personal, porque afecta la libertad, autonomía y privacidad de las personas (art. 19 CN.), pero también por el contexto histórico y político. Apenas tres años antes se iniciaba el proceso de recuperación de la democracia tras siete años de dictadura y terrorismo de Estado.

* Abogada con orientación en derecho penal por la Universidad Nacional de Buenos Aires. Integrante de RESET-Política de Drogas y Derechos Humanos. Coordinadora del Grupo de Trabajo Feminismos y Justicia Penal de INECIP. Fue Directora de Derechos Humanos del Ministerio de Defensa de la Nación (2006-2010) y Secretaria de Políticas de Prevención y relaciones con la Comunidad del Ministerio de Seguridad de la Nación (2010-2012). Actualmente es Secretaria letrada en el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, Argentina.

¹ "Bazterrica, F" *fallos* 308: 1392, resolución del 29 de agosto de 1986. En la misma fecha la Corte resolvió también el caso "Capalbo" para lo cual se limitaron a remitirse a los fundamentos dados en el primero aquí mencionado.

En Argentina, el sistema de justicia ejerce un control de constitucionalidad difuso,² es decir, se deposita en cada juzgado de la estructura judicial (local o federal) del país la tarea de efectuar dicho control, pero el alcance del pronunciamiento se limita al caso concreto en que se decide. Aun así, la jurisprudencia de la Corte suele ordenar criterios mediante la adopción por los tribunales inferiores. Según veremos, el criterio de este fallo duró poco y ya en 1990 la Corte sostuvo la constitucionalidad de la penalización de la tenencia de estupefacientes con fines de consumo personal, en el caso "Montalvo", volviendo a los criterios que la Corte había fijado en plena dictadura a partir del caso "Colavini".³

Analizado retrospectivamente, más allá de la fugacidad de su vigencia, a casi 35 años de aquella decisión merece ser revisitada por su conexión con el caso "Arriola"⁴ dictado 25 años después. Pero también es justo decir que, así como "Bazterrica" puede ser considerado un ejemplo de decisiones de carácter liberal centrado en la primacía de ciertas libertades individuales, en la relación con el poder estatal, también compartía presupuestos con los fallos de la dictadura que luego fueron retomados por la mayoría en 1990 en el caso "Montalvo".⁵ Esto es, a cierta impronta patologizante, una asociación casi total entre uso de drogas y enfermedad, del consumo como sinónimo de patología y de las drogas como sinónimo de flagelo o peste, entre otras. Se trata más bien de una continuidad apoyada en la persistencia de presupuestos políticos e ideológicos con que se asumieron en el ámbito judicial, los distintos climas políticos locales e internacionales en torno al tema, la relación entre las drogas y las personas.

² Conforme la doctrina sentada en los casos "Sojo, Eduardo", *fallos* 32:120, resolución del 20 de septiembre de 1887 y "Municipalidad de la Capital c/Elortondo", *fallos* 33:162, resolución del 31 de octubre de 1884.

³ "Colavini" *fallos* 330:254, decisión del 28 de marzo de 1978.

⁴ "Arriola" *fallos* 332:1963.

⁵ "Montalvo" *fallos* 313:1333.

Para dar cuenta de esto, antes de ingresar al fallo, se harán referencias al contexto político, normativo y jurisprudencial precedente, a efectos de comprender mejor el impacto de la decisión.

II. Algunos antecedentes del contexto precedente y su impacto legislativo

Durante el gobierno del general Onganía, que había llegado al poder mediante un golpe de Estado,⁶ se introdujo una reforma al Código Penal que excluía la penalización para casos de tenencia de drogas siempre que no se excediera el consumo personal. Esa reforma ocurrió en 1968 y estuvo vigente hasta 1973, año en que sancionó la Ley No. 20.509.⁷ Así fue como, en esos años, se dio una situación inédita y única desde entonces, en que expresamente se excluyó la persecución de la tenencia que no exceda el consumo personal.⁸

Al año siguiente, en 1974, se dictó la Ley No. 20.771 llamada "Régimen penal de las conductas delictivas concernientes a estupefacientes". En su artículo 6 establecía:

Será reprimido con prisión de uno (1) a seis (6) años y multa de cien (\$ 100) a cinco mil pesos (\$ 5000) el que tuviere en su poder

⁶ El presidente derrocado en 1966 por ese golpe de Estado era Arturo Illia. Entonces se "inició el período bautizado por sus promotores como «Revolución Argentina» (1966-1973). Éstos pertenecían a la facción «azul» del ejército y a la aristocrática arma de caballería, fuertemente antiperonista y conservadora [...] A diferencia de otros golpes militares, aquí se hicieron cargo del Estado el conjunto de las Fuerzas Armadas a través de una Junta de Comandantes, y no determinadas facciones; de allí que las ciencias sociales los llamaran «golpes institucionales»; para más detalles véase el Atlas histórico de Latinoamérica, tomo II, capítulo UU, UNLA, disponible en: «<http://atlaslatinoamericano.unla.edu.ar/assets/pdf/tomo2/cap2.pdf>», en especial la p. 72.

⁷ Cuando el gobierno constitucional de Héctor Cámpora ganó las elecciones y llegó al gobierno el 25 mayo de 1973, inmediatamente derogó las normas de gobiernos de facto precedentes, mediante la sanción de la ley No. 20.509. Ello alcanzó la reforma que se había hecho en el año 1968 al Código Penal.

⁸ Conrad, C., Canabal, Ignacio, Ascolani, P. y Bertoni, D. (2014), *Marihuana en Argentina. Historia, rendimientos, usos industriales y sociales del cannabis sativa*, Pablo Ascolani, Editor, Rosario, Santa Fe Argentina. Ahí se explica esta disrupción liberal en el contexto de una dictadura de corte conservador y católico, con el rol protagónico en esa reforma de un jurista liberal como Sebastián Soler. Véase p. 18.

estupefacientes, aunque estuvieran destinados a uso personal.
[El subrayado es propio.]

La conjunción "aunque" que aparece subrayada, definía un limbo legislativo en que había quedado la situación de la tenencia con fines de consumo personal y se resolvió inequívocamente por la respuesta criminalizante.⁹

El mensaje mediante el cual el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) elevó aquel proyecto de ley al Congreso de la Nación para su consideración, reúne todos los lugares comunes en los que se apoya y legitima la retórica bélica y patologizante habitual en torno a las drogas y su uso. También tuvo un peso notable la instrumentación de esta reforma en el contexto de guerra contra la llamada "subversión".¹⁰

En cuanto al primer tipo de construcción discursiva, se asigna a los consumidores la potencia de producir contagio social, por ejemplo:

Hay quienes piensan, —hace saber un informe de la Organización de las Naciones Unidas, preparado por su Comisión de Estupefacientes— que somos libres de envenenarnos como nos place, y, por consiguiente, todo esfuerzo que haga la sociedad por impedir a un toxicómano que se entregue a su vicio constituye un atentado

⁹ Para más detalles sobre antecedentes legislativos en materia de drogas en Argentina, véase Gómez, R., *La legislación penal Argentina sobre drogas. Una aproximación histórica*, V Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología, XX Jornadas de Investigación Noveno Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR, Facultad de Psicología-Universidad de Buenos Aires, 2013.

¹⁰ Tomo aquí la segmentación en etapas propuesta por Corbelle, F, "La construcción social del 'problema de las drogas en Argentina 1919-2018", publicado en *Revista Ingesta*, vol. 1 núm. 1, San Pablo, Brasil, marzo de 2019, donde sostiene: "consideramos heurísticamente útil segmentar la historia reciente en seis grandes períodos: el de los precursores (fines del siglo XIX a mediados del siglo XX), el de la implementación de un modelo represivo terapéutico (desde mediados de la década de los sesenta a principios de la siguiente década), el de la "campana antisubversiva" (mediados de la década de los setenta a principios de los ochenta), el que se inicia con el retorno a la democracia (1983-1990), el que comienza en la década de los noventa y finaliza en los primeros años de este siglo y, por último, el que culmina en nuestros días", p. 15.

contra la libertad individual. Es una idea insostenible en una sociedad moderna, pues el toxicómano no solo se destruye a sí mismo, sino que, al hacerlo así, causa perjuicio a quienes lo rodean.¹¹

Durante el debate parlamentario no se ahorraron advertencias de tipo apocalíptico señalando que la sanción de una ley de fuerte naturaleza punitiva como la que se proponía resultaba indispensable, un "antídoto" frente al riesgo cierto de desintegración social, todo con ausencia total de evidencia.

Decía, por ejemplo, el senador Frois Regis que "[e]l presente proyecto tiene un fin eminentemente social: el de proteger a nuestra comunidad ante uno de los más tenebrosos azotes que atenta contra la salud humana",¹² e incluso las defensas frente a la federalización de los delitos previstos en aquella ley se basaba en argumentaciones tales como "preservar la salud física y moral de la nación",¹³ abonando la metáfora de cuerpo social integrado por cuerpos individuales, que se pueden intervenir como medios para un postulado fin colectivo.

Por otra parte, el debate parlamentario también da cuenta de las constantes evocaciones a la dinámica amigo/enemigo exacerbadas en la época, que propiciaban para los más diversos conflictos y sin muchos matices, políticas de aniquilamiento. Bastaba con reducir todo a la categoría de "subversión", real o potencial, daba igual.

Se sostenía que la aniquilación del tráfico de drogas era un instrumento para responder a objetivos de "defensa nacional" y lucha contra la "sub-

¹¹ Inserto en el Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, 19 de septiembre de 1974.

¹² Cf. *Diario de Sesiones del Senado de la Nación*, 21o. sesión ordinaria, 26 y 27 de septiembre de 1974.

¹³ Cf. *Diario de Sesiones del Senado de la Nación*, 21o. sesión ordinaria, 26 y 27 de septiembre de 1974, intervención del senador Díaz Biale.

versión" y "seguridad nacional",¹⁴ y en ese marco la persecución penal era indispensable para la preservación del individuo en todo lo concerniente a su interrelación social, lo cual constituía un "imperativo de la defensa nacional".¹⁵

Conforme la dinámica político–institucional de los países de la región, los años setenta fueron tiempos en que el pleno auge¹⁶ de la Doctrina de la Seguridad de Nacional (DSN)¹⁷ se catalizaba bajo concepciones militarizadas de los más diversos aspectos de la vida social de nuestros países, lo cual se advierte también en esta reforma. No está de más apuntar en esta reseña que apenas poco más de un año antes de la aprobación de esta ley, el 1o. de julio de 1973, el gobierno de los Estados Unidos había inaugurado la Agencia para el cumplimiento de leyes Anti–Drogas (DEA, por sus siglas en inglés).

Una de sus cabeceras regionales fue, precisamente, Buenos Aires, donde había estado basada su antecesora, la BNDD,¹⁸ más por su alineamiento con Estados Unidos que por un objetivo prioritario en materia de narcotráfico.¹⁹

¹⁴ Véase Gómez, *op. cit.*, p. 85.

¹⁵ Cf. Mensaje de elevación del proyecto de ley del PEN a la HCDN, diario de sesiones 27va. Reunión, continuación de la 12o. Sesión ordinaria de la Cámara de Diputados, 1 de septiembre de 1974, p. 6.

¹⁶ Se menciona como pleno auge, pues la doctrina llevaba ya más de una década desplegada en el cono sur. En Argentina fue el sustento del Plan CONINTES, un despliegue represivo dirigido a perseguir manifestaciones obreras y resistencias políticas como las del peronismo, que continuaba proscripto, dispuesto por el presidente Arturo Frondizi, mediante un decreto secreto que comenzó a ejecutarse el 13 de marzo de 1960.

¹⁷ En este sentido parece pertinente recuperar esta caracterización efectuada por Francisco Buitrago: "La Doctrina de Seguridad Nacional es una concepción militar del Estado y del funcionamiento de la sociedad, que explica la importancia de la "ocupación" de las instituciones estatales por parte de los militares. Por ello sirvió para legitimar el nuevo militarismo surgido en los años sesenta en América Latina. La Doctrina tomó cuerpo alrededor de una serie de principios que llevaron a considerar como manifestaciones subversivas a la mayor parte de los problemas sociales" en "La doctrina de seguridad nacional: materialización de la guerra fría en América del Sur", *Revista de Estudios Sociales*, núm. 15, junio de 2003, disponible en: «<http://journals.openedition.org/revestudsoc/260880>»

¹⁸ Bureau of Narcotics and Dangerous Drugs (1968-1973).

¹⁹ Cf. Pérez Ricart, "El papel de la DEA en la policialización de la política de drogas en América Latina" en *Foro internacional*, vol. 58, núm. 1, México, ene./mar. 2018, en especial pp. 19 y ss., y p. 33.

No se trata de forzar una preponderancia del discurso contra las drogas en aquellas configuraciones militarizantes de mediados de la década de 1970, pero existen trabajos que rescatan ese vínculo. Al respecto, señaló Florencia Corbelle:

A mediados de los años setenta [...] Si bien Argentina no era un país productor [...] ni el blanco principal de las políticas estado-unidenses, las disposiciones penales vigentes eran de principios de siglo, por lo que el país se encontraba atrasado en materia legislativa, en particular, la relacionada con el tráfico de drogas y el cultivo de plantas ilícitas. En este sentido, el Convenio de Cooperación Binacional renovado entre Estados Unidos y Argentina, en mayo de 1974, se pensó sería un recuerdo al país de las obligaciones contraídas en los organismos internacionales y regionales para controlar el tráfico y la producción de materias primas. Sin embargo, el espíritu del acuerdo estuvo, más bien, centrado en el consumo que ciertos grupos supuestamente hacían de sustancias psicoactivas ilegales (Aureano, 1998). En palabras del embajador norteamericano Robert Hill, "Las guerrillas son los principales consumidores de drogas en la Argentina, por lo tanto, la campaña antidrogas será automáticamente una campaña antisubversiva" [citado en Weissmann, 2005, p. 154].²⁰

Aun con un contexto en el que el enemigo principal era el "comunismo", la "lucha contra las drogas" fue instrumentada también en aquellos discursos, y puede ser considerada, retrospectivamente, una acumulación, un peldaño necesario para los tiempos venideros. Al mismo tiempo, el proceso de militarización y autoritarismo que ganó la región también fortaleció la impronta punitiva en materia de drogas.²¹ Tras los saldos criminales por violaciones gravísimas a los derechos humanos que dejó el impulso de dictaduras militares en la región, fue necesario acomodar la misma vocación de injerencia de siempre en nuevos moldes y discursos.

²⁰ Corbelle, F, *op. cit.*, pág. 22.

²¹ Cf. Pérez Ricart, *op. cit.*, p. 15.

La emergencia de la doctrina de las "Nuevas Amenazas", que desde fines de los años ochenta tuvo como uno de sus epicentros la guerra contra las drogas, colocó a las sustancias y a las personas que las consumen, como figuras principales en el elenco de amenazas a la estabilidad institucional. Así, se constituyó como doctrina de reemplazo para la injerencia y militarización en la región, llegando a configurar lo que en nuestros días han llamado una auténtica doctrina de reemplazo de la Doctrina de Seguridad Nacional (DSN), la Doctrina de la Inseguridad Nacional (DISN).²²

¿Y qué pasó con la Ley No. 20.771? Al desencadenarse la última dictadura clero-cívico-militar y social,²³ el nivel represivo tenía donde apoyarse, una legalidad para la persecución provista por un gobierno democrático. Cuando la Ley 20.771 fue aprobada, faltaban poco menos de dos años para el golpe de Estado del 24 de marzo de 1976.²⁴ Unos años después, llegó el turno de la CSJN para pronunciarse, por primera vez, respecto de si era o no constitucional penar la tenencia de drogas, aun en el supuesto de que lo fuera para consumo personal.

III. El criterio en torno a la penalización según la Corte Suprema del gobierno de facto

Como se dijo antes, la probable contradicción de la punición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal con las libertades perso-

²² Tokatlian, J., "El gobierno argentino y la Doctrina de la Inseguridad Nacional", *Revista Nueva Sociedad*, disponible en: «<https://nuso.org/articulo/el-gobierno-argentino-y-la-doctrina-de-inseguridad-nacional/>».

²³ "La dictadura debe ser vista antes que, como la obra exclusiva de una cúpula militar, como 'la expresión de un proceso social regresivo que conjugó la expectativa de múltiples fuerzas sociales [...] concertó el accionar de sectores militares, religiosos, políticos, sociales. Resultó de un proceso general de respuesta autoritaria, disciplinaria, represiva a los avances de radicalización y lucha de sectores populares en los años anteriores'", Villareal J. citado por Sarrabayrouse Olivera, M. J., *Poder Judicial y Dictadura. El caso de la morgue*, Editores del Puerto/CELS, Buenos Aires, Argentina, 2011, p. 7.

²⁴ El terror de Estado alcanzó en esa fecha sistematicidad, pero estuvo precedido de diverso tipo de acciones como las impulsadas por quien ocupaba el cargo de ministro de Bienestar Social, José López Rega, quien además se ocupaba al mismo tiempo de la Triple A, Alianza Anticomunista Argentina, un grupo parapolicial de extrema derecha que comenzó con las prácticas de secuestro, persecución y tortura, ya antes de la dictadura. Ese ministro fue el impulsor y voz cantante de la reforma introducida por la Ley 20.771.

nales garantizadas por el artículo 19 de la CN fue objeto de menciones superficiales en el debate parlamentario. Esta contradicción se saldó a fuerza de reducciones analíticas que invocaban, sin profundizar, la primacía de lo colectivo sobre lo individual, la impugnación unánime de la droga como "flagelo" o "lacra", y el planteamiento de que había que darlo todo para preservar una cierta concepción de lo que la vida colectiva debía ser.

Ese hilo argumental fue retomado con fuerza en el campo judicial y dieron por tierra con la robusta y libertaria letra del artículo 19 de la Constitución Nacional. Aquí es importante detenerse para comprender cómo se ordenó la jurisprudencia y cómo se subrayó o restringió su alcance según los distintos momentos político-institucionales locales e internacionales.

IV. Apuntes necesarios para comprender el debate constitucional: acerca del artículo 19 de la Constitución Nacional

El artículo 19 de la Constitución Argentina del año 1853 dice así:

Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Se trata de una norma ajena a la Constitución de los Estados Unidos, una de las principales fuentes de nuestra Constitución histórica conforme el proyecto de Juan B. Alberdi, aunque había sido receptada en textos previos, al menos desde el año 1815.

La fórmula fue tomada de la Constitución para la República de Venezuela, del año 1811 que, a su vez, había tomado el texto de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, que en su

artículo 5o. establecía un texto similar al que hoy se mantiene en el segundo párrafo de nuestro artículo, comúnmente denominado "principio de reserva".²⁵

Sin embargo, en la Convención Constituyente del año 1853, más exactamente el 25 de abril de aquel año, ganó aceptación la moción del general Ferré y en el texto original que sólo ponía como condición no ofender "el orden público", fue reemplazada la expresión por "al orden y a la moral pública",²⁶ ampliando el margen de debate en torno a la noción de acciones privadas y su ámbito de protección.

Lo cierto es que, puesta en relación con las demás libertades garantizadas por la Constitución Nacional, se la ha considerado la garantía de todas ellas debido a que el principio de reserva que establece, haciendo de la prohibición un requisito expreso, cuando ha sido bien utilizado, amplifica las lecturas de corte liberal del resto del sistema de derechos y garantías constitucionales.²⁷

El debate en general ha transitado los siguientes carriles, a saber: si la norma sólo protegía acciones privadas en el sentido íntimo que de ninguna manera trascienden la esfera interna y subjetiva de las personas (actos interiores) o si, —como se ha entendido en forma general—, se refería precisamente a los límites que se imponen ante la posibilidad de regular acciones exteriores, entendidas como aquellas que son decididas y precisamente ejecutadas en cualquier ámbito que ocurran, siempre que no afecten a otras personas.

¿Cuál es el margen para considerar la concurrencia, o no, de afectación a terceros (otras personas o el orden público)? Ésa es la pregunta que

²⁵ Cf. Sampay, A., *La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional*, Cooperadora de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, Buenos Aires, Argentina, 1975. Disponible en: «<https://revistas.colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/contextos/article/view/2831/2635>».

²⁶ Cf. Sampay, *op. cit.*, p. 13.

²⁷ Cf. Nino, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1992, pp. 312-313.

atraviesa cada caso en que el artículo 19 ha sido invocado a los efectos de plantear que una cierta limitación, o prohibición penal como en el caso que se analiza, violenta esta tutela. Y ¿por qué? Porque se trata de casos que implican debates sobre conductas personales que algunos pueden considerar disvaliosas y ponen en juego la legitimidad de las reglas que pretenden regularlas bajo pretexto de proteger a todas las personas, cuando en verdad podrían estar encubriendo imposiciones éticas y/o morales acerca de cómo conducirse, que se vuelven incompatibles con el derecho a la autonomía y la libre determinación de las decisiones de vida.

Desde ya, queda de lado la tesis restrictiva que asociaba acción privada con acción interna, puesto que "los actos que por su naturaleza no trascienden y, por consiguiente, cuyos efectos quedan en la inmanencia del operante, son los actos completamente internos, que tienen por principio una facultad del alma cognoscitiva y/o afectiva. Lógicamente los actos internos no caen bajo la regulación del Estado".²⁸

Los grandes debates han estado ligados a decisiones que comprenden sobre todo acciones que de un modo u otro son consideradas dañosas o lesivas de la integridad física o de los propios derechos, o bien casos en los que, so pretexto de regular aspectos de la vida social y sus instituciones, coartaban indebidamente la libertad personal.

V. La recepción jurisprudencial de la criminalización de la tenencia de estupefacientes con fines de consumo personal: el fallo Colavini²⁹

En el año 1978 la Corte Suprema de la dictadura se pronunció sobre esta cuestión en el caso "Colavini". Con pereza intelectual hizo suyos los planteamientos alarmistas y moralmente perfeccionistas, valiéndose de ape-

²⁸ Sampay, E., *op. cit.*, p. 18.

²⁹ "Colavini" *fallos* 330:254, decisión del 28 de marzo de 1978.

laciones al interés colectivo por sobre las garantías individuales, y en un contexto social e institucional en el que aquéllas estaban particularmente devaluadas, sostuvo la constitucionalidad de la prohibición.

Debe referirse primero el dictamen del Procurador General que, en lo sustancial, los jueces tomaron en su fallo. En opinión de aquél, la prohibición contenida en el artículo 6 de la Ley No. 20.771, en lo relativo a tenencia de estupefacientes aunque fuera con fines de consumo personal —en el caso, el señor Omar Colavini había sido detenido con dos cigarrillos de marihuana en su campera, detectados en el marco de una detención policial en una plaza de la localidad de El Palomar, provincia de Buenos Aires—, era compatible con las libertades individuales tal como ellas eran formalmente reconocidas por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Con anterioridad, la Corte había efectuado consideraciones en el caso "Jaura"³⁰ que auguraban³¹ la decisión adoptada en este caso. Allí se debatía una cuestión de competencia entre la justicia local y la justicia federal, y no centralmente sobre la constitucionalidad de la punición del consumo. No obstante, el Procurador General, en su dictamen que luego sería adoptado por la CSJN, no perdió la oportunidad de señalar lo siguiente:

Es necesario advertir, como se hizo en el debate parlamentario correspondiente con cita de Nerio Rojas, que el vicioso es uno de los términos del binomio del tráfico clandestino [...] y que toda legislación debe ir contra ambos, dado que por encima del interés particular está el interés general que dicho individuo trata de alguna manera de resquebrajar.

³⁰ "Jaura" *fallos* 292:534, decisión del 16 de septiembre de 1975.

³¹ Cf. Bozzos Roses, D., "Criminalización de la tenencia de drogas para consumo personal ¿Solución o parte del problema?" publicado en *El psicoanalítico*, disponible en: «<http://www.elpsicooanalitico.com.ar/num18/sociedad-bozzos-rozes-criminalizacion-tenencia-drogas-consumo-parteI.php>».

Idéntica concepción se sostuvo en el caso "Colavini", construida en lo sustancial, con base en argumentos referidos al consumo individual como una actitud dañina del conjunto del cuerpo social, la conexión causal entre el consumo, la producción y el tráfico, todo regado de metáforas, que recuperaban en el campo judicial, el trinomio drogas, delincuencia y subversión, que había caracterizado el debate en el ámbito del Poder Legislativo. Un buen resumen de todo eso puede verse en este tramo del dictamen al que hicimos mención, adoptado por los jueces de la CSJN:

La degeneración de los valores espirituales esenciales a todo ser humano, producidos a raíz del consumo de estupefacientes, hacen que esta acción exceda el calificativo de un simple vicio individual, pues perturba, en gran medida, la ética colectiva, constituyendo un ejemplo que el Estado, sobre quien recae el deber de tutelar la moralidad pública no puede prohijar.

Si no existieran usuarios o consumidores, no habría interés económico en producir, elaborar y traficar los estupefacientes de modo que, si no hubiera interesados en drogarse, no habría tráfico ilegítimo de drogas.

El uso personal de estupefacientes constituye una acción susceptible de caer bajo la órbita coercitiva del derecho, estando excluida, por tanto, del ámbito de libertad que señala el art. 19 de la Constitución Nacional.

Un año después, en el caso "Fiscal c/Roldán G", resuelto el 9 de agosto de 1979, *a contrario sensu*, la Corte concedió un recurso al Fiscal Federal y revocó una absolución que había dictado la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en favor de la señora G. Roldán quien había sido detenida en posesión de un medicamento llamado "Mandrax", utilizado comúnmente con finalidades analgésicas.

La Cámara de Apelaciones, al revocar la condena que le había impuesto el juez de primera instancia, sostuvo que la penalización prevista en el artículo

6 de la Ley No. 20.771 no estaba dirigida a cualquiera sino a "aquel que posee drogas para un uso, no de alivio de sus males, sino en forma de vicio o como antesala del mismo" y entendía que estas circunstancias no se habían podido probar en el caso. Sin embargo, con apoyo en "Colavini", la Corte descartó esa posibilidad interpretativa porque entendió que aquella decisión le daba relevancia a una discusión que la ley no hacía, en una lectura literal en extremo, aunque fuera de uso personal decía el artículo 6, frente a lo cual, cualquier disquisición sobre las finalidades era innecesaria e irrazonable. Ese criterio fue ratificado en el año 1981 en el caso "Valerio".³²

Así, hubo que esperar hasta el año 1986 para que una nueva decisión judicial pusiera en entredicho algunos aspectos de la compatibilidad entre el sistema de libertades que garantizaba la Constitución Nacional de 1853, vigente por entonces.³³

VI. Con la democracia, cambió la Corte y llegó Bazterrica³⁴

En el año 1983, mediante elecciones populares después de un poco más de siete años de dictadura, llegó al gobierno Raúl Alfonsín. Se iniciaba entonces, un 10 de diciembre, la transición hacia una democracia que, desde entonces, no sin sobresaltos, ha ganado estabilidad como nunca en la historia contemporánea de Argentina. Tras todos estos años de terrorismo de Estado se produjo una lenta reconversión institucional. El Poder Judicial fue, como poder de Estado, de lo más rezagado en ese

³² "Valerio", *fallos* 302:1205, decisión del 25 de agosto de 1981.

³³ En el año 1994, la Constitución Nacional fue reformada y, en lo que respecta a derechos fundamentales, los compromisos del Estado fueron reforzados conforme al proceso de constitucionalización de instrumentos internacionales de protección de derechos humanos que desde entonces gozan de jerarquía constitucional y suprallegal (conf. Artículo 75, inciso 22, Constitución Nacional).

³⁴ La referencia obligada, por su carácter pionero y por ser tan exhaustivo como el fallo mismo, es Nino Carlos S., "¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de las "acciones privadas de los hombres?" en *Constitución y Derechos Humanos*, Astrea, 1991, Buenos Aires, Argentina, tomo I, p. 570.

proceso, pues quienes cumplieron funciones en dictadura, salvo que mediara su propia voluntad de abandonar la función, continuaron como jueces de la democracia una vez finalizada aquélla.

Resulta necesario aquí aclarar que una nota peculiar de aquella dictadura fue mantener el funcionamiento de un sistema de justicia en un auténtico *como si*, aunque en muchos casos desplazando jueces y colocando otros, pero la dictadura "no 'fundó' un nuevo Poder Judicial, sino que se montó sobre la estructura existente".³⁵

De ahí que, al funcionar el Poder Judicial, la CSJN tuvo durante aquella dictadura la oportunidad de pronunciarse acerca de la compatibilidad entre la prohibición contenida en el artículo 6 de la Ley No. 20.771 y la Constitución Nacional en su artículo 19, conforme a los casos referidos en el apartado anterior.

Quienes habían integrado la CSJN como jueces renunciaron y eso dio oportunidad al flamante gobierno de Raúl. R. Alfonsín de nombrar a todos sus integrantes, conforme al mecanismo de la Constitución Nacional (1853) que había vuelto a regir. En el año 1986, ya con tres años de funcionamiento bajo aquella nueva integración, la Corte Suprema resolvió en el caso "Bazterrica".

VII. Algunas notas sobre el caso y su llegada a la Corte

Gustavo Bazterrica había sido detenido en 1981 en su casa, donde fueron hallados según las constancias de la causa, 3.6 gramos de marihuana y 0.06 gramos de cocaína. Como resultado de ello, se le había condenado a una pena de un año de prisión en suspenso, multa y costas, por considerarlo penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes conforme a lo establecido por el entonces vigente artículo 6 de

³⁵ Sarrabayrouse Olivera, M. J., *op. cit.*, p. 8.

la Ley No. 20.771. Esa condena fue confirmada por la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.

Contra aquella decisión, la defensa del señor Bazterrica interpuso un Recurso Extraordinario Federal (REF) ante la CSJN, en el que sostenía la inconstitucionalidad del artículo 6 de la Ley 20.771, de conformidad con lo establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional, especialmente si se atendía a la escasa cantidad de sustancias que habían sido secuestradas estando bajo su posesión. La Sala IV entendió que la defensa había logrado articular un caso federal susceptible de habilitar la competencia de la Corte Suprema y el recurso fue concedido.³⁶

El Procurador General, a quien se le había corrido vista a efectos de que emitiera el correspondiente dictamen, se pronunció por la constitucionalidad de la penalización. El doctor Juan Octavio Gauna, también designado con la llegada del flamante gobierno constitucional, sostuvo que "[...] [e]n cuanto a la pretensa invalidez constitucional del art. 6o. de la ley 20771 los argumentos del recurrente no son sino repetición de aquéllos que ya fueron desestimados por esta Corte [...] y no consiguen a mi juicio conmover los fundamentos entonces dados".

Es decir, consideró que no había motivos para apartarse de lo que la Corte, conforme a su composición durante la dictadura, había resuelto para los casos "Colavini" y "Valerio". A su juicio, el derecho a la intimidad no se veía afectado por esta decisión de criminalizar la tenencia de drogas para consumo personal porque "[...] por los antecedentes y efectos que supone, es conducta que trasciende los límites del derecho a la intimidad, protegido por el art. 19 de la Constitución Nacional".

³⁶ En el recurso también se articulaba un agravio referido a la afectación de la garantía de inviolabilidad del domicilio que, conforme a lo establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional que se habría producido según la consideración de aquella parte como consecuencia de la forma en que llevaron adelante el allanamiento en el domicilio del señor Bazterrica. Ese agravio fue descartado.

Como corolario de ese criterio, sostuvo que prohibir penalmente dicha conducta era completamente compatible con la necesidad de evitar "las consecuencias que para la ética colectiva y el bienestar y la seguridad general pudieran derivar de dicha tenencia, excepción hecha de la destinada a un empleo legítimo justificado por la medicina".

A su juicio, al tratarse de un delito de peligro abstracto, cuya presunción era facultad del legislador, bastaba con la tenencia de la sustancia y con que se supiera que lo que se poseía era una sustancia prohibida. Sin embargo, no es eso lo que se discutía, pues nadie sostenía que el peligro invocado no fuera abstracto, sino si bastaba con invocar un peligro abstracto para responder penalmente. Más aún considerando el modo en que el supuesto peligro era construido. Como veremos luego, sólo el voto del juez Petracchi se ocupó de ese punto.

En cuanto a las diferencias en torno a la finalidad del consumo, sostenía que era un debate irrelevante puesto que equivalía a agregar requisitos no considerados al momento de legislar, pues al decir la norma "aunque fuera para consumo personal" se agotaba la tipicidad del acto en la mera posesión. Para ello se apoyaba en el caso "Maldonado",³⁷ resuelto el primero de marzo de 1983, donde la CSJN había establecido en el considerando 4 que:

[...] los motivos en virtud de los cuales [se posee] la sustancia [...] carecen de relevancia para resolver la cuestión en examen toda vez que al resultar sancionada esa conducta como de peligro abstracto, dicho peligro existe en tanto la sustancia conserve sus cualidades y sea apta para ser consumida por cualquier persona con o sin el consentimiento de su tenedor, y es por ello susceptible de ser castigada.

En síntesis, el doctor Gauna hizo suyo el criterio establecido por la Corte entre 1978 y marzo de 1983 e insistió con que lo relevante no es

³⁷ "Maldonado", fallos 305:139.

si en efecto hay trascendencia de la conducta por fuera de la esfera personal, sino que alcanzaba con la posibilidad de que la hubiera. Luego, a su juicio, el peligro abstracto tomado en cuenta al sancionar la norma era una consideración legítima.

Ante la impugnación de la defensa de Bazterrica que señala el carácter absurdo de conectar la conducta del acusado con la hipotética imitación de "otros" genéricamente considerados, tal como había hecho la Corte al considerar la conducta de Colavini en el fallo anterior, el procurador volvía a traer aquel argumento y tautológicamente respondía sobre la validez de ese razonamiento, con cita de la Corte en aquello que precisamente estaba siendo impugnado:

[...] como lo demostrara la Corte [...] la tenencia de estupefacientes en todos los casos posee, por lo menos, la trascendencia que resulta del hecho del tráfico, fenómeno inconcebible si no hubiera tenedores consumidores. Además, ha de computarse la posibilidad, implícita en toda tenencia, de la extensión del hábito por la vía de la imitación o del ejemplo, así como la hipótesis de que el tráfico ilícito se realice a través de la portación de cantidades pequeñas que permitan invocar al tenedor, en caso de ser descubierto, que se trata de estupefacientes para consumo personal [...]

Como puede advertirse, en el dictamen se trataba como demostración lo que era una mera especulación, de corte alarmista, con concepciones que reducen a las personas a meros imitadores expuestos a riesgos derivados de las conductas de otras personas. También intentó revalidar todas las aseveraciones que había hecho la CSJN en "Colavini", aun cuando —como se encargó luego de analizar minuciosamente el juez Petracchi— eran un catálogo de prejuicios y fantasías que, a lo sumo, acreditaban ostentación de ignorancia acerca del tráfico y las dinámicas mínimas de la economía, al sostener que una forma eficiente de organizarlo consiste en traficar cantidades insignificantes.

Más absurdo aún se revela este argumento —invocado como vara de razonabilidad— si consideramos que la normativa bajo análisis no consideraba mínimo, promedios o máximos de cantidad de sustancias, para distinguir entre las distintas figuras que se habían incluido en la Ley 20.771.³⁸

Hasta aquí el dictamen del procurador, suscripto el 13 de junio de 1985 que, en resumidas cuentas, proponía a la Corte de la democracia mantener el *statu quo* consolidado al calor de un proceso legislativo iniciado en 1974 por el sector más conservador del último gobierno constitucional, pero con apoyo parlamentario de todo el arco político. Una intervención conservadora en una escena judicial que empezaba a interpelar sus propias producciones en materia de reconocimiento de libertades, a través de otros casos contemporáneos en los que se discutía la relación Estado y ciudadanía en torno al alcance del artículo 19 de la Constitución Nacional.³⁹

VIII. El fallo en cuestión

La decisión de la Corte fue dictada el 29 de agosto de 1986, es decir, más de un año después de aquel dictamen. Si bien los jueces Carlos S. Fayt y José Severo Caballero se adhirieron al dictamen del procurador y, en consecuencia, rechazaron el recurso, los tres jueces restantes votaron por conceder el recurso y declarar la inconstitucionalidad. A continuación, veamos cómo se construyó aquella decisión.

³⁸ Aunque excede el objetivo de este análisis, en el debate parlamentario de la Ley 20.771 se había planeado una discusión importante en torno a la falta de claridad derivada, precisamente, de contemplar figuras como la tenencia, cualquiera sea el fin según el artículo 6, con el almacenamiento previsto en el artículo 4. En ese debate se discutía también sobre la necesidad y/o conveniencia de regular tipos penales con exigencias cuantitativas transformadas en requisitos típicos.

³⁹ Contemporáneamente con el fallo que aquí se analiza, sobrevendrían los fallos "Sejean, Juan B. C/ Zaks de Sejean" donde se declaró inconstitucional la imposibilidad de divorciarse legalmente y unos años después, en 1989, el fallo "Portillo" sobre libertad y objeción de conciencia. Un poco antes del que se estudia aquí se había dictado el fallo "Ponzetti de Balbín" mencionado en el voto del juez Enrique S. Petracchi en Bazterrica. Fue una época de mucha revisión judicial sobre las libertades y el papel del Estado.

En términos de mayorías, fue un fallo ajustado. Uno de los jueces de la mayoría, Enrique Petracchi, lo hizo según su voto, lo que implicó un desarrollo individual que, además del peso específico que tuvo en su momento, fue retomado medularmente por la Corte al reexaminar la cuestión en el año 2009 en el caso "Arriola". Los otros dos jueces que integraron la mayoría en este caso fueron Augusto César Belluscio y Jorge A. Bacqué.

En los fundamentos coincidentes, esa mayoría fue bastante austera y es notable la pervivencia de argumentos propios de lo que, conforme a la clasificación de Florencia Corbelle a la que se ha hecho referencia más arriba, se denomina el "marco de la toxicomanía", junto con la idea de que existe una colectividad que se protege y salva a sí misma imponiendo conductas a título individual, tanto así que no desconectan completamente de los precedentes analizados hasta aquí. Dicen en los considerandos 6 y 7:

Este tribunal ha valorado la magnitud del problema de la drogadicción [...] en que destacó la deletérea influencia de creciente difusión actual de la toxicomanía en el mundo entero [...] con ese fundamento este Tribunal ha considerado lícita toda actividad estatal enderezada a evitar las consecuencias para la ética colectiva, el bienestar, la seguridad general que pudieran derivar de la tenencia ilegítima de drogas para uso personal.

Acto seguido, introdujeron el punto de diferencia que les permite cambiar el criterio, claro que sin abandonar el sesgo argumental que se expuso arriba. Para eso, se preguntaron "si todos los casos de consumo personal producen tal afectación", por lo que postularon que las conductas lesivas dirigidas contra sí mismo, sin lesiones sobre otros derechos, no pueden quedar abarcadas por mandatos de prohibición. Enmarcaron la cuestión como un problema probatorio, de acreditación insuficiente entre el peligro que se decía generaba la conducta y su efectiva concreción. Sostuvieron que no se había demostrado que la punición de la simple tenencia resultara eficaz para neutralizar daños a la seguridad y el bienestar general que se venían invocando para justificar la norma penal.

La revisita del fallo, a casi 35 años, vuelve más evidente algunas contradicciones o improntas que habían quedado eclipsadas por la indiscutible buena noticia que había traído la decisión al declarar la inconstitucionalidad de la norma. El consumidor, en el fallo, es tratado como un toxicómano,⁴⁰ y los propios jueces sostienen que están efectuando un análisis con "marco médico-psicológico".⁴¹

El voto mayoritario también incluye una perspectiva político-criminal al recurrir a datos e informes de organismos internacionales producidos en la época (v.g. ILANUD, OMS, entre otros), remarcando la inconveniencia de la punición, tanto desde el punto de vista sanitario como por el carácter criminógeno de las penas breves y de la salida punitiva en general respecto de quienes consumen drogas. Al respecto, sostuvieron que "en el caso de los adictos y los simples tenedores, el encarcelamiento carece de razonabilidad y puede resultar para tales sujetos un ulterior estigma que facilita adherirse a modelos de vida criminal y la realización de conductas desviadas, en vez de favorecer la readaptación social para la vida productiva".⁴²

Toda la elaboración doctrinaria en torno a una persona libre que puede decidir sobre sus acciones, que afortunadamente guió la decisión al momento de analizar la constitucionalidad del artículo 6 de la Ley No. 20.771 a la luz del artículo 19 de la CN, y culminó con la reivindicación del derecho a ejercer acciones aunque ellas no sean contestes con lo que otras personas, en particular el Estado, puedan considerar virtuoso, si con ellas no afectamos a terceros, es un poco contradictoria con la apelación a nociones como las de "drogadictos" y "toxicómanos".

La convivencia entre esas distintas caracterizaciones aparece mediada por la invocación de recomendaciones internacionales y de la Conven-

⁴⁰ Considerando 8o., del voto de la mayoría.

⁴¹ Considerando 13, del voto de la mayoría.

⁴² Considerando 9o., del voto de la mayoría.

ción Única sobre Estupefacientes del año 1961, que recién ahora era rescatada en su artículo 38, en tanto aconseja evitar la punición como principal vía de intervención frente de los toxicómanos.⁴³ Es que, acordaron los jueces, "es necesario comprender, pese a todos los prejuicios, que se puede atender al drogado".⁴⁴

Un tono similar se aprecia en el voto particular del juez Petracchi, al sostener que debía considerarse que el tema por decidir se relacionaba "directa o indirectamente con un problema temible: el tráfico y consumo de estupefacientes. La droga es, indudablemente, una lacra que produce atroces consecuencias en las sociedades modernas", y acto seguido conecta el consumo con el florecimiento del narcotráfico —no la ilegalidad— y asocia consumo con narcodependencia que limita la vida en múltiples sentidos.⁴⁵ O cuando la define como "plaga" y que no está en discusión que "la enorme difusión del tráfico, y por ende del consumo de estupefacientes constituya uno de los más graves problemas sociales que enfrenta el Estado moderno", asignando a las sustancias una condición causal de una forma ciertamente reduccionista, colocando siempre a quien consume como adicto a quien es mejor tratar, en lugar de calificar como "delincuente".⁴⁶ Todas las concepciones disonantes con las complejidades que el propio juez plantea en otros momentos del voto, que son los que le han merecido el reconocimiento que tiene en la historia jurisprudencial de la Corte.

Más allá de estos criterios resumidos, lo que hizo del fallo "Bazterrica" una decisión histórica y una pieza jurídica reconocida por sus aportes al debate sobre las libertades en nuestro país, sin temor a exagerar, fue el meticuloso voto del juez Enrique Santiago Petracchi.

⁴³ Considerando 10, del voto de la mayoría.

⁴⁴ Considerando 11, del voto de la mayoría.

⁴⁵ Considerando 5o., tercer párrafo, del voto del juez Petracchi.

⁴⁶ Considerando 16, segundo párrafo, del voto del juez Petracchi.

IX. Los destacados del voto del juez Petracchi de cara a los debates pendientes

Si bien, en lo sustancial, el sentido del voto de este juez fue coincidente con el de sus otros colegas en los aspectos reseñados en los párrafos precedentes, este fallo adquirió especial relevancia por el desarrollo efectuado en este voto, lo cual demanda un análisis particular. Ello en relación con dos líneas argumentales, pensando en los debates que aún hoy se dan en materia de regulación respecto del uso de drogas.

El primero de ellos, ya adelantado en este texto, fue que en este voto se conectó el objeto de decisión con el proceso de recuperación de la democracia⁴⁷ que atravesaba en aquellos años nuestro país:

La primera circunstancia determinante, cuando el asunto atañe a la consideración de garantías constitucionales, es la toma de conciencia de que nuestro país atraviesa una coyuntura histórico-política particular en la cual [...] se intenta reconstruir el orden jurídico, con el objetivo de restablecer y afianzar para el futuro en su totalidad las formas democráticas y republicanas de convivencia entre los argentinos, de modo que dicho objetivo debe orientar la hermenéutica constitucional en todos los campos.⁴⁸

Esa afirmación debe ser puesta en relación con lo que se sostiene más adelante cuando refiere que debe procurarse el equilibrio entre la omnipresencia creciente del Estado y el ámbito de privacidad al que todos tenemos derecho (conf. Art. 19 de la CN):

[...] pondrá de manifiesto las distancias entre los regímenes democráticos en que el individuo encuentre el espacio para la constitución de su propio plan de vida según lo determine la auto-

⁴⁷ En este sentido véase Alegre M. Arriola, "Bazterrica y la igualdad democrática", en *Lecciones y Ensayos*, núm. 89, UBA, Buenos Aires, Argentina, 2011, p. 131.

⁴⁸ Considerando 5o., segundo párrafo, del voto del juez Petracchi.

nomía de su propia conciencia y sólo dentro de los límites en los que no afecte igual derecho de los demás, y los regímenes autoritarios que invaden la esfera de privacidad e impiden que las personas cuenten con la posibilidad de construir una vida satisfactoria.⁴⁹

El enfoque que propone, dados los cambios institucionales, no se limita a la relación con el periodo de dictadura inmediatamente anterior, sino a ciertas circunstancias que tras largos periodos represivos, habían dado lugar al avasallamiento de las libertades más elementales de un orden democrático liberal, a través de la imposición de formas "correctas" de conducirnos en la vida: represión por formas de vestir, a la sexualidad, a los consumos culturales, entre otros, que se vieron robustecidos conforme se instalaban gobiernos antipopulares de corte militar, con fuerte intervención directa en sectores tales como las universidades.

Allí es donde este voto conecta el peligro autoritario de responder penalmente al consumo de drogas con la puesta en riesgo de la posibilidad de encarar seriamente un proyecto de país democrático, advirtiendo que cuanto más críticos sean nuestros problemas sociales más debemos evitar echar mano de salidas autoritarias que hagan tambalear nuestro sistema institucional.⁵⁰

En el mismo nivel de análisis, aunque más adelante en el propio fallo, se encuentran las consideraciones institucionales y político-criminales respecto de las sucesivas reformas al Código Penal, hasta llegar a la que analizaba la Corte en este fallo, la Ley 20.771. Además de describir el proceso de reformas del que se dio cuenta en los apartados iniciales de este trabajo, el juez Petracchi acierta al señalar que:

[...] la ley [...] al igual que las anteriores, es una reforma al Código Penal en aspectos parciales, y todo su sistema de tra-

⁴⁹ Considerando 10, primer párrafo, del voto del juez Petracchi.

⁵⁰ Cf. Considerando 25, párrafo séptimo, del voto del juez Petracchi.

tamiento del problema del tráfico y la adicción a las drogas consiste en una estructura de imposición de penas de notable severidad, sin que se legisle, como tampoco se había hecho antes, en forma global y sistemática sobre la cuestión de los estupeficientes, sobre sus diversos efectos en sectores individualizados de la sociedad, como jóvenes y adolescentes, y sin establecer una política general de soluciones alternativas o complementarias de la mera punición.⁵¹

Si se sitúa históricamente y se piensa en las limitaciones habituales de los pronunciamientos judiciales, rápidamente se puede advertir la diferente impronta en este voto en el que, en pocas líneas, señala la limitación intrínseca que implica abordar punitivamente un fenómeno complejo, y al mismo tiempo desatender un elenco complejo de obligaciones estatales en materia de salud y políticas sociales, cuya diversidad no se le escapa. Es decir, no se trata sólo de cuestionar el uso de medidas punitivas en sí mismo, sino que subraya la gravedad de hacerlo, además, sin intervenir con políticas públicas diversificadas a la altura de lo que identifica como múltiples problemas.

Se trata de una reflexión crítica que expresa posiciones aún no consolidadas en la discusión sobre política de drogas, pero que aparecen prontamente colocadas a mediados de la década de 1980, cuando faltaban apenas dos años para que la comunidad jurídica internacional reforzara la impronta criminalizante en la materia. Esas consideraciones, la decisión en el contexto de la nueva democracia y la sospecha del recurso punitivo como sostén principal de la política pública de drogas, son los apoyos a partir de los cuales va a considerar, muy extensamente, la compatibilidad entre la prohibición del artículo 6 de la Ley 20.771 y el régimen constitucional.

A diferencia de los pronunciamientos previos plagados de dogmas y tautologías, es un voto muy fundado, con fuerza persuasiva debido a razo-

⁵¹ Considerando 14, 3er. párrafo, del voto del juez Petracchi.

namientos muy minuciosos y una enorme tarea docente por explicitar conforme a qué categorías se considera finalmente irrazonable legislar penalmente en materia de tenencia de drogas para consumo personal. Se trata quizás de uno de los excepcionales casos en los que se puede advertir un despliegue efectivo de control de constitucionalidad cuya robustez lo volvió, como ya se señaló, piedra angular del fallo "Arriola" en que la CSJN retomó este criterio, 23 años después.

Se trataba de definir cuáles son los límites que el artículo 19 de la Constitución Nacional establece al Estado cuando se trata de casos de acciones privadas. Parece un juego de palabras, pero no lo es; no se trata de analizar si la conducta es apropiada o no, sino si la regulación está autorizada. Cómo definimos el problema, incide en la respuesta. La relevancia y el énfasis no debían ponerse en el ejercicio de las libertades, sino en la compatibilidad de las restricciones estatales sobre aquellas presumidas amplias, en este caso, poseer drogas para consumo personal.⁵² Lo que debía analizarse estrictamente era "el poco flexible límite que circunscribe el campo de inmunidad de acciones privadas, [constituido por] el orden y la moral públicos y los derechos de terceros"⁵³, que en el caso estaba dado por la legislación que había prohibido la tenencia con fines de consumo personal y cuyo límite era oponible al Estado. De lo contrario, bastaría con asignar relevancia pública por ley a alguna restricción y dar por pulverizada la garantía pues no alcanza con una ley formal, sino que aquélla puede regularlo todo sin entrometerse en las decisiones sobre el propio plan de vida que no afecten a terceros.⁵⁴

Es notable la conexión entre el desarrollo del voto en torno a las exigencias de legalidad que no podrían darse por satisfechas con el mero recurso a una ley aprobada formalmente por el poder instituido para ello, y lo que contemporáneamente sostuvo la Corte Interamericana de Derechos

⁵² Cf. Considerando 4 del voto del juez Petracchi.

⁵³ Cf. Considerando 11, primer párrafo, del voto del juez Petracchi.

⁵⁴ Cf. Considerando 11, segundo párrafo, del voto del juez Petracchi.

Humanos en su Opinión Consultiva No. 6 (OC 6/ 86),⁵⁵ dictada apenas unos pocos meses antes de este fallo. En efecto, aquel pronunciamiento fue enfático en no limitar la exigencia a la formalidad de que las restricciones a derechos estuvieran contenidas en textos legales aprobados conforme a los procedimientos vigentes, sino que, además, fijó como criterios de legitimidad de toda restricción su razonabilidad, proporcionalidad y su estricta necesidad en una sociedad democrática; parámetros que dialogan directamente con la forma en que se construyen los argumentos del voto que se analiza aquí. En efecto, dijo allí la Corte Interamericana:

[...] debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el "orden público" o el "bien común" como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las "justas exigencias" de "una sociedad democrática" que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego.⁵⁶

Efectúa un repaso prácticamente íntegro por el trabajo de Arturo Sampay, referencia ineludible en la doctrina acerca del artículo 19 de la CN (ya citado en este trabajo), y encuadra la posesión de drogas para consumo personal como una acción privada. Luego analiza si ello afecta o no al orden y la moral públicas,⁵⁷ únicos supuestos en los que la restricción estatal podría ser admisible.⁵⁸

⁵⁵ OC 6-86, "la expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" consulta efectuada por la República Oriental del Uruguay, resuelta el 9 de mayo de 1986, disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf».

⁵⁶ OC 6-86, parágrafo número 31.

⁵⁷ Cf. Considerando 7, último párrafo, del voto del juez Petracchi.

⁵⁸ El punto excede el objeto del trabajo, pero que una restricción o regulación pueda ser admisible no vuelve automáticamente razonables las medidas de carácter penal, pues aún restaría sopesar su pertinencia con base en criterios de proporcionalidad, lesividad, necesidad y excepcionalidad, también recogidos por el orden constitucional. Al respecto véase Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, Editorial Trotta, Madrid, España, 1996, en particular pp. 463-480.

El voto recorre en detalle la distinción entre acciones internas y externas a la que ya se hizo referencia y reivindica el "derecho a ser dejado a solas" como expresión de la autodeterminación para escoger el propio plan de vida.⁵⁹ Inmediatamente después afirma que "el reconocimiento de un ámbito exclusivo en la conducta de los hombres, reservado a cada persona y sólo ocupable por ella [...] resulta esencial para garantizar el equilibrio entre un Estado cada vez más omnipresente e individuos cada vez más dependientes de las formas jurídicas de organización de la sociedad a la que pertenecen",⁶⁰ es un baremo del sistema democrático en sociedades complejas.

¿Cómo desanda el camino del criterio sentado en "Colavini"? Primero, señalando que afirmar que es legítimo el castigo penal porque por ese medio se evita dañar el tejido social, garantizar bienestar y seguridad, tal como se sostuvo allí, no supera el estatus de afirmación meramente dogmático; pues es dicho "sin sustento en constataciones fácticas demostrables, [...] se castiga la mera creación hipotética de un riesgo, fundándose en alusión a supuestos peligros, y no a daño concretos a terceros o la comunidad".⁶¹

Refuta esa afirmación con datos de organismos especializados, con la posición del Poder Ejecutivo de aquel entonces expresada en foros internacionales y con diversos estudios comparados que sustentan la afirmación de que no hay tal relación razonable entre penalizar el consumo y controlar el tráfico de drogas. Sistematiza los argumentos habituales para considerar razonable la prohibición en: a) juicios éticos; b) razones de política global de narcotráfico; y c) argumentos referidos al peligro social.⁶²

⁵⁹ Cf. Considerando 9, párrafos 4 y 5, del voto del juez Petracchi.

⁶⁰ Cf. Considerando 10 del voto del juez Petracchi.

⁶¹ Considerando 16, primer párrafo, voto del juez Petracchi.

⁶² Cf. Considerando 17, tercer párrafo.

Al primer grupo contesta diciendo que el repudio ético, incluso mayoritario, no justifica bajo cualquier circunstancia una intervención estatal, menos aún de carácter punitivo, porque no es función del Estado establecer modelos de vida, sino fijar reglas de convivencia que aseguren el máximo de libertades posibles respecto de sus propias vidas, compatible con idéntico alcance para todas las personas. En el caso concreto, la posibilidad de decidir sobre el consumo de drogas "forma parte de la esfera reservada a los individuos [pues se trata de una] decisión acerca de su propia inseguridad corporal en la medida en que con los actos de autolesión no afecten derechos de terceros".

Luego en cuanto a la afirmación de que la política global de drogas demanda penar al consumidor para escalar en la estructura criminal desde ese punto, o bien para neutralizar la reorganización del negocio en forma de tráfico "hormiga" valiéndose de la no punición de la pequeña posesión para encubrir bajo el ropaje de consumidor la condición de traficante, tan ridículo como vigente aun hoy, fue considerado insostenible por varias razones.

Primero porque con esa línea argumental se podría justificar la penalización de todas las personas victimizadas para llegar a ejecutores —la asociación entre consumidor y víctima es constante—.⁶³ En segundo lugar, reivindicar la idea de que el consumidor permite llegar a quien vende, organiza y trafica, sólo tiene sentido al amparo de prácticas investigativas autoritarias "no menos graves que el propio consumo de estupefacientes", como podría ser compeler a las personas para que declaren contra sí mismas o bajo presión.⁶⁴ Una apreciación sin duda teñida por el clima de época posdictadura, en relación con las prácticas de instituciones policiales y judiciales que, como se señaló antes, se mantuvieron sin cambios institucionales relevantes y de las que todavía sobran ejemplos.

⁶³ Conf. Considerando 23 donde vuelve sobre esta cuestión hablando de "problema de las drogas", el drogadicto como alguien frecuentemente enfermo, y todo consumidor como drogadicto, entre otras consideraciones de ese mismo tenor.

⁶⁴ Cf. Considerando 18, quinto párrafo, del voto del juez Petracchi.

Además, al planteamiento que pretende justificar la penalización con base en argumentos de peligro social, contesta de una forma marcadamente liberal, indicando que no alcanza con que una conducta pueda eventualmente volverse peligrosa para recurrir al derecho penal. En particular, rechaza la relación sin sustento entre drogas y delito, por irrazonable, más aún cuando el mundo presenta otras alternativas.⁶⁵

Acto seguido, efectúa un juicio de razonabilidad específico sobre la función de la pena, a la que más que asignarle una supuesta capacidad resocializadora, la señala por sus efectos criminógenos. Dice al respecto, si la sanción produce estigma, es inútil, y un castigo inútil es siempre irrazonable.

Más adelante, en el mismo fallo, critica la política pública cuando la intervención punitiva se limita a generar estigmatización justo ahí donde el Estado falla en la diversificación de medidas y políticas más amplias⁶⁶ y señala, abandonando la retórica más alarmista sobre las drogas que en el mismo voto se adopta en varios momentos que no todas las drogas, psicofármacos y estupefacientes son lo mismo, ni mucho menos quienes las consumen, circunstancias que refuerzan su impugnación a la norma porque no acoge tampoco ninguno de esos matices.⁶⁷

En síntesis, prohibir la tenencia de drogas para consumo personal no es constitucionalmente tolerable por las implicaciones que tiene respecto del derecho a decidir el curso de la propia vida, lo cual vulnera indebidamente el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Además de la erudición jurídico-dogmática, el voto es muy valioso si pensamos en la actividad judicial como otra forma de gobierno, pues no renunció a la politicidad de las cuestiones en juego. Eso se manifiesta

⁶⁵ Cf. Considerando 20 del voto del juez Petracchi.

⁶⁶ Cf. Considerando 25, párrafo cuarto, del voto del juez Petracchi.

⁶⁷ Considerando 17, segundo párrafo, del voto del juez Petracchi.

más claramente cuando apoya sus argumentos con datos y reflexiones contextuales, dirigidas a dismantelar prejuicios y afirmaciones dogmáticas cuya principal función era avalar el castigo hacia algunas formas de vivir la vida so pretexto de la lucha contra formas graves de delito, cuando en verdad, la Constitución exige al poder político custodiar la posibilidad de elegir cuanto sea posible y hasta el límite de no dañar a otras personas.

X. Cuando la primavera democrática llegó a su fin: el retorno punitivo con el caso "Montalvo"

La primavera democrática duró un suspiro en lo que a esta jurisprudencia se refería. Apenas cinco años después, tras una profunda crisis económica e institucional que derivó en la salida anticipada del presidente Alfonsín, y tras las elecciones en que resultó triunfante Carlos S. Menem, llegaron vientos de retroceso.

En el ámbito internacional se exacerbó una política de adhesión a los lineamientos de la política sectorial promovida por los Estados Unidos, en realidad respecto de la más variada cantidad de ámbitos de la política pública. ¿Y cómo impactó eso en la jurisprudencia argentina? La doctrina "Colavini" resurgió. Había quedado perdidosa mas no desterrada completamente en aquella minoría que insistió en mantener ese criterio en el caso "Bazterrica".

Se ha señalado a lo largo del texto una serie de recursos retóricos y prejuicios por los que incluso transitaba el propio Petracchi más allá de su postura liberal. En algún sentido, fue cómodo para la Corte del año de 1990 recuperar aquellos criterios más retrógrados y opacos, al amparo del clima de guerra contra las drogas. La Corte no era la misma. Fue determinante la composición ampliada que garantizó al Poder Ejecutivo una mayoría partidaria y automática que terminó por fungir, salvo escasas excepciones, como agencia convalidadora de las decisiones más cuestionables del oficialismo en el gobierno. Eso, según dijimos, en un contexto en que Argentina viraba el timón de las relaciones con los Estados Unidos,

hacia una dinámica de "relaciones carnales" con aquel país, conforme a la jerga diplomática del entonces canciller Guido Di Tella.

El caso "Montalvo" fue una especie de *boomerang* jurisprudencial que avaló la preeminencia de un modo de intervención predominantemente prohibicionista. Como es sabido, eso generó los mismos desastres que esa receta produce hasta hoy a escala mundial: encarcelamiento masivo; crecimiento sostenido del consumo sin acceso a políticas efectivas para garantizar derechos desde una perspectiva sanitaria integral y de derechos humanos; corrupción y abusos policiales; y proliferación de múltiples canales de injerencia externa en asuntos locales, so pretexto de la cooperación internacional.

Todo eso no fue responsabilidad del retroceso jurisprudencial solamente, pero sí cooperó activamente en abortar un debate que apenas comenzaba. Hubo que esperar diecinueve años más para que la cuestión fuera reexaminada en el caso "Arriola". Y el debate, sigue.

XI. A modo de conclusión

Al tiempo en que este texto se termina de redactar, se repasa la estadística oficial en materia de delitos de drogas. Durante todo 2019, en la jurisdicción federal, el 93.99% de los casos ingresados fueron por tenencias para consumo personal conforme la ley vigente que fue declarada inconstitucional. Los casos por las modalidades más graves no suman ni siquiera una decena en todo el país.

Si consideramos el impacto diferenciado debido a identidad y género, vemos una tendencia represiva en materia de drogas;⁶⁸ en el caso de las personas trans, esa cifra trepa a 70%. Por otra parte, la principal fuente

⁶⁸ Cf. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sistema Nacional de Estadísticas de Ejecución de la pena, disponible en: «<http://datos.jus.gob.ar/dataset/sneep>».

de hostigamiento policial a jóvenes en las grandes ciudades es por delitos de tenencia.⁶⁹

El cambio de dictadura a democracia implicó una diferencia notable en la lectura dogmática de las libertades constitucionales y el alcance conferido en torno a si la respuesta criminalizante es o no una alternativa válida que pueda usarse sin matices, apelando a ciertas nociones morales de "lo social"; o si, por el contrario, es deber del Estado intervenir asegurando autonomía en las decisiones, sin imponer modos de vida, cumpliendo con exigencias de proporcionalidad y razonabilidad, respetando la diversidad, cuidando sin imponer conductas y decisiones sobre el propio cuerpo y la salud a nadie. También deja la enseñanza, ratificada con el pronunciamiento de la Corte en 2009, que un aval jurisprudencial a la despenalización es condición necesaria pero no suficiente.

Esas perspectivas liberales son condiciones necesarias, pero no suficientes, puesto que finalmente la falta de una política integral dirigida a regular la producción, uso, acceso y control a las sustancias,⁷⁰ termina limitando el alcance de esos pronunciamientos, cuyos mejores efectos no están disponibles para la mayor parte de la población, en sociedades profundamente desiguales.

Visto en perspectiva, ese recorrido jurisprudencial es útil para rastrear una mirada oscilante entre la patologización y la criminalización, entre la piedad, la lástima o el castigo, que se vincula con procesos sociales y su relación con retóricas represivas que preceden y suceden los vaivenes institucionales, que tienen momento de repliegue, pero también largas

⁶⁹ CELS, *La guerra contra el narcotráfico. Una guerra contra los pobres*, 2019, disponible en: «<https://www.cels.org.ar/drogas/index.htm>».

⁷⁰ El punto excede ampliamente los objetivos de este análisis pero una propuesta integral que señala las demandas complejas que implica asumir una política de drogas con despenalización y regulación, aunque limitada al cannabis, puede verse en Labiano, V. Consideraciones para la formulación de una política que regule legalmente el cannabis en Argentina, marzo de 2018, Buenos Aires, Argentina, disponible en: «<http://resetdrogas.com.ar/index.php/2020/03/10/consideraciones-para-la-formulacion-de-una-politica-que-regule-legalmente-el-cannabis-en-argentina/>».

resurrecciones. El caso "Arriola", que se comenta en otro trabajo en esta publicación, constituye una oportunidad para que el poder político redefina el rumbo. Cumple once años próximamente, pasaron casi tres periodos de gobierno, sin tenerlo en cuenta.

Evidentemente, hace falta aún mucho más trabajo para desmontar la relación de las drogas sólo con crimen y enfermedad en los Estados democráticos de derecho en constante construcción. Habrá que sacudir muchos estamentos para que el eje de la política no niegue la subjetividad y se enfoque, por tanto, en la protección de derechos que portan personas a las que se debe proteger. Empezar por respetar las buenas decisiones judiciales, para en lugar de castigar, acompañar.

II. CHILE

1. Contexto nacional

Chile, a diferencia de otros países de la región latinoamericana, no se considera un país productor de sustancias psicoactivas. No obstante, al compartir frontera con países cultivadores de hoja de coca y productores de cocaína como Bolivia y Perú, se ha convertido en un punto fundamental de trasiego de dicha sustancia a otros continentes y en destino de drogas. Según datos de United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) y el Observatorio de Narcotráfico en Chile, cerca de 71% de la cocaína de Bolivia transita por puertos chilenos. En ese sentido, la organización criminal importadora es de los actores con mayor relevancia dentro del mercado de drogas en Chile.¹

En materia de consumo, atendiendo a la población total de 18,751,405 habitantes² y el aumento de las prevalencias que revela el Estudio de Drogas de población general emitido por el Servicio Nacional para la

¹ Véase UNODC, Informe Mundial de Drogas 2016 y Observatorio de Narcotráfico en Chile. Informe 2016, Fiscalía-Ministerio Público de Chile, p. 22.

² Censo 2017 del Instituto Nacional de Estadísticas.

Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol (SENDA), Chile se coloca como uno de los países con mayor índice de consumo de sustancias psicoactivas en la región. La edición 2016 de dicho estudio revela que:

los reportes desde 2010 a la fecha dan cuenta de un aumento sistemático del consumo de esta droga en el país. La prevalencia de "consumo alguna vez en la vida" sube de 31.5% en 2014 a 35.7% [...] Este aumento significativo se observa por tercer estudio consecutivo en ambas prevalencias. La medida principal que emplea SENDA para caracterizar el uso de marihuana en Chile es el "consumo en el último año", cuyo resultado en 2016 vuelve a mostrar un aumento significativo respecto del estudio anterior, llegando a 14.5%, la cifra más alta de toda la serie.³

Respecto a la prevalencia de consumo desagregada por sexo, se evidencia también aumentos significativos en el consumo tanto en hombres como en mujeres. En el caso de hombres, la prevalencia de consumo en el "último año" aumenta de 14.6% en 2014 a 18.4% en 2016, mientras que en mujeres la prevalencia llega en 2016 a 10.6% respecto a 8.1% en 2014.⁴ Estas cifras colocan al Estado chileno, de acuerdo con los estudios realizados por la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), como el segundo país en prevalencia de consumo de cannabis en la población general, después de Barbados y seguido por los Estados Unidos.⁵

Al igual que el resto de América Latina, Chile incorporó a partir de la década de los sesenta, las Convenciones de Naciones Unidas que con-

³ SENDA, Décimo Segundo Estudio Nacional de Drogas en Población General 2016. Observatorio Chileno de Drogas Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol, Ministerio del Interior y Seguridad Pública, 2017, p. 23.

⁴ *Idem*.

⁵ CICAD, Informe sobre Consumo de Drogas en las Américas, 2019, Organización de los Estados Americanos. OEA/Ser.L/XIV.6.6 2019. Disponible en: «<http://www.cicad.oas.org/main/pubs/Informe%20sobre%20el%20consumo%20de%20drogas%20en%20las%20Am%C3%A9ricas%202019.pdf>».

forman el sistema internacional de fiscalización de drogas: la Convención sobre Estupefacientes de 1961, la Convención sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 y la Convención sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988. En materia de consumo, la incorporación de dichos instrumentos internacionales, derivó en la sanción de sustancias relacionadas con el uso de sustancias psicoactivas en Chile a través de la Ley 18.403 de 1985 y la Ley 19.366 de 1995, las cuales incorporaron como delito la posesión de drogas.

En 1997 se incorporó a través del Decreto 143 la obligación de registrar a las personas sancionadas por delitos de drogas. El artículo 1 de dicho instrumento establece que:

El Servicio de Registro Civil e Identificación deberá llevar en la Base de Datos Central de su sistema mecanizado el Registro Especial de Faltas por Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, en el cual se inscribirán todas las personas que hayan sido condenadas en virtud de sentencia ejecutoriada por alguna de las faltas establecidas en el artículo 41 de la Ley 19.366.⁶

Posteriormente, en el año 2005, se publicó la Ley 20.000, la cual se constituye como el instrumento de derecho penal que dirige la política de drogas en el país.⁷ Dicha legislación introduce el microtráfico como delito. Según académicos nacionales expertos en la materia, "una de las principales complicaciones que tiene la actual legislación en materia de drogas en Chile es que el consumo de estas sustancias está despenalizado, pero todos los demás actos relacionados con el acto de consumo están penalizados como faltas o delitos",⁸ incluido el consumo en grupos.⁹

⁶ Decreto No. 143. Publicado el 18 de agosto de 1997.

⁷ Ley 20.000. Publicada el 16 de febrero de 2005. Disponible en: «<http://www.senda.gob.cl/quienes-somos/normas-vinculadas/ley-no-20-000-sanciona-el-trafico-ilicito-de-estupefacientes-y-sustancias-sicotropicas/>».

⁸ Sánchez Bustos, Sergio, "Situación de la reforma política sobre drogas en Chile", *Soc. Hoy*, núm. 26, primer semestre, 2018, pp. 67-78.

⁹ Véase artículo 16 de la Ley 20.000.

De igual forma, la citada ley no establece umbrales de dosis máxima para consumo personal, por tanto, deja a discrecionalidad del Poder Judicial las definiciones entre consumidor y traficante, así como su diferencia al momento de sancionar. Asimismo, el Decreto 867 que reglamenta la Ley 20.000 ubica al cannabis y sus derivados en la lista de "drogas duras que producen una alta toxicidad o dependencia", lo que obliga a aplicar las penas máximas para los delitos relacionados con esa sustancia.¹⁰

Frente al cannabis con fines medicinales, si bien la Ley 20.000 autoriza dicho uso, la interpretación por parte de las autoridades de salud pública ha impedido garantizar el mismo. Como señala Sánchez Bustos:

[...] hasta 2012 había una descoordinación evidente entre los propósitos de la Ley 20.000 y la interpretación que el Instituto de Salud Pública (ISP) hacía de las propiedades medicinales de las drogas, resultando en la práctica una prohibición al uso médico de las drogas. Hoy este conflicto se ha resuelto caso a caso, mediante una resolución del ISP para cada paciente que solicite el uso de estas drogas. La constitucionalidad de este procedimiento queda en suspenso frente al principio de igualdad ante la ley.¹¹

La implementación de dicha ley ha reflejado la priorización del sistema de justicia frente a la persecución de las conductas previas al consumo de sustancias psicoactivas por encima de otros delitos. Esto atiende en gran medida a que las drogas se perciben como las culpables de la falta de orden público y una serie de comportamientos que atentan contra la seguridad. Esto se evidencia en las denuncias y detenciones, ya que las detenciones producto de ofensas a la Ley de Drogas logran mayor

¹⁰ Reforma de la ley de drogas en Chile: guía básica, Transnational Institute, 31 de diciembre de 2012. Disponible en: «<https://www.tni.org/es/publicacion/reforma-de-la-ley-de-drogas-en-chile-guia-basica#9>».

¹¹ Sánchez Bustos, Sergio, "El consumidor, el daño y el reglamento de la Ley 20.000", en "Ley 20.000 y Debate de drogas", *Revista Noventa y Tres*, Defensoría Pública, núm. 10, año 6, agosto, 2014, p. 58.

efectividad que las que ocurren sobre otras actividades ilícitas o delitos.¹² Por ejemplo:

Si bien en 2011 hubo cerca de 95 mil denuncias por robo con violencia, sólo hubo cerca de 13 mil detenciones, con sólo 14 por ciento de efectividad, mientras que en drogas fueron 59 mil 572 las denuncias y 52 mil 532 las personas aprehendidas: El 88 por ciento de las denuncias relacionadas a drogas terminan en una detención.¹³

En el mismo sentido, la utilización del enfoque punitivo del Estado a partir de la Ley 20.000 ha tenido diversos efectos en la esfera de derechos de las personas usuarias. Como ha destacado el Defensor Nacional de la Defensoría Pública Penal, la legislación presenta diversas debilidades que dan cuenta de la dicotomía existente entre la política de drogas y el derecho a la libertad personal.¹⁴ En el marco del trabajo de dicha institución se han observado las dificultades para determinar las conductas punibles y el abuso que las facultades otorga por parte de agentes de persecución penal, lo cual ha afectado, a juicio de la Defensoría, principios básicos como la presunción de inocencia y el debido proceso.¹⁵

Lo anterior ha dado pie a la criminalización de las personas usuarias de drogas por encima de aquellas dedicadas al tráfico de sustancias a gran escala. Esto se observa en las cifras oficiales de la implementación de la legislación penal vigente. Por ejemplo, entre 2012 y 2013, 72.8% de las detenciones fueron por consumo, porte y cultivo. La causa principal con 54.4% fue el porte de drogas y los principales destinatarios de las medidas son hombres jóvenes y mujeres.¹⁶ Estos números dan cuenta de

¹² Vergara B., Eduardo, "Victimización, detenciones y política de drogas en Chile", en "Ley 20.000 y Debate de drogas", *Revista Noventa y Tres*, Defensoría Pública, núm. 10, año 6, agosto, 2014, p. 41.

¹³ *Idem*.

¹⁴ Cfr. Schubert S., Gregory, "Duda Razonable", en "Ley 20.000 y Debate de Drogas". *Revista Noventa y Tres*, Defensoría Pública, núm. 10, año 6, agosto, 2014, p. 5.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ Vergara B., Eduardo, "Victimización, detenciones y política de drogas en Chile", en "Ley 20.000 y Debate de drogas", *Revista Noventa y Tres*, Defensoría Pública, núm. 10, año 6, agosto, 2014, p. 42.

que las problemáticas de la aplicación de la Ley 20.000 se centran principalmente en los actores y operadores del sistema penal. El Ministerio Público, por ejemplo, no ha hecho especiales esfuerzos por distinguir las hipótesis de consumo de las de tráfico, habiendo argumentos normativos y jurisprudenciales que permiten hacer dicha diferencia y considerar que no toda persona que porta o tiene droga lo hace para su comercialización.¹⁷

El debate sobre las consecuencias del paradigma prohibicionista en la región ha permitido a Chile dar pasos para incorporar el discurso de derechos en la política vigente. Lo anterior se ha logrado a partir de la incidencia de sociedad civil organizada y de un papel protagónico de la Defensoría Pública Penal.

Sobre usos medicinales y de investigación del cannabis, en 2015 se permitió que los pacientes que requieran cannabis medicinal puedan acceder mediante prescripción médica.¹⁸ En circunstancias especiales, los medicamentos a base de cannabis pueden autorizarse para la importación y las solicitudes deben enviarse a las autoridades sanitarias que se encargan de los registros. Como la medicación sigue siendo inaccesible en las farmacias, la prescripción médica puede utilizarse como justificación legal del uso medicinal en los tribunales, lo que está autorizado en virtud del artículo 4 de la Ley 20.000. Esto permite a los pacientes cultivar plantas en casa (sin un número específico) o ser miembros de un club colectivo de cultivo de cannabis, siempre que este último esté regulado por la Ley 20.500 sobre participación ciudadana sin fines de lucro.¹⁹

¹⁷ Cfr. Fierro M., Claudio, "La Corte Suprema y el autocultivo de marihuana en Agenda Corta en un Chile multicultural", *Revista Noventa y Tres*, Defensoría Pública, núm. 15, año 9, mayo, 2017. Véase Corte Suprema de Justicia. Sentencia dictada en los autos Rol núm. 4949-2015. Sentencia dictada en los autos Rol núm. 4949-2015, considerando 5o., p. 45.

¹⁸ Decreto 84 que modifica los decretos supremos números 404 y 405, ambos de 1983, Reglamento de estupefacientes y Reglamento de psicotrópicos, respectivamente, ambos del Ministerio de Salud.

¹⁹ Aguilar, Sofía y Gutiérrez, Víctor et. al, *Políticas y prácticas sobre cannabis medicinal en el mundo*, IDPC/MUCD, abril de 2018.

A la par, la Fundación Daya, conformada por familiares de pacientes que requieren los usos medicinales de cannabis, en conjunto con la Universidad de Valparaíso, la Farmacopea Chilena y Knop Laboratorio, lideran un proyecto para desarrollar un fitofármaco propio que sea económicamente accesible.²⁰

Frente a la implementación de la Ley 20.000 y sus repercusiones en los derechos de las personas usuarias de drogas, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha generado importantes precedentes sobre autocultivo de cannabis. A diferencia de otros países, donde las organizaciones de la sociedad civil han sido las protagonistas en el diseño de litigios estratégicos para poner en debate la política de drogas frente a los principios constitucionales, en el caso chileno dicha labor la ha realizado la Defensoría Pública Penal:

La activación por la Defensoría de mecanismos de tutela jurisdiccional que facilitan la protección de los derechos fundamentales. Ha sido a través del recurso de nulidad y la acción constitucional de amparo que el Máximo Tribunal ha fijado estándares relevantes de garantía para los ciudadanos frente al poder penal y ha corregido los márgenes de desviación e ilegitimidad jurídicas en que otros poderes han incurrido.²¹

A través de dichos recursos, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en diversos fallos sobre el autocultivo de cannabis generando precedentes clave sobre: la falta de lesividad de la conducta; la no punibilidad del uso concertado que no alcanza a concretarse; las

²⁰ Cfr. *Idem*. Véase Fundación Daya, "Celebremos la llegada de este tipo de fitofármacos que reconocen el gran potencial terapéutico del cannabis, pero lamentamos que su precio esté tan alejado de la realidad chilena", disponible en: «<http://www.fundaciondaya.org/fundacion-daya-e-importacion-de-farmacos-en-base-a-cannabis-celebremos-la-llegada-de-este-tipo-de-fitofarmacos-que-reconocen-el-gran-potencial-terapeutico-del-cannabis-pero-lamentamos-que-s>».

²¹ Fierro M., Claudio, "La Corte Suprema y el autocultivo de marihuana en Agenda Corta en un Chile multicultural", *Revista Noventa y Tres*, Defensoría Pública, núm. 15, año 9, mayo, 2017. Véase también Corte Suprema de Justicia. Sentencia dictada en los autos Rol núm. 4949-2015. Sentencia dictada en los autos Rol núm. 4949-2015, considerando 5o., p. 42.

razones que justifican castigar penalmente un cultivo no autorizado de cannabis; y el cultivo colectivo para consumo privado.²²

Dichos precedentes tuvieron ciertos efectos en la legislación vigente. En julio de 2015, la Sala de la Cámara de Diputados aprobó un proyecto de ley que modifica la Ley 20.000. El proyecto despenaliza el autocultivo de marihuana y permite el uso medicinal y recreativo. Esta modificación permite el cultivo de hasta seis plantas de marihuana por hogar, uso medicinal de la marihuana con previa autorización médica, y la posesión de hasta 10 gramos para consumo personal. En julio de 2015, la Cámara en su conjunto aprobó el proyecto de ley. Asimismo, en el año 2018 se presentó un proyecto de ley conocido como "Ley de Cultivo Seguro", el cual busca permitir que la receta médica sea una herramienta válida e idónea para la plantación, cultivo y cosecha de plantas sin el temor de detención o incautación.²³

Las vías de reconocimiento de derechos y visibilizarían de los efectos de la política de drogas en Chile abonan al discurso regional sobre la necesidad de impulsar la despenalización de la posesión de drogas y la importancia de apostar por medidas de regulación frente al consumo de cannabis.

²² *Idem*.

²³ "Ley de Cultivo Seguro pasa la prueba en la Cámara: proyecto permitirá la plantación, cultivo y cosecha de cannabis", *El Mostrador*, 22 de marzo de 2018. Disponible en: «<https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2018/03/22/camara-de-diputados-aprueba-proyecto-de-ley-de-cultivo-seguro-que-permitira-la-plantacion-cultivo-y-cosecha-de-cannabis/>».

2. Incidencia de las sentencias de la Corte Suprema de Chile en la incorporación de un enfoque de derechos en materia de consumo y cultivo de cannabis: el caso chileno

Daniela Quintanilla Mateff*

SUMARIO: I. Marco normativo chileno y jurisprudencial en Chile. II. Casos y jurisprudencia, acciones de nulidad y amparo, defensa de derechos fundamentales. III. Proyecto de ley, un aporte al reconocimiento de derechos fundamentales y necesidad de certeza jurídica.

I. Marco normativo chileno y jurisprudencial en Chile

En Chile, el marco jurídico regulatorio vigente respecto a los delitos relacionados con las drogas se encuentra consagrado principalmente en la Ley No. 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Esta ley fue promulgada en febrero del año 2005 y reemplazó a la antigua Ley No. 19.366 de 1995.

La ley No. 20.000 resguarda como bien jurídico protegido la salud pública, lo que responde a la historia de la legislación chilena en materia de drogas, pues desde el Código Penal de 1873, el tipo penal se encuen-

* Abogada por la Universidad Diego Portales de Chile. Se desarrolló durante siete años como abogada de la Corporación Humanas en Chile. También se desempeñó como abogada de la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia. Actualmente desarrolla trabajo de investigación y análisis de políticas públicas con enfoque de derechos humanos, monitoreo y control en el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos, en especial en relación con la situación de los derechos de las mujeres en Chile y en la región.

tra consagrado bajo el título "Crímenes y Simples Delitos contra la Salud Pública". En ese mismo sentido, el artículo 1o. de la Ley No. 20.000 señala que:

Artículo 1o.- Los que elaboren, fabriquen, transformen, preparen o extraigan sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, *capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud*, sin la debida autorización, serán castigados con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales.

Si se tratare de otras drogas o sustancias de esta índole que no produzcan los efectos indicados en el inciso anterior, podrá rebajarse la pena hasta en un grado.

Incurren también en este delito, quienes tengan en su poder elementos, instrumentos, materiales o equipos comúnmente destinados a la elaboración, fabricación, preparación, transformación o extracción de las sustancias o drogas a que se refieren los incisos anteriores. [Las cursivas son de la autora].

Esta nueva legislación introduce algunas modificaciones relevantes, principalmente en cuanto viene a reconocer una gradación en el tipo penal de tráfico ilícito de drogas, estableciendo sanciones inferiores al tráfico de "pequeñas cantidades" sin señalar delimitaciones objetivas de lo que considera "pequeñas" o "grandes" cantidades, entregando al sentenciador dicha determinación. Las penas asociadas al tráfico van de 5 años y un día hasta 15 años de cárcel; por su parte, las penas asociadas al tráfico de pequeñas cantidades van desde los 541 días hasta 5 años de prisión.

En el texto de la Ley 20.000 se da continuidad a la fórmula de la ley de 1995 que consagra una distinción respecto a la figura de traficante y consumidor; atribuyendo al primero, sanción penal de privación de libertad por delitos de tráfico y sanción de falta en el caso que la droga

estuviera destinada no al tráfico sino al *uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo*.

En efecto, ya desde 1995 y hasta la fecha, el consumo personal y privado de sustancias ilícitas no se encuentra tipificado como delito, sino que se constituye como figura de faltas, con penas de multa y medidas de rehabilitación o trabajo comunitario, para las hipótesis de consumo en espacios públicos y para el consumo concertado. En virtud de la legislación actual, el consumo personal en un lugar privado es un acto atípico, exento de sanciones o intromisiones por parte de la ley penal; mientras que el consumo que se realiza en lugares públicos o en espacios privados, pero de manera concertada con más personas, tendría carácter de falta. El artículo 4 de la Ley 20.000 establece:

Artículo 4o.- El que, 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, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1o., 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.

Se entenderá que no concurre la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la calidad o pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo descrito o cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título [las cursivas son de la autora].

En relación con el cultivo de cannabis, el artículo 8 de la Ley 20.000 establece:

Artículo 8o.- El que, careciendo de la debida autorización, siembre, plante, cultive o coseche especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales, *a menos que justifique que están destinadas a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo*, caso en el cual sólo se aplicarán las sanciones de los artículos 50 y siguientes. Según la gravedad del hecho y las circunstancias personales del responsable, la pena podrá rebajarse en un grado [las cursivas son de la autora].

Por su parte, el título IV de la Ley No. 20.000 aborda el tema de las faltas y en el artículo 50 establece:

Artículo 50.- Los que consumieren alguna de las drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas de que hace mención el artículo 1o., en lugares públicos o abiertos al público, tales como calles, caminos, plazas, teatros, cines, hoteles, cafés, restaurantes, bares, estadios, centros de baile o de música; o en establecimientos educacionales o de capacitación, serán sancionados con alguna de las siguientes penas:

- a) Multa de una a diez unidades tributarias mensuales.
- b) Asistencia obligatoria a programas de prevención hasta por sesenta días, o tratamiento o rehabilitación en su caso por un período de hasta ciento ochenta días en instituciones autorizadas por el Servicio de Salud competente. Para estos efectos, el Ministerio de Salud o el Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol deberán asignar preferentemente los recursos que se requieran.
- c) Participación en actividades determinadas a beneficio de la comunidad, con acuerdo del infractor y a propuesta del departa-

mento social de la municipalidad respectiva, hasta por un máximo de treinta horas, o en cursos de capacitación por un número de horas suficientes para el aprendizaje de la técnica o arte objeto del curso. Para estos efectos, cada municipalidad deberá anualmente informar a el o los juzgados de garantía correspondientes acerca de los programas en beneficio de la comunidad de que disponga. El juez deberá indicar el tipo de actividades a que se refiere esta letra, el lugar en que se desarrollarán y el organismo o autoridad encargada de su supervisión. Esta medida se cumplirá sin afectar la jornada educacional o laboral del infractor.

Se aplicará como pena accesoria, en su caso, la suspensión de la licencia para conducir vehículos motorizados por un plazo máximo de seis meses. En caso de reincidencia, la suspensión será de hasta un año y, de reincidir nuevamente, podrá extenderse hasta por dos años. Esta medida no podrá ser suspendida, ni aun cuando el juez hiciere uso de la facultad contemplada en el artículo 398 del Código Procesal Penal.

Idénticas penas se aplicarán a quienes tengan o porten en tales lugares las drogas o sustancias antes indicadas para su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

Con las mismas penas serán sancionados quienes consuman dichas drogas en lugares o recintos privados, si se hubiesen concertado para tal propósito.

Se entenderá justificado el uso, consumo, porte o tenencia de alguna de dichas sustancias para la atención de un tratamiento médico.

Para complementar la legislación citada, existe también un reglamento dictado por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, promulgado en virtud de lo establecido en el artículo 63 de la Ley No. 20.000, que mandata la promulgación de un instrumento que señale las sustancias y especies vegetales a que se refieren los artículos 1o., 2o., 5o. y 8o.; los requisitos, obligaciones y demás exigencias que deberán cumplirse para

el otorgamiento de las autorizaciones a que se refiere el artículo 8o.; y las normas relativas al control y fiscalización de dichas plantaciones. En dicho reglamento se establece la forma de solicitar la autorización para el cultivo de cannabis en los términos del citado artículo 8o. de la Ley No. 20.000, en el que se consagra lo siguiente:

Artículo 6. Para obtener la autorización a que se refiere el artículo 8o. de la ley No. 20.000, los interesados deberán presentar una solicitud en la Dirección Regional del Servicio Agrícola y Ganadero con jurisdicción en el territorio en que está ubicado el predio en que se efectuará la siembra, plantación, cultivo o cosecha de las especies vegetales a que se refiere la disposición legal citada. En el caso en que el predio respectivo abarque dos o más jurisdicciones, se podrá solicitar la autorización en cualquiera de ellas.

Artículo 12. Concluida la cosecha y para los efectos del transporte de los productos obtenidos, el interesado deberá requerir, previamente, una guía de libre tránsito que otorgará el Servicio Agrícola y Ganadero, en la que se individualizará el medio de transporte, cantidad de los productos, destino y ruta a ser utilizada. Dicha guía deberá ser visada por alguna de las Unidades de Carabineros más próxima al predio y también por aquella correspondiente al lugar de destino de los productos.

Artículo 14. Finalizada la cosecha y separado el producto, las plantas, sus rastrojos, florescencias, semillas u otras partes activas deberán ser destruidas por el interesado en presencia de un funcionario del Servicio Agrícola y Ganadero y de un funcionario de la Policía de Investigaciones o de Carabineros de Chile, de la Oficina o Unidad más próxima al predio, debiendo levantarse un acta de la diligencia, la que suscribirán los funcionarios asistentes y el interesado, copia de la cual se remitirá al mencionado Servicio Agrícola.

Así, de acuerdo con la legislación especial relativa al tráfico de drogas, el cultivo de cannabis que cuente con la autorización del Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) y/o el que esté destinado al uso o consumo personal,

exclusivo y próximo en el tiempo, no constituye una conducta típica desde un punto de vista penal, sino una conducta susceptible de ser sancionada con una multa o derechamente una conducta exenta de sanción que las personas pueden desarrollar en virtud de su derecho a la autonomía y la libertad personal.

Como queda en evidencia a partir de las normas citadas, el paradigma que rige el ordenamiento chileno en materia de drogas es el prohibicionismo y la utilización de la herramienta penal como estrategia de control de prácticamente todo tipo de conductas asociadas a las drogas ilícitas, incluidas en esta perspectiva la cannabis y todos sus derivados, con muy limitadas excepciones.

Sin perjuicio del paradigma de la prohibición y tipificación penal de prácticamente todo acto relacionado con las drogas, es posible señalar que de acuerdo con la legislación vigente en el caso de la cannabis, la destinación al uso o consumo personal, exclusivo, y próximo en el tiempo es una circunstancia que excluye la tipicidad de las conductas constitutivas de tráfico ilícito de estupefacientes. Por su parte, las acciones de sembrar, plantar, cultivar, o cosechar especies vegetales del género cannabis, sin la debida autorización, nos presenta dos escenarios posibles. El primero, estando destinado al uso o consumo exclusivo y próximo en el tiempo, constituye un acto impune; incluso, si se reconociera en el cultivo un principio de ejecución de alguna de las faltas correspondientes al consumo castigadas en el artículo 50, esto es, consumo en lugares públicos o consumo concertado, pues conforme a las normas generales del derecho penal las faltas sólo se castigan en grado de consumadas y no como actos preparatorios, tal como lo señala el artículo 9o. del Código Penal chileno que consagra que "[l]as faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas".

El segundo escenario posible es que no pudiendo acreditarse la circunstancia de que el cultivo sea realizado para fines de consumo personal en los términos señalados, sino que el destino de aquel cultivo sea la distri-

bución a terceras personas, la acción constituiría el tipo penal de tráfico tal como lo sanciona el artículo 8. Las penas que se imponen van desde presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales, dependiendo de la cantidad de droga de que se trate y otras circunstancias atenuantes o agravantes.

Tal como queda en evidencia, luego de revisada en términos generales la legislación nacional en materia de drogas, es posible afirmar que la normativa actual establece diversas hipótesis relacionadas con el porte, consumo y cultivo de cannabis que se encuentran previstas en la Ley No. 20.000 y su Reglamento, que se distinguen de manera vaga e indeterminada, lo que ha constituido importantes desafíos en su aplicación, tanto para policías, para el Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública y para los Tribunales de Justicia.

Ante la falta de elementos de diferenciación en los tipos penales, los tribunales han tenido que interpretar y dotar de contenido a definiciones como las de *pequeñas* y *grandes* cantidades; a determinar que ciertas sustancias tienen la destinación de *uso personal* y *próximo en el tiempo*; a los elementos que constituyen la *concertación para el consumo*, entre otras materias. Esto ha resultado en fallos que no siempre guardan consistencia y coherencia en la interpretación de dichos elementos.

En efecto, de las interpretaciones más interesantes en materia de cultivo y consumo de cannabis ante la ambigüedad de la normativa, los Tribunales de Justicia han debido pronunciarse para determinar si el tipo penal de cultivo sin autorización requerida, en los términos del artículo 8 previamente citado, es un tipo penal de peligro abstracto; es decir, si para su configuración basta la existencia de las especies vegetales y la ausencia de autorización, o si por el contrario es un delito de peligro concreto en el que además de la existencia de la siembra o droga, es exigible que exista un peligro para el bien jurídico protegido por el tipo penal en

cuestión. Para el caso de la Ley No. 20.000, tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional han establecido de manera conteste que dichos bienes jurídicos son la salud pública, el orden público y el bien común.

Por su parte, en otro interesante análisis de interpretación respecto a la determinación del *consumo personal y próximo en el tiempo*, se ha indagado sobre la posibilidad de que esta excepción, que legitima el consumo y el cultivo en tanto acto preparatorio de una actividad exenta de sanción penal, exija que se trate de una persona individual o si opera también respecto de un grupo de personas individualizadas que, en ejercicio de su autonomía, desarrollan la práctica de cultivo y consumo ya sea para fines medicinales, recreativos o de práctica espiritual.

Además, los tribunales de justicia han debido indagar en qué contextos la destinación se considerará *próxima en el tiempo*, en atención a que el tipo penal no describe límites temporales, por lo que el legislador encomienda al órgano jurisdiccional determinar la proximidad temporal en cada caso.

A continuación, se analizarán dos casos paradigmáticos que dan cuenta de la línea jurisprudencial que ha adoptado la Corte Suprema de Justicia de Chile en materia de uso, consumo y cultivo de cannabis en los últimos años.

II. Casos y jurisprudencia, acciones de nulidad y amparo, defensa de derechos fundamentales

La Corte Suprema de Chile, desde el año 2015 a la fecha, ha desarrollado amplios argumentos para dotar de contenido algunas de las ambigüedades y vacíos descritos en el acápite anterior, que se encuentran contenidos en la Ley No. 20.000. En virtud de una interpretación que se funda en el principio *pro persona*, ha sentado una jurisprudencia sostenida en

orden a garantizar un uso racional de la ley penal, estableciendo espacios de mayor certeza jurídica respecto al ejercicio de derechos y la autonomía de las personas en el consumo y cultivo de cannabis en Chile.

La línea jurisprudencial fijada por la Corte Suprema se ha desarrollado a propósito de recursos de nulidad y amparos constitucionales, en los que las defensas han invocado la vulneración de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política de la República, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos; entre los cuales destacan los derechos al debido proceso, dignidad, libertad y autonomía personal, intimidad, libertad de creencia, pensamiento y de opinión, y el derecho a la máxima realización espiritual.

1. Recursos de nulidad

El primer caso que abre el camino a la determinación del cultivo como una conducta exenta de intromisiones por la ley penal, es un recurso de nulidad acogido por la Corte Suprema respecto a una sentencia que sanciona como autora del delito de cultivo de especies vegetales del género cannabis a una mujer, condenada a la pena de 41 días de prisión, pena accesoria legal de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, y a la pena pecuniaria de multa a beneficio fiscal, al haberse encontrado 7 plantas de cannabis en una casa habitación cerrada destinada al consumo de un colectivo.

La defensa sostuvo que la conducta era realizada por la acusada en su calidad de psicóloga de un equipo de trabajo llamado Triagrama, que tiene fines terapéuticos, científicos e investigativos. Triagrama es un colectivo conformado por un equipo de profesionales que trabaja desde hace años en temáticas de salud pública, específicamente en materia de adicciones y expansión de la percepción, lo que estaría —a juicio de la defensa—

amparado en la causal de justificación del artículo 10 del Código Penal, esto es, el ejercicio legítimo de un derecho.¹

Cabe hacer presente que este caso resulta especialmente interesante por cuanto el colectivo Triagrama es una de las organizaciones que ha participado activamente en el apoyo al proyecto de ley para la regulación del consumo y autocultivo de cannabis para fines medicinales, recreativos y espirituales, por lo que la defensa de la acusada ante el Tribunal Oral en lo Penal y ante la Corte Suprema sostuvo argumentos estratégicos, precisamente, en la defensa del cultivo y consumo como ejercicio de derechos fundamentales amparados por la Constitución y por Tratados Internacionales de Derechos Humanos vigentes en Chile. Su línea argumentativa sostiene que dichas conductas no se encuentran penalizadas en la legislación actual, abordando a su vez que las ambigüedades del legislador en esta materia deben resolverse para garantizar certeza jurídica y protección al ejercicio de derechos por parte de la ciudadanía.

La Corte Suprema desarrolla argumentos en orden a establecer claridad respecto a la naturaleza del delito de tráfico de drogas y despejar dichas ambigüedades, en el sentido de si es un delito de peligro abstracto o concreto y si la excepción del legislador respecto al consumo personal y próximo en el tiempo ampara sólo a una persona singular o a un colectivo de personas.

En este sentido, en el considerando quinto del fallo la Corte sostiene que:

Respecto del delito de tráfico de drogas hoy parece existir consenso en que el bien jurídico que se busca proteger es la salud pública, el que es de carácter colectivo y carente de individua-

¹ El artículo 10 del Código Penal establece:

Están exentos de responsabilidad criminal:

[...]

10. El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo.

lización pues se refiere a la generalidad, y que ha sido entendido como la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que pueda verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas (Politoff y Matus, "Objeto jurídico y objeto material en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes", en *Tratamiento Penal del Tráfico Ilícito de Estupefacientes*, 1998, p. 14).

Si bien se ha querido catalogar el tráfico ilícito de drogas como un delito de peligro abstracto —lo que ha sido denegado en fallos anteriores de esta Sala—, en el que la peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro pues la evitación de concretos peligros y lesiones es sólo el motivo del legislador y no un requisito del tipo (Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General*, T. I, Trad. 2a ed. alemana, 1997, pp. 336 y 407), no por ello puede dejar de verificarse si el hecho cuya tipicidad se examina tuvo al menos la posibilidad de significar, en la realidad, un riesgo para el objeto jurídico tutelado, puesto que el bien jurídico constituye el primer momento justificativo de la injerencia penal en la libertad de las personas cuya función de garantía limita el poder punitivo del Estado, de modo que el legislador no puede castigar cualesquiera conductas, sino solamente aquellas que lesionan o pongan en peligro bienes jurídicos. (Cobo del Rosal-Vives Antón, *Derecho Penal, Parte General*, 5a. ed., 1999, pp. 319 y 324).

En efecto, una visión liberal del Derecho Penal no puede atribuir a éste otra tarea que la de amparar, a través de la fuerza coactiva del Estado, determinados bienes jurídicos, esto es, intereses individuales o colectivos juzgados indispensables para la convivencia social. Luego, ha de ser el daño social el fundamento y medida de la pena prevista por la ley en un Estado de Derecho, y no consideraciones respecto a la fidelidad o al sentimiento de las personas frente a dicha organización estatal, propias de los regímenes totalitarios del siglo pasado (Politoff, Matus y Ramírez. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 2004, p. 65).

Agrega la sentencia en este mismo orden de ideas que:

[...] dado que el daño social que el legislador tenía en vista al crear los tipos legales de tráfico ilícito de estupefacientes no consiste en la autolesión, expresión de la autonomía de la voluntad de individuos singulares dispuestos a exponer su salud y su libertad a riesgos, sino en la posibilidad real que, de ese uso determinado, pudiera seguirse la difusión incontrolable de sustancias que pongan en peligro la salud y la libertad de los demás, nuestra ley sobre estupefacientes reconoce, siquiera parcialmente, el principio de la autodeterminación sobre los riesgos a la propia salud al consagrar la impunidad, con algunas excepciones, de las acciones de tráfico de las sustancias de que se trata para el "uso personal exclusivo y próximo en el tiempo", de lo que debe inferirse que, de no mediar tales excepciones relativas a los sitios en que el consumo está prohibido y sancionado como falta, los actos de posesión, transporte, guarda o porte de sustancias estupefacientes o sicotrópicas (artículo 4, inciso 1o., en relación al artículo 50 de la Ley No. 20.000), o de siembra, plantación, cultivo o cosecha de especies vegetales productoras de la misma (artículo 8, inciso 1o., en relación al artículo 50 de la Ley No. 20.000), donde el destino de la sustancia sea el consumo personal exclusivo y próximo de la o las mismas personas que realizan las conductas antes enunciadas, no realizan el peligro general que se quiere evitar, sino, a lo más, pueden poner en peligro la salud del consumidor de esos productos, esto es, crear un peligro individual que la propia ley entiende no relevante a efectos penales (en términos similares, Politoff/Matus, *op. cit.*, pp. 14, 15, 18 y 19).²

Como se señaló, en el caso revisado, la Corte aborda además la determinación de si la Ley No. 20.000 consagra como excepción a la tipicidad el consumo privado realizado únicamente por una persona individual o si, por el contrario, esta excepción ampara también el consumo por par-

² Sentencia de la Corte Suprema Rol 4949-15, de fecha 4 de junio de 2015, considerandos sexto y séptimo.

te de un colectivo o grupo de personas individualizadas. A efectos de dilucidar dicha interrogante, la Corte realiza una interpretación de la estructura gramatical utilizada por el legislador afirmando que, si bien se redacta en persona singular,

[...] esta técnica legislativa no excluye la coautoría ni la participación en un delito, a menos que la naturaleza de éste no la permita —lo cual no ocurre en el caso de autos—. Por ende, los *actos de siembra, plantación, cultivo o cosecha de las plantas realizados por dos o más personas mancomunada o concertadamente*, aun cuando no todos ellos ejecuten alguno de esos actos de manera directa o inmediata, *no serán sancionados conforme al artículo 80. sino según el artículo 50, en su caso, si justifican que la droga que obtendrían de esas plantas está destinada a su propio uso o consumo* [las cursivas son de la autora].

En un segundo aspecto aborda un criterio de interpretación semántica para sostener que:

[...] la expresión "personal exclusivo" en el contexto de una disposición que admite la coautoría y la participación, como lo es el artículo 80. en comento, *no supone necesariamente que el uso o consumo de la sustancia obtenida de la planta deba ser realizado por un solo individuo, sino nada más que debe efectuarse única y exclusivamente por la o las mismas personas que sembraron, plantaron cultivaron o cosecharon la planta que la produce*, excluyéndose entonces su uso o consumo por terceros o extraños ajenos a dichas acciones³ [las cursivas son de la autora].

Con base en estos argumentos la Corte Suprema afirma entonces que,

[...] si dos o más personas son sorprendidas sembrando, plantando, cultivando o cosechando la planta productora de cannabis,

³ Sentencia de la Corte Suprema Rol 4949-15, de fecha 4 de junio de 2015, considerando octavo.

no serán sancionadas según el artículo 8o. sino conforme al artículo 50 de la misma ley, en su caso, si justifican —en el supuesto que ahora interesa— que han convenido destinar la droga que se obtendrá de esa planta al consumo próximo y en un lugar o recinto privado, de esas mismas personas y no de otras [...] pues la afectación del bien jurídico salud pública no puede dilucidarse en base a un simple y mecánico criterio disyuntivo de unidad o pluralidad, que lleve a postular que si la acción del agente permite acceder a la droga sólo a una persona —entonces, el mismo agente— no se hace peligrar el bien jurídico, pero si le permite el acceso a dos sí se pone en riesgo.⁴

A los fines de resolver el recurso de nulidad en cuestión, la Corte Suprema considera como eje central del razonamiento dilucidar si es que la actividad realizada por la acusada de siembra y cultivo de las plantas de cannabis sativa, debe calificarse como una conducta individual y exclusiva de la acusada a los fines de facilitar la sustancia obtenida a terceros para su uso o consumo, o si es que acaso corresponde a una actividad concertada de un grupo de personas para sembrar y cultivar esas plantas y utilizar la droga obtenida de ellas en el uso y consumo por parte de los mismos integrantes del grupo.

En definitiva, la Corte acoge el recurso estableciendo que:

[...] tanto la siembra y cultivo de las plantas de cannabis sativa como su consumo posterior se enmarca dentro de las actividades y postulados de la organización Triagrama, donde las acciones de autocultivo eran conocidas y aceptadas por todos sus miembros como medio para proveerse de la droga que ellos mismos utilizarían en sus rituales, cabe concluir que la acusada sólo es parte de una *actividad mancomunada de un determinado grupo de personas para obtener droga de las plantas que ellos mismos cultivan con el objeto de ocuparlas en su propio consumo*, en otras palabras, la

⁴ *Idem.*

acusada no facilita ni provee a los miembros de Triagrama de cannabis sativa para su consumo, sino que los miembros de Triagrama —organización de la que forma parte la acusada— se proveen a sí mismos de cannabis sativa para su consumo.

En razón de lo anterior, no obstante que la acusada "mantenía sembradas" plantas de cannabis sativa sin contar con la autorización del Servicio Agrícola y Ganadero a que alude el artículo 9 de la ley No. 20.000, al concurrir en la especie los presupuestos establecidos en la parte final del inciso 1o. del artículo 8o. de la Ley No. 20.000, como esta misma disposición prescribe, "sólo se aplicarán las sanciones de los artículos 50 y siguientes", sin embargo, no acreditándose que se haya concretado por la acusada el propósito para el cual se mantenían las plantas, esto es, el consumo concertado de las drogas en un lugar o recinto privado —que por lo demás, no fue objeto de la acusación—, tampoco resulta aplicable al caso sub judice el referido artículo 50 [las cursivas son de la autora].⁵

Otro de los casos sometidos al conocimiento de la Corte Suprema en un recurso de nulidad, fue el de un hombre condenado a la pena de 83 días de presidio menor en su grado mínimo, multa a beneficio fiscal, y pena accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena como autor del delito consumado de cultivo y cosecha de cannabis sativa, por haberse encontrado en su domicilio 15 plantas de cannabis y 2.4 kilogramos de marihuana en el interior de su propiedad. Su defensa alegó en el referido recurso que:

[...] nunca estuvo en riesgo la salud pública, el orden público o el bien común, y se puede razonablemente inferir que el fallo impugnado utilizó sin fundamentos estas limitaciones, transformando, por ejemplo, la salud pública sólo en un medio para suprimir derechos garantizados por la Convención o la Constitución, o para desnaturalizarlos, o para privarlos de contenido.

⁵ Sentencia de la Corte Suprema Rol 4949-15, de fecha 4 de junio de 2015, considerando cuarto.

Ello configura de paso una injerencia estatal arbitraria o abusiva en la vida privada del acusado, situación que socava sus derechos fundamentales.⁶

El fallo de la Corte Suprema se hace cargo de esta alegación de injerencia estatal arbitraria y reitera la argumentación sostenida en el caso analizado en los párrafos anteriores, ratificando la afirmación de que el delito de tráfico de drogas no es un delito de peligro abstracto; es decir, se requiere un atentado o al menos un peligro concreto de atentado contra el bien jurídico salud pública para justificar la aplicación de sanción penal, tal como se señaló en el fallo revisado preliminarmente.

Agrega que esta obligación se encuentra reforzada en el caso de cultivo de cannabis al establecer que:

[...] este examen sobre la posibilidad de producción del resultado de peligro resulta aún más imperioso respecto de aquellas conductas como las tipificadas en el artículo 8o. de la Ley No. 20.000, precepto mediante el cual *no se castiga el tráfico ilícito de estupefacientes ya sea en su sentido estricto o amplio, sino que se está previniendo el peligro de que, a través de la plantación de especies vegetales del género cannabis, alguien pueda en el futuro poner en peligro la salud pública* elaborando con el producto de dicha planta sustancias estupefacientes que puedan facilitarse a terceros para su uso o consumo.

Mediante esta técnica legislativa se anticipa la barrera de la protección penal a una etapa muy primaria del llamado ciclo económico de la producción y tráfico de la droga, esto es, de todos los actos destinados a poner indebidamente a disposición del consumidor final sustancias sicotrópicas o estupefacientes y es tal consideración la que impide afirmar inequívocamente que el mero hecho de sembrar, plantar, cultivar y cosechar especies vegetales del género cannabis sin la autorización debida, supone que de

⁶ Sentencia de la Corte Suprema Rol 14.863-16, de fecha 4 de junio de 2016, considerando primero.

éstas se obtendrá droga y que a ésta se le dará un destino que puede afectar el bien jurídico salud pública. De ahí precisamente que el legislador excluya de la sanción prevista en el citado artículo 8o. los casos en que se justifique que la droga se destinará al uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo del autor [las cursivas son de la autora].⁷

En este caso, la Corte Suprema acoge la nulidad del juicio oral en lo penal que terminó en sentencia condenatoria estableciendo que:

[...] los actos de posesión, transporte, guarda o porte de sustancias estupefacientes o sicotrópicas (artículo 4, inciso 1o., en relación al artículo 50 de la Ley No. 20.000), o de siembra, plantación, cultivo o cosecha de especies vegetales productoras de la misma (artículo 8, inciso 1o., en relación al artículo 50 de la Ley No. 20.000), donde el destino de la sustancia sea el consumo personal exclusivo y próximo de la o las mismas personas que realizan las conductas antes enunciadas, *no realizan el peligro general que se quiere evitar, sino, a lo más, pueden poner en peligro la salud del consumidor de esos productos, esto es, crear un peligro individual que la propia ley entiende no relevante a efectos penales*⁸ [las cursivas son de la autora].

Así, se refuerza la garantía del ejercicio legítimo de derechos en la actividad de siembra y cultivo para uso personal como una dimensión de la autonomía, en la cual no cabe la aplicación de la ley penal como mecanismo de control social en casos en que no se derive de la actividad, en concreto, un atentado a los bienes jurídicos protegidos por la Ley No. 20.000.

Este caso resulta de especial interés respecto al uso medicinal de la cannabis, pues éste es precisamente el motivo por el cual el acusado realizaba el cultivo. La Corte Suprema sostuvo que:

⁷ Sentencia de la Corte Suprema Rol 14.863-16, de fecha 4 de junio de 2016, considerando séptimo.

⁸ Sentencia de la Corte Suprema Rol 14.863-16, de fecha 4 de junio de 2016, considerando octavo.

[...] *no pueden pasarse por alto las circunstancias establecidas por el propio fallo, donde se determina que el acusado consume marihuana para mitigar el dolor crónico que padece por una secuela de una intervención a una de sus extremidades inferiores, lo que supone entonces la necesidad de un consumo permanente e indefinido —dado el carácter "crónico" de la dolencia—, lo que además debe ir enlazado con las particularidades del ciclo de la vida de la planta de cannabis, las que le impedirían al acusado de disponer de la misma todo el año para el tratamiento de sus afecciones físicas, lo que lo fuerza a cultivar el número de plantas suficiente para proveerse durante el período en que las plantas no serán cosechadas.* De otro modo, se instaría al acusado y a quienes se encuentren en una situación similar, a adquirir la sustancia, durante las épocas en que sus plantas no les provean de la misma, de manera clandestina a terceros que la comercialicen de manera ilícita, fomentando de esa forma la actividad de tráfico de drogas que el legislador proscribió y que constituye la verdadera afectación del bien jurídico salud pública que protege la Ley No. 20.000.⁹ [las cursivas son de la autora].

2. Recursos de amparo

La Corte Suprema se ha pronunciado además sobre la actuación de las policías en casos de denuncias anónimas y avistamiento de plantas de cannabis, a propósito de recursos de amparo interpuestos por la defensa de personas detenidas por cultivo en sus domicilios.¹⁰

En estas sentencias la Corte Suprema ha sido especialmente crítica sobre actuaciones policiales que exceden las facultades legales otorgadas a funcionarios policiales y ha sostenido que:

⁹ Sentencia de la Corte Suprema Rol 14.863-16, de fecha 4 de junio de 2016, considerando décimo segundo.

¹⁰ El recurso de amparo es una acción constitucional para la protección de personas detenidas, presas o arrestadas con infracción a la Constitución o a la ley, o que sufra cualquier otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual. Tiene por objetivo la revisión de la legalidad de la privación de libertad por parte de tribunales de justicia y se encuentra regulado en el artículo 21 de la Constitución Política de la República.

[...] el avistamiento de plantas de *Canabis Sativa* desde la calle delante durante un patrullaje preventivo —realizado con fines diversos, conforme se expone—, no habilita para el ingreso al inmueble ni para la detención del amparado, sin siquiera solicitar previamente instrucciones al ente encargado de la persecución penal, cuya posterior resolución da cuenta de la falta de proporcionalidad del actuar policial, ya que los indicios presuntamente apreciados no eran suficientes para justificar el ejercicio de las facultades de actuación autónoma invocadas.¹¹

En otro caso de amparo, funcionarios policiales que se encontraban realizando un patrullaje preventivo, señalan haber recibido una supuesta llamada anónima denunciando una plantación de marihuana en un domicilio del sector, ante la cual concurren a la dirección sin haberse comunicado previamente con el Ministerio Público. Al llegar al domicilio realizan un interrogatorio al dueño de casa, quien responde las preguntas, reconoce tener dos plantas de marihuana y tolera el ingreso de los funcionarios a su domicilio, donde es detenido por supuesta flagrancia.

El detenido interpone recurso de amparo en el que la Corte Suprema establece la ilegalidad de la detención realizada por los agentes policiales por considerar que "fue llevada a cabo sin orden judicial y sin tampoco encontrarse el amparado en una situación de flagrancia, sino como resultado de un cúmulo de diligencias investigativas efectuadas en forma autónoma por los policías, afectando de ese modo de manera ilegal la libertad personal y seguridad individual del amparado".¹²

En ambos casos, la Corte ordena además que los funcionarios policiales que se extralimitaron en sus facultades incurriendo en detenciones ilegales sean investigados, a los fines de adoptar las medidas necesarias para evitar la reiteración de hechos como los denunciados.

¹¹ Sentencia de la Corte Suprema Recurso de Amparo Rol 18.303-16 de fecha 22 de marzo de 2016.

¹² Sentencia de la Corte Suprema Recurso de Amparo Rol 28.004-16 de fecha 17 de mayo de 2016.

III. Proyecto de ley, un aporte al reconocimiento de derechos fundamentales y necesidad de certeza jurídica

El establecimiento de la interpretación de la Corte Suprema revisada anteriormente hace parte del mensaje del proyecto de ley que se encuentra actualmente en discusión en el Congreso Nacional, el cual en mayo de 2018 fue aprobado en su primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados por 121 votos a favor y 6 en contra. El mensaje expresa:

En nuestro país el debate que se ha desarrollado en los últimos años sobre el consumo de esta sustancia, ha hecho cuestionar la política prohibicionista que aplica nuestra legislación, puesto que se restringía únicamente a una política de control de drogas, estando todas las medidas implementadas por parte de la autoridad en pos del control y posterior sanción a quienes se les encontrase con cannabis en cualquiera de sus formas naturales o derivados.

No obstante ello, a propósito del cambio de criterio que ha desarrollado la Corte Suprema, es que pasamos entonces a una segunda etapa que profundiza el debate, estableciendo como prioritario la protección a la salud pública, la cual ha sido entendida por dicha corte como "la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que pueda verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas", no pudiéndose desconocer que en nuestro país existe un gran número de pacientes que luego de llevar tratamientos farmacológicos tradicionales han optado por la utilización de cannabis a través de sus derivados, lo que les ha permitido sobrellevar distintas enfermedades como por ejemplo quienes padecen epilepsia refractaria, esclerosis múltiple, cáncer, glaucoma, esclerosis múltiple, fibromialgia, dolor crónico entre otras patologías.¹³

¹³ Boletín No. 11.327-11. Modifica el Código Sanitario para incorporar y regular el uso medicinal de productos derivados de cannabis.

Un segundo antecedente relevante para la presentación y discusión de este proyecto son los cultivos para uso medicinal que han sido autorizados por el Servicio Agrícola y Ganadero (SAG). Desde el 2014, el SAG ha dado autorización a Fundación Daya, organización de la sociedad civil que ha sido precursora en esta materia en el ámbito nacional, para el cultivo de cannabis con objeto de investigar y producir fitofármacos, haciéndolo también mediante convenios con distintos Municipios, lo que ha permitido a la autoridad comunal —dentro de las normas sanitarias y farmacológicas que establece la ley—, el abastecimiento de derivados de cannabis para tratamientos a ciertas dolencias.

Estos avances en la práctica no han tenido un correlato coherente en la legislación. Actualmente, el Estado no sólo permite el cultivo y uso de cannabis para consumo personal, sino que activamente participa del cultivo para fines medicinales por medio del cultivo autorizado en Municipios; sin embargo, la legislación se mantiene, hasta hoy, en la ambigüedad señalada y sustentada por completo en el paradigma de la prohibición.

El Boletín sintetiza tres puntos fundamentales sobre los cuales se sustentan la necesidad de legislar en torno al cultivo y uso de cannabis, a saber:

1. La necesidad de permitirles a las Municipalidades solicitar la autorización al SAG para realizar cultivo, que permita a estas entidades abastecer de cannabis a aquellos miembros de la comunidad que más lo necesitan y que muchas veces no pueden acceder a ellos dados los altos costos que aquello implica.
2. La constatación de que no es posible aplicar políticas de control prohibitivas y criminalizadoras a quienes deben utilizar la cannabis con fines medicinales, recetada por los médicos como tratamiento para determinadas dolencias o enfermedades.
3. Necesidad de promover una legislación que no aplique a consumidores medidas de criminalización que deben estar reservadas para enfrentar la situación de quienes son parte de grandes redes de

tráfico y microtráfico, no a quienes son cultivadores de cannabis para consumo personal o de sus familiares.

Queda en evidencia que parte crucial de la justificación para la necesidad de legislar es otorgar certeza en resguardo del bien jurídico protegido salud pública: especialmente, una vez que la Corte Suprema consagra con claridad que la negación a la posibilidad de proveerse a sí mismo de la planta para uso medicinal, es una afectación a la dimensión de la acción individual, que no admite injerencia de la ley penal al estar resguardada por el ejercicio de derechos fundamentales. Mantener la legislación en los términos vagos que se han explicado previamente estaría instando a las personas que se encuentran en necesidad de acceso a cannabis medicinal a proveerse de la misma de manera ilícita, fomentando la actividad de tráfico ilícito que el espíritu de la ley pretende prohibir.

En el marco de la discusión legislativa, el presidente de la Corte Suprema, Lamberto Cisternas, asistió a una sesión de la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados y señaló:

Si alguien quiere seguir una línea de medicina alternativa y tomar algún producto que sea beneficioso, con algún respaldo, por supuesto, de tipo médico o de experiencia, yo creo que debe permitírsele hacerlo. Acá el gran punto es que la Ley 20.000 sanciona el tráfico y, en ese sentido, nosotros como jueces tenemos que generarnos la convicción de que esa persona lo que pretende al cultivar es traficar, pero cuando nos enfrentamos a casos donde queda claro que el propósito es terapéutico, nosotros hemos anulado esas condenas. En esos casos, ha sido claro que se trataba de un consumo personal o con fines medicinales que no caen en el tipo penal que nosotros debemos sancionar.

La persona debe acreditar que lo que está haciendo tiene una finalidad terapéutica, responder frente a la policía y frente al Ministerio Público y probar que su cultivo no estaba destinado al tráfico, sino que tiene un fin medicinal.

Lo que ahora pretende el proyecto de ley es que la persona pueda estar prevenida con una certificación médica, con ciertos requisitos que le permitan acreditar ante la policía, el Ministerio Público y el tribunal que su consumo obedece a una prescripción del tipo médico.¹⁴

La necesidad de avanzar en una legislación que otorgue certeza jurídica es además reforzada por el hecho que la posición de la Corte Suprema es altamente dependiente de la integración de la Sala Penal, pues en Chile el precedente jurisprudencial no es obligatorio y, por tanto, una integración distinta en la Sala que debe resolver los recursos en materia penal podría alcanzar una interpretación diversa.

Es imprescindible, además, profundizar en el debate político que permita la toma de decisiones basada en evidencias y que sea consecuencia de una determinación racional entre el carácter de las acciones individuales y la pertinencia de aplicar la ley penal, como mecanismo de control social más allá de la contención del delito y la criminalidad.

¹⁴ Sesión de comisión de salud, 12 de enero de 2019. Más información disponible en: «<https://www.senado.cl/uso-medicinal-de-cannabis-senadores-escuchan-opiniones-a-favor-y-en-contra/senado/2019-01-11/115446.html>».

3. La Corte Suprema chilena y el autocultivo de marihuana para consumo personal

Claudio Fierro Morales*

SUMARIO: I. Actos preparatorios y punibilidad. II. Cultivo colectivo para el consumo privado. III. La salud pública y la autolesión. IV. Aplicación de la Ley 20.000. V. Modificación legal.

La Sala Penal de la Corte Suprema ha asentado un criterio en torno a resolver causas sobre infracción al artículo 8 de la ley 20.000 que tiene relación con el cultivo de plantas de marihuana. Dicho criterio ha sido plasmado en los fallos sobre recurso de nulidad SCS Rol 4949-15; SCS Rol 15.920-15 y SCS Rol 14863-16, tres casos emblemáticos resueltos por el Máximo Tribunal que constituyen un precedente importante, pues se han hecho cargo de resolver, a nuestro juicio de manera adecuada, por un lado, la problemática consistente en los límites entre la configuración de casos de autocultivo de cannabis sativa, conducta no penalizada; y, por el otro, los delitos de cultivo y tráfico de esta especie vegetal, tipificados y sancionados en los artículos 8 y 3 de la Ley 20.000.

Parece que el hecho de que la Corte conozca de estas materias mediante las herramientas tendientes a la protección de derechos fundamentales es

* Abogado, Jefe de la Unidad de Corte Suprema y Tribunal Constitucional de la Defensoría Nacional. Capacitador permanente en materia de recursos procesales a todas las regiones de Chile de la Defensoría Pública, profesor de Derecho Procesal Penal en la Universidades Católica de Chile, Central, Finis Terrae, Universidad de Talca y Alberto Hurtado, Magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Magíster en Derecho Penal.

una clara señal de que algo en la Ley 20.000 hay que revisar. En efecto, el Máximo Tribunal por medio de recursos de nulidad y acciones constitucionales de amparo ha fijado estándares y ha corregido errores de otros agentes del Estado que han interpretado la norma desde una limitada mirada de los derechos de las personas.

Así, la defensa penal pública, en la mayoría de los casos, ha reclamado que personas en el legítimo ejercicio de sus derechos constitucionales¹ han sido sometidas a los rigores del proceso penal; personas alejadas, por cierto, de la criminalidad asociada al tráfico de drogas y estupefacientes; personas o grupos de personas que han entendido que es posible trabajar con la cannabis para la expansión de la conciencia con una mirada científica desde lo más profundo de la esencia humana, visión tan respetable y legítima como quien ha optado por el uso medicinal de esta planta, o por quienes desde la concepción de la autolesión la han usado para fines recreacionales.

Reflejo de la situación expuesta, son precisamente los casos resueltos por la Corte Suprema a partir de los pronunciamientos antes destacados, fallos que se han encargado de subsanar errores cometidos por agentes del Estado; errores que han consistido, en términos generales, en la acusación por cultivo y tráfico, en casos en los que no correspondía sostener tales acusaciones, y en la imposición de condenas por cultivo, en casos en los que no correspondía la imposición de tales condenas. Todo lo anterior, con la consecuente afectación y desconocimiento del legítimo ejercicio de los derechos fundamentales de las personas sometidas a tales procesos. Los criterios establecidos por la Corte en los fallos en comento, se centran principalmente en tres aspectos: la delimitación de la configuración del bien jurídico protegido en los delitos de cultivo y tráfico de cannabis; la forma y necesidad de afectación de los bienes jurídicos protegidos en tales delitos; y la configuración de la causal de justificación,

¹ Dignidad, libertad, autonomía personal, intimidad, libertad de creencia y libertad de opinión.

elemento negativo del tipo o —según el Ministerio Público— "ley penal en blanco" o "norma de reenvío", establecida en el artículo 8 inciso primero de la Ley 20.000, esto es, el "consumo personal o próximo en el tiempo".² Todas, temáticas que se erigen como claves para poder zanjar los límites entre el autocultivo de cannabis, conducta no penalizada, y los delitos de cultivo y tráfico de esta especie vegetal sancionados en la Ley 20.000.

Es importante destacar que la resolución por parte de la Corte Suprema de las temáticas antes referidas, se ha basado principalmente en el reconocimiento del cultivo como un acto preparatorio cuya punibilidad, como veremos, depende de la efectiva afectación al bien jurídico protegido por la norma; la ratificación de la vigencia del principio de lesividad como límite al ejercicio del *ius puniendi*; y la verificación y efectiva acreditación de circunstancias fácticas relativas al cultivo destinado al consumo personal y próximo en el tiempo, hecho que es valorado por la Corte y aquí lo relevante, más allá de la existencia de permisos evacuados por la autoridad (Servicio Agrícola y Ganadero) y más allá del número de plantas cultivadas y en definitiva incautadas.

Finalmente, se debe reconocer y sostener que si bien los fallos en comento han sido un relevante punto de inflexión en la materia, en la práctica jurisprudencial el número de plantas levantadas como evidencia sigue constituyendo el factor decisivo para, en definitiva, sustentar una decisión de condena por cultivo de cannabis sativa. En particular, lo que se pretende a partir del establecimiento de este criterio, es acreditar que el consumo es para un uso personal y próximo en el tiempo, y así poder

² Diversas posturas se han sostenido en nuestra doctrina y jurisprudencia en relación con la naturaleza jurídica de la circunstancia de consumo personal y próximo en el tiempo, establecida en el artículo 8, inciso primero, de la Ley 20.000. Así, se ha dicho que esta circunstancia constituiría una causal de justificación (en tal sentido los fallos RIT 197-2019 del TOP de Chillán y RIT 98-2019 del TOP de Santa Cruz), que constituiría una norma penal en blanco (en tal sentido Andrés Salazar Cádiz, abogado asesor de la Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de la Fiscalía de Chile), y finalmente que constituiría un elemento negativo del tipo (en tal sentido el profesor Jean Pierre Matus), tesis que suscribimos.

despejar cualquier duda que apunte a una difusión descontrolada de la sustancia que en definitiva resulte ser una comercialización de ella. Dicho criterio debe ser reemplazado a partir de la adecuación de las decisiones de los tribunales del país a los criterios que sobre la materia han sido fijados por el Máximo Tribunal en los fallos expuestos.

I. Actos preparatorios y punibilidad

El artículo 8 que sanciona el cultivo de especies vegetales del género cannabis, sin autorización, señala en su parte final: "salvo que esté destinado al uso personal y próximo en el tiempo". En este punto, la Corte establece su criterio respecto de si estamos ante un tipo penal de peligro abstracto o si ha de exigirse que el hecho haya tenido, al menos, la posibilidad de lesionar o poner en riesgo el bien jurídico protegido. De tal forma, rechaza un castigo penal en ausencia de dicha lesión o puesta en peligro, poniendo énfasis en que el fundamento de la tipificación de la conducta es el daño social de la misma, y, por ende, es dicho elemento lo que funda el castigo penal, y no la mera desobediencia de una norma. Se podría considerar que el consumo concertado no es punible como falta, siempre y cuando ese cultivo esté concertado para un consumo que no se logra realizar. Es decir, se trata de una falta que está en un estado imperfecto, escenario fáctico no sancionado por nuestra legislación.

De esta forma, en momento alguno se puso en riesgo la salud pública, bien jurídico protegido por la Ley 20.000. Se debe también hacer presente que el objetivo de penar el acto preparatorio, el cultivo de cannabis es precisamente combatir de manera más eficaz las actividades vinculadas al comercio ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Ello, en el entendido que con una difusión incontrolada de estas sustancias se afecta la salud pública y en los tres casos judicialmente se reconoce que las especies no estaban destinadas a su comercialización o distribución a terceros, sino al consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo.

II. Cultivo colectivo para el consumo privado

Los fallos de la Sala Penal se centraron en lo previsto en el inciso primero del artículo 8 de la Ley 20.000 (cultivo), el cual incluye el consumo personal y próximo en el tiempo como elemento negativo que niega el tipo penal, que niega la sanción que asciende a una pena de hasta 10 años. Por tanto, la *Teoría del Caso* de estos casos emblemáticos estuvo centrada en acreditar el consumo personal.

La Corte plantea que el tipo penal del artículo 8, el cultivo y en general la cultura de cultivar, puede ser realizada no sólo por una persona, sino que puede ser desarrollada por varias personas. Asimismo, la Corte cuando hace una remisión al artículo 50 (faltas) del artículo 8 (cultivo), hace una referencia a todas las figuras del artículo 50, y entre ellas no sólo está la figura del consumo personal en un lugar público, sino también el consumo concertado y colectivo en un lugar privado que también es considerado como falta. Por tanto, hay otra razón de texto legal que permite incorporar el cultivo concertado dentro de la excepción a la aplicación del artículo 8 de la Ley 20.000.

La interpretación que hace la Corte en definitiva es que el artículo 8 remite al 50 y haciendo una interpretación gramatical, significa que no es que al que sorprendan plantando para un consumo próximo en el tiempo será sancionado *per se*, inmediatamente por las sanciones que establece el artículo 50, sino lo que está diciendo es que esa conducta es de plantación personal próxima en el tiempo, por lo que se debe someter al sistema de faltas del artículo 50 y este, a su vez, deberá regirse por el sistema de faltas general de nuestro sistema penal. Y la falta, para ser condenada, debe estar consumada. Una falta que es frustrada, tentada o incluso en un acto de preparación es impune.

Por ejemplo, si una persona planta y llegan a su casa funcionarios policiales, y se acredita que la plantación era para consumo personal y próximo

en el tiempo, y no fue sorprendido fumando con otras personas, es un acto absolutamente impune; incluso acreditándose el consumo, sigue siendo impune en virtud del artículo 50, puesto que no se sanciona el consumo en lugar privado.

En este mismo orden de ideas razona la Corte señalando que el artículo 8 de la Ley 20.000 sanciona la conducta de sembrar, plantar, cultivar o cosechar siempre que el destino de las sustancias sembradas, plantadas, cultivadas o cosechadas, sea el uso o consumo de personas distintas a quienes participaron en los actos que figuran como verbos rectores; no importando la individualidad o pluralidad de los sujetos que cultiven y los que usen la sustancia, siempre que exista identidad entre unos y otros.³

III. La salud pública y la autolesión

La Corte da una connotación muy relevante para el cultivo, para un consumo concertado futuro, porque también señala que cuando el cultivo lo realizan varias personas, determinadas y plenamente identificadas para consumir en un futuro próximo, no hay afectación al bien jurídico protegido, donde lo que buscó el legislador fue proteger la salud colectiva, y ese bien jurídico en general, en el contexto del derecho penal se entiende como una especie de límite o barrera para el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado.

Es decir, los ciudadanos tienen una barrera de contención del poder punitivo: los bienes jurídicos; por lo tanto, no cualquier conducta puede ser sancionada como delito, solamente aquellas que afectan bienes jurídicos. Como toda figura penal, tiene ésta un bien jurídico protegido que la sustenta y en el caso de la Ley 20.000 es la salud pública y ciertamente la Corte ha dejado claro en sus pronunciamientos que el cultivo afecta la salud pública cuando ese cannabis pueda tener una difusión incontrolada a

³ Dicho razonamiento se recoge en la parte final del considerando décimo del fallo en causa ROL 15290-15, ya citado.

personas indeterminadas, por lo que podría haber un segmento de la población que no son los que cultivan, sino que son receptores finales de la sustancia y, como consumidores, son afectados en su salud individual.

En los casos conocidos por la Sala Penal, había personas completamente identificadas y eran los que luego consumirían, independientes de las motivaciones para hacerlo, y que en definitiva consumirían lo cultivado, por lo que quedó absolutamente claro que no hubo una difusión hacia terceros no identificados.

La Corte en sus fallos, se encarga también de determinar el bien jurídico protegido por la norma en el caso del delito del artículo 8 de la Ley No. 20.000, esto es, la *salud pública* y libertad de los demás, que ha de verse lesionado o puesto en peligro por el actuar de las personas condenadas, no siendo éste afectado si la acción se dirige al consumo de una persona individualizada.

En este orden de ideas, y asumiendo que la proscripción constitucional que establece que para la sanción de un delito de peligro se requiera la posibilidad de que la conducta tuviera como consecuencia la *difusión incontrolable o incontrolada* de sustancias que pongan en peligro la salud y libertad de los demás; lo que conduce a descartar la aplicación de los preceptos que reprimen el tráfico ilícito si la acción de que se trata aparece exclusivamente dirigida al concreto consumo de ellos por una persona debidamente individualizada.

En cuanto a la autolesión producida por la conducta incriminada, descartando que la lesión a la propia persona que actúa como sujeto activo sea objeto del ámbito de protección de la norma, reconoce la Corte como expresión de autonomía de la voluntad de individuos singulares, el exponerse al consumo de las sustancias prohibidas por la Ley No. 20.000, siendo sólo objeto de sanción dicho uso cuando existiere la posibilidad real de que de aquél surja una difusión incontrolable de sustancias y que pongan en peligro la salud y libertad de los demás.

IV. Aplicación de la Ley 20.000

Los problemas en la aplicación de la Ley 20.000 en lo relativo a los delitos de cultivo y tráfico de cannabis, parecieran estar en los actores y operadores del sistema penal. Esta afirmación, quizás un tanto dura, se desvela por al menos dos hechos: por un lado, el escaso esfuerzo que demuestra el Ministerio Público por distinguir las conductas de consumo, cultivo y tráfico de cannabis, lo que resulta cuestionable, toda vez que existen suficientes argumentos normativos que permiten hacer esta disquisición, en particular los establecidos por la Corte Suprema en los fallos ya latamente tratados; y por otro, la falta de discriminación de los contextos fácticos evidenciada en las decisiones de algunos jueces relativas a la imposición de medidas cautelares o bien a la determinación de condenas por delitos de cultivo o tráfico de cannabis, falta de discriminación de los contextos fácticos, que muchas veces responde a interpretaciones en exceso formales de las normas por parte de los jueces y que en definitiva supone el desconocimiento por parte de éstos de la vigencia del principio de lesividad.

Los hechos anteriormente descritos pueden ser evidenciados en el desarrollo de un proceso reciente. A saber, el proceso RUC 1700064053-0 y RIT 197-2019 del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal (TOP) de Chillán. Este proceso se inició debido a una denuncia anónima por cultivo ilegal de cannabis, que llevó al descubrimiento e incautación por parte de personal de la Policía de Investigaciones (PDI) de 17 plantas vivas de cannabis, 946.9 gramos de cannabis a granel en papeles y en el interior de un frasco, y una especie vegetal de género peyote y trozos de dicha variedad. A este hecho se sumó el descubrimiento e incautación meses después, por parte de personal de la PDI, de 4 plantas de cannabis, las cuales fueron descubiertas debido a la denuncia de un bombero no individualizado, el que habría concurrido al inmueble del imputado producto del incendio de éste.

Lo relevante de este caso, dice relación con el hecho de que el Ministerio Público formalizó al imputado y en definitiva lo acusó por tráfico

de cannabis. Esto sin tomar en consideración: 1) que la información previa contenida en la denuncia y que manejaba la policía al momento de remitirle la información, jamás estuvo referida al comercio de cannabis sino sólo a la existencia de una plantación o cultivo de dichas especies en el inmueble; 2) que los policías, según dieron cuenta en el juicio oral, en ningún momento presenciaron algún tipo de movimiento o indicio que ilustrara alguna actividad de tráfico;⁴ y, 3) que el imputado en todo momento colaboró al esclarecimiento de los hechos, facilitando el actuar policial y declarando desde el inicio del proceso que cultivaba y poseía cannabis con fines recreacionales, espirituales y medicinales,⁵ afirmando y acreditando ser miembro de dos organizaciones destinadas al desarrollo espiritual por medio de la cannabis y su utilización como método alternativo medicinal, a saber, la Fundación Daya⁶ y la Organización Familiar y Profesional Triagrama.⁷

La resolución del caso antes referido fue la absolución por el delito de tráfico y la condena por el delito de cultivo de cannabis respecto del primer hecho, y la absolución por los mismos cargos imputados respecto del segundo hecho. Aunque no compartimos la decisión de condena adoptada por el TOP de Chillán, por estimar que en la especie el imputado cultivó cannabis para su consumo personal y próximo en el tiempo, no siendo relevante la cantidad de plantas y sustancia incautada, ni la existencia o no de autorización por el Servicio Agrícola y Ganadero, ya que el

⁴ Las circunstancias expuestas en los puntos uno y dos son reconocidas en el considerando undécimo de la sentencia RIT 197-2019 del TOP de Chillán.

⁵ Esta circunstancia es reconocida en el considerando décimo sexto de la sentencia RIT 197-2019 del TOP de Chillán.

⁶ Fundación Daya es una organización sin fines de lucro, cuyo objetivo es la investigación y promoción de terapias alternativas orientadas a aliviar el sufrimiento humano, como asimismo colaborar y asesorar en el diseño de políticas públicas que promuevan el bienestar físico y espiritual de las personas. En la actualidad esta fundación ha atendido más de 40,000 pacientes y usuarios (por cierto, potenciales personas objeto de persecución penal y otros tantos derechamente imputados) por lo que se ha convertido en la principal organización promotora, defensora y capacitadora en materia de cultivo con fines medicinales en Chile.

⁷ Organización Familiar y Profesional Triagrama es una organización sin fines de lucro destinada a promover un proceso de despertar social para la transformación de la cultura a partir de la inclusión de la dimensión espiritual de la vida en la conciencia.

delito de cultivo ilegal se configura en la medida que la conducta se constituya en una fuente de peligro para el bien jurídico protegido, esto es, la salud pública, lo que en este caso no ocurrió por estar destinada la droga al consumo. Destacamos igualmente la relevancia de este fallo, pues el mismo establece criterios claros en orden a determinar ciertos elementos propios de la actividad de tráfico.

Así, se puede constatar que el tribunal tomó en cuenta para rechazar las acusaciones del Ministerio Público por tráfico de cannabis, además de las circunstancias ya expuestas: 1) si la marihuana a granel estaba dosificada o no, no lo estaba; 2) si fueron o no incautados dosificadores que sirvan para medir porciones de droga, no lo fueron; 3) si se descubrió e incautó en el inmueble del imputado dinero que permita siquiera suponer que éste emanaba de transacciones previas, por ejemplo, grandes cantidades de dinero o monedas de diversa denominación, no fue descubierto dinero; y 4) si en la droga incautada existió algún tipo de aditivo que aumente los efectos nocivos para la salud, como lo sería una marihuana prensada, no lo hubo.⁸

Por otro lado, se debe destacar también el cuestionamiento expreso que hace el tribunal a la acusación del Ministerio Público, en concreto señala:

[...] de acceder a la propuesta planteada en la acusación, condenar por cultivo y por tráfico, se estaría aplicando una doble sanción respecto de un mismo hecho, lo que implicaría una vulneración de los principios de culpabilidad y proporcionalidad. La propuesta no es ni más ni menos que considerar que esta etapa final del cultivo —la acumulación de la cannabis—, constituye un nuevo delito al que debe sancionarse aparte.⁹

⁸ Estos criterios se encuentran establecidos en el considerando undécimo de la sentencia RIT 197-2019 del TOP de Chillán.

⁹ Considerando undécimo de la sentencia RIT 197-2019 del TOP de Chillán.

Un caso más patente de los hechos sostenidos, y por cierto mucho más grave que el caso anterior, ha sido lo acontecido en el proceso RUC 1900255348-4 y RIT 98-2019 del Tribunal Oral en lo Penal de Santa Cruz. Las razones de lo afirmado se explican por el conjunto de circunstancias fácticas que tuvieron lugar al inicio del procedimiento, las determinaciones que durante el mismo adoptó el Ministerio Público y las decisiones que adoptó el Juez de Garantía.

En relación con lo primero, se debe señalar que el procedimiento se inició por una denuncia efectuada por personal de seguridad ciudadana de la ciudad de Pichilemu ante la Policía de Investigaciones, consistente en la existencia de plantas de marihuana en el patio trasero de una casa y la comercialización del producto de ellas. Lo relevante aquí, en lo que nos interesa, es que personal de la PDI informó de la denuncia al Ministerio Público y éste les ordenó investigar en forma previa para corroborar la denuncia, realizándose diligencias de investigación durante los 6 días previos a la detención del imputado, las que no lograron acreditar la existencia de tráfico, sino sólo del cultivo de 15 plantas de cannabis.

Es importante destacar que, ante la verificación del cultivo, personal de la PDI procedió a la detención del imputado, verificándose dos hechos que claramente vulneran sus derechos. A saber, su detención violenta frente a su hijo, el cual padece de autismo, enfermedad que motivó el cultivo de la cannabis; y la no incautación deliberada de ungüentos que eran utilizados para el tratamiento del menor, prueba relevante para acreditar en definitiva el uso medicinal de la cannabis.

Además, en relación con el segundo punto, se puede evidenciar que durante todo el procedimiento el Ministerio Público, llevando a cabo una interpretación errónea de la ley y con un marcado fin punitivista, adoptó decisiones desproporcionadas y no correspondientes con los hechos materia del juicio para formalizar y acusar por tráfico de cannabis. Por un lado, porque desde los inicios del procedimiento no se acreditó ninguna

circunstancia relacionada con el tráfico, hecho que, como veremos, fue expresamente cuestionado por el propio TOP de Santa Cruz al momento de emitir su pronunciamiento sobre el caso; y por otro, porque solicitó la imposición de la medida cautelar de arresto domiciliario total del imputado, sin tomar en consideración que éste tenía a cargo el cuidado del menor, que como se señaló padece autismo, cuidado que recaía en forma principal en él, dado que se encontraba sin trabajo y su mujer y madre del menor debía trabajar.

Finalmente, y vinculado con el último punto antes señalado, cabe referirse al actuar del juez de letras y garantía de Pichilemu que conoció de esta causa. En particular, lo que se cuestiona es su decisión de acoger la solicitud del Ministerio Público relativa a la imposición de la medida cautelar de arresto domiciliario total del imputado. Esto es, porque la medida adoptada fue del todo desproporcionada debido a las circunstancias particulares del caso, por lo que fue objeto de impugnación por medio de la interposición de recurso de amparo por la defensa penal pública. Aunque el recurso fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Rancagua,¹⁰ éste fue en definitiva acogido por la Corte Suprema¹¹ por la vía de la apelación. La Corte estimó, teniendo especialmente en cuenta la situación de salud del menor, que en la especie se vieron vulnerados los derechos de libertad personal y seguridad individual del amparado, al no verificarse el presupuesto de necesidad de cautela que debe necesariamente concurrir para la imposición de toda medida cautelar y, en especial, en el caso de una medida cautelar intensiva como lo es el arresto domiciliario total. Es decir, la Corte reconoció que la medida cautelar impuesta fue manifiestamente desproporcionada.

La resolución del caso antes referido fue la absolución del acusado por el delito imputado. Este fallo es del todo relevante, en lo que nos interesa,

¹⁰ Sentencia ICA de Rancagua Rol 32-2019.

¹¹ Sentencia Excm. Corte Suprema Rol 9232-2019.

por dos razones, por un lado, por la acertada aplicación del derecho por parte del TOP de Santa Cruz, que, a partir de una correcta consideración de los hechos materia del juicio, decidió absolver al acusado por el delito de tráfico de cannabis y por el delito de cultivo ilegal; y, por el otro, por el reconocimiento expreso por parte del tribunal de la errónea calificación jurídica de los hechos efectuada por el Ministerio Público. En particular, sostuvo:

Para el tribunal fue claro que lo que concretamente se imputó al encartado debía ser materia de recalificación, pues dentro del cuerpo legal ya citado existe otra figura que por especialidad se ajusta de mejor manera a las circunstancias fácticas del caso en comento, esto es, la siembra, plantación, cultivo o cosecha de especies vegetales contemplado en el artículo 8 de la citada ley.

La razón de dicha recalificación se sustenta en que todos los funcionarios policiales que participaron del procedimiento que desencadenó el proceso penal coincidieron en que el acusado no mantenía en su domicilio elemento alguno para promover la difusión de la droga a la colectividad, como balanza o pesa digital, bolsas nylon o papelinas ni tampoco existía dinero de diversa denominación que pudiera dar cuenta de diversas transacciones comerciales con la sustancia ilícita.

Además, dichos testigos indicaron de forma expresa que días previos a la detención del imputado se encontraban realizando vigilancias discretas a las afueras del domicilio en cuestión, sin poder establecer actividad comercial asociada a la droga, ya que no observaron que entraran y salieran múltiples personas del lugar de forma rápida, comportamiento frecuente en las ventas de droga. Tampoco apreciaron consumidores de droga en las proximidades del domicilio, circunstancia que pudiera relacionarse con que se vendía droga allí.¹²

¹² Sentencia RIT 98-2019 del TOP de Santa Cruz.

Cabe hacer presente que, como consta en el considerando cuarto del fallo en comento, de conformidad con lo previsto en el artículo 341 del Código Procesal Penal (CPP), el tribunal hizo un llamado a debatir sobre la recalificación de los hechos de la acusación al cultivo del artículo 8 de la Ley 20.000, persistiendo, no obstante, el Ministerio Público en su postura de calificar los hechos como tráfico.

Es importante destacar, en relación con los criterios fijados por el Ministerio Público en la materia, que recientemente el fiscal regional metropolitano de la Zona Centro Norte, Xavier Armendáriz Salamero, impartió instrucciones generales a los fiscales jefes, adjuntos y abogados de la Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte, mediante oficio FRCN No. 084-2020, en el cual estableció los criterios de diferenciación entre consumo, microtráfico y tráfico ilícito de estupefacientes. En lo que interesa, las instrucciones impartidas desvelan la decisión del órgano persecutor de fijar como único parámetro de diferenciación entre autocultivo y cultivo ilegal de cannabis, el número de plantas cultivadas y la extensión de éstas, configurándose el cultivo ilegal cada vez que se sorprenda a una persona en posesión de más de 5 plantas.

En lo relativo al tráfico de cannabis, las instrucciones referidas aluden a la aplicación, además del criterio cuantitativo, de un criterio cualitativo que atiende, en primer lugar, a la comprobación de la existencia de un comprador y, en segundo lugar, a otras circunstancias, tales como posesión de otras drogas, existencia de dosificadores, incautación de pesas, dinero en efectivo, etcétera.

Nos parece que tales criterios son insuficientes, sobre todo en lo relativo a la diferenciación entre el autocultivo y el cultivo ilegal, las razones han sido latamente expuestas. El cultivo es un acto preparatorio cuya punibilidad depende de la efectiva afectación al bien jurídico protegido por la norma; sin embargo, la afectación del bien jurídico —salud pública— protegido por la norma no se da *per se* en el delito de cultivo, esto es, por la sola ejecución de la conducta, sino que debe existir al

menos una posibilidad de afectación del bien jurídico por la misma; es decir, la creación de un riesgo para la salud pública. Ésta es la forma correcta de interpretar el delito de peligro abstracto configurado por el artículo 8 de la Ley 20.000; y que la circunstancia de consumo personal y próximo en el tiempo debe ser valorada más allá de la existencia de permisos evacuados por la autoridad y más allá del número de plantas cultivadas y en definitiva incautadas, sino en consonancia con el principio de lesividad y los contextos y hechos concretos del caso.

Finalmente, cabe sostener que todos los hechos anteriormente expuestos no sólo suponen una errónea aplicación del derecho y un inadecuado ejercicio de política criminal, sino que también, y por cierto lo más relevante, significan y han significado la afectación de los derechos fundamentales de las personas, circunstancia que exige con urgencia un cambio en el actuar y reconsideración de los actores del sistema penal.

V. Modificación legal

En el actual escenario, la Defensoría Penal Pública, cuando ha sido invitada a la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados, ha planteado que estos fallos de la Corte Suprema se constituyen en hitos que deben ser considerados a la hora de ajustar la legislación a los tiempos actuales, donde no se debe perder de vista la intencionalidad de quienes cultivan para su consumo personal y próximo en el tiempo, pues no lo hacen con el propósito de la difusión incontrolada que lucra, sino en el ejercicio de derechos constitucionales donde al Estado le está vedada la entrada y menos mediante la persecución penal.

El legislador deberá tener presente en su adecuación normativa, que el autocultivo no es punible si es para un consumo personal y próximo en el tiempo, ya sea en una modalidad recreacional o medicinal, y además tiene un sustento real mediante el ejercicio de derechos y que fue entendido por el Máximo Tribunal dando certeza y seguridad jurídica a quienes por mucho tiempo se vieron enfrentados a *kafkianos* procesos penales.

Hoy urge una precisión en esta materia, donde probablemente el número de plantas puede resultar un aspecto arbitrario a considerar, puesto que las personas que han optado por la cannabis como uso medicinal, necesitan de importantes cantidades de plantas para obtener el insumo recetado. Se torna importante considerar las motivaciones y, si éstas están absolutamente alejadas de la comercialización y difusión incontrolada, debieran estar dentro del contexto de la ausencia de sanción.

III. COLOMBIA

1. Contexto nacional

Colombia es un país suramericano ubicado sobre la cordillera de los Andes. Limita con los océanos Pacífico y Atlántico, con Panamá, Ecuador, Perú, Brasil y Venezuela, lo que le permite conectarse fácilmente tanto con el resto de Suramérica como con Centroamérica. Su población alcanza un total de 48'258,494 personas.¹

Su ubicación privilegiada, sumada a los aspectos geográficos propios de un país andino, las consecuencias derivadas de haber soportado el conflicto armado más largo del continente, el crimen organizado y las condiciones de pobreza y desigualdad, han generado un escenario propicio para que Colombia se consolide actualmente como un país cultivador de hoja de coca y marihuana, productor de cocaína, consumidor de sustancias psicoactivas no legales y de tráfico de estas mismas; reuniendo así,

¹ Véase DANE, Censo Nacional de Población y Vivienda 2018. Disponible en: «<https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/censo-nacional-de-poblacion-y-vivenda-2018/cuantos-somos>».

en un solo territorio, todas las posibilidades asociadas a la cadena de actividades asociadas al narcotráfico.

Según el Informe de monitoreo de territorios afectados por cultivos ilícitos 2018, realizado por el Sistema Integrado de Monitoreo de Cultivos Ilícitos (SIMCI) de UNODC y publicado en agosto de 2019,² en 2018 Colombia tenía 169,000 hectáreas de cultivos de coca, lo que indica una reducción del 1.2% con relación al año inmediatamente anterior, en el que se registró la mayor cantidad de hectáreas cultivadas en la serie histórica —171,000—. Parte de la disminución en la cantidad de cultivos ha sido atribuida institucionalmente a la estrategia de erradicación forzosa de cultivos de coca, que reporta para 2018 un aumento de 15% en relación con 2017, con la erradicación de un total 59,978 hectáreas.

Respecto a la producción de cocaína en el país, de acuerdo con información proporcionada por el SIMCI,³ entre 2013 y 2017 se observó un incremento sostenido en la capacidad de obtención de cocaína en Colombia, sin embargo, se evidencia una desaceleración en el ritmo de crecimiento para 2018, en el que, si bien aumentó la producción potencial en 5.9% respecto a 2017, se da en un ritmo menor de crecimiento al de los años anteriores como consecuencia de una reducción del área productiva y de los rendimientos a nivel nacional de hoja de coca. Mientras que, en cuanto al tráfico, las incautaciones de cocaína se redujeron en un 4.7%, pasando de 434,730 kg en 2017 a 414,505 kg en 2018.

² Véase Sistema Integrado de Monitoreo de Cultivos Ilícitos (SIMCI)-Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), 2019, *Informe de monitoreo de territorios afectados por cultivos ilícitos 2018*, Bogotá; SIMCI/UNODC. Disponible en: «https://www.unodc.org/documents/colombia/2019/Agosto/Informe_de_Monitoreo_de_Territorios_Afectador_por_Cultivos_Illicitos_en_Colombia_2018.pdf».

³ Véase Sistema Integrado de Monitoreo de Cultivos Ilícitos (SIMCI)-Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), 2019, *Informe de monitoreo de territorios afectados por cultivos ilícitos 2018*, Bogotá, SIMCI UNODC. Disponible en: «https://www.unodc.org/documents/colombia/2019/Agosto/Informe_de_Monitoreo_de_Territorios_Afectador_por_Cultivos_Illicitos_en_Colombia_2018.pdf».

En lo relativo al consumo de sustancias psicoactivas, según información del Ministerio de Salud, la prevalencia del consumo en Colombia aumentó de 1.6% en 1996 a 2.7% en 2008 y a 3.6% en 2013.⁴ De acuerdo con el último Estudio Nacional de Consumo⁵ realizado en 2013, 13% de las personas encuestadas consumió alguna sustancia psicoactiva al menos una vez en la vida. El 11.5% consumió marihuana, 3.2% cocaína, 1.2% bazuco, 0.7% éxtasis y 0.14% heroína. En 2017, el Centro de Seguridad y Drogas (CESED) de la Universidad de Los Andes realizó una encuesta en Bogotá y Medellín,⁶ en la que se refleja un consumo de marihuana de 51% de las personas encuestadas y del 16.7% de cocaína, en Bogotá, mientras que en Medellín el 39.9% reportó consumo de marihuana y el 11.4% de cocaína.⁷

Colombia se ha caracterizado por ser un país con un nutrido marco jurídico en materia de política de drogas, esto debido al escenario anteriormente descrito, que ha llevado a que sea un tema prioritario en la agenda pública. Sin embargo, en la actualidad este panorama puede describirse como contradictorio, teniendo en cuenta que se pueden encontrar normas que mantienen un enfoque prohibicionista y otras que le apuestan a un enfoque de salud pública y derechos humanos.

En relación con el enfoque prohibicionista, hay que iniciar haciendo referencia al Estatuto Nacional de Estupefacientes⁸ —Ley 30 de 1986— del que se deriva el mayor número de prohibiciones relacionadas con el

⁴ Véase *Estudio nacional de consumo de sustancias psicoactivas en Colombia 2013*. Disponible en: «https://www.unodc.org/documents/colombia/2014/Julio/Estudio_de_Consumo_UNODC.pdf».

⁵ Véase Observatorio de Drogas de Colombia, *Encuesta nacional de consumo de sustancias psicoactivas en Colombia 2013*. Disponible en: «https://www.unodc.org/documents/colombia/2014/Julio/Estudio_de_Consumo_UNODC.pdf».

⁶ Véase CESED, Boletín 9, *Consumo de drogas: comparación Medellín y Bogotá*, agosto de 2018. Disponible en: «<https://economia.uniandes.edu.co/images/archivos/pdfs/CESED/Boletin9CESED.pdf>».

⁷ Véase Acciones Para el Cambio, *La experiencia de Colombia en materia de política de drogas en la última década. Informe sombra para el 62o. periodo de sesiones de la Comisión de Estupefacientes*, 2019. Disponible en: «<https://www.elementa.co/wp-content/uploads/2019/03/InformeCND-2019.pdf>».

⁸ *Diario Oficial*. Ley 30 de 1986. Disponible en: «<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=2774>».

cultivo, producción, consumo y comercialización de sustancias psicoactivas. Por su parte, la Ley 67 de 1993⁹ se encargó de aprobar en Colombia por vía legislativa la Convención de Naciones Unidas de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Igualmente, el Código Penal colombiano¹⁰ —Ley 599 de 2000— en el apartado sobre delitos contra la salud pública, dedica todo un capítulo a castigar conductas relacionadas con el tráfico de estupefacientes.

Específicamente sobre el consumo, la Constitución Política de Colombia dispone en su artículo 49 una prohibición expresa del porte y consumo de sustancias estupefacientes y sicotrópicas. Esto como resultado de una modificación realizada en 2009 por medio del Acto Legislativo 002.¹¹ Dicha prohibición constitucional ha llevado a que se expidan leyes y decretos destinados a profundizar en la persecución de quienes usan drogas. Tal es el caso del Código Nacional de Policía y Convivencia —Ley 1801 de 2016— y el más reciente decreto —Decreto 1844 de 2018— destinado a reglamentar las contravenciones del Código de Policía en lo referente a *la prohibición de poseer, tener, entregar, distribuir o comercializar drogas o sustancias prohibidas*. Al igual que la Ruta Futuro, política pública del actual presidente de Colombia por medio de la cual se establecen una serie de estrategias para *enfrentar el problema de las drogas*.

Por otro lado, en lo relativo al enfoque de derechos humanos y de salud pública que se ha venido desarrollando en los últimos años, a partir del reconocimiento de que la política de drogas necesitaba dar un giro debido al evidente fracaso de la guerra contra las drogas, la legislación colombiana ha expedido normativa, pero, principalmente, las Altas Cortes han

⁹ *Diario Oficial*. Ley 67 de 1993. Disponible en: «http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0067_1993.html».

¹⁰ *Diario Oficial*. Código Penal de Colombia. Disponible en: «https://oig.cepal.org/sites/default/files/2000_codigopenal_colombia.pdf».

¹¹ Acto legislativo 002 de 2009, por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política de Colombia. Disponible en: «<http://www.descentralizadrogas.gov.co/project/acto-legislativo-02-de-2009-modificacion-articulo-49-constitucion/>».

generado jurisprudencia acorde a los tratados internacionales en materia de derechos humanos en pro de la protección de quienes cultivan y usan drogas.

El artículo 16 de la Constitución Política eleva a rango constitucional la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad de todas las personas. Esta protección ha tenido un amplio desarrollo en sentencias de la Corte Constitucional, teniendo como punto de partida la sentencia C-221/1994,¹² que derivó en un fallo histórico en el que se determinó que el consumo de drogas ilícitas y el porte de éstas para uso personal no podrían ser penalizados¹³ y declaró constitucionales las cantidades consideradas para uso personal contenidas en el Estatuto Nacional de Estupeficientes: 20 gramos para marihuana, 5 gramos para hachís, 2 gramos para la metacualona y 1 gramo para cocaína. En relación con el autocultivo, la Ley 30 establece la posibilidad de cultivar hasta veinte plantas de marihuana, o cualquier otra de la que pueda producirse cocaína, morfina, heroína, exclusivamente para uso personal.

Por su parte, el artículo 49 constitucional, reformado por el Acto Legislativo 002 de 2009, anteriormente mencionado por contener la prohibición del porte y consumo, también establece la necesidad de adoptar medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, respetando el libre, previo e informado consentimiento del usuario en todo momento. Esta disposición derivó en la expedición de la Ley 1566 de 2012, que incorporó por primera vez los servicios de atención a la dependencia de sustancias psicoactivas en el sistema de salud colombiano.¹⁴

¹² Corte Constitucional, sentencia C-221/1994, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz. Disponible en: «<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-221-94.htm>».

¹³ Véase Uprimny, Rodrigo; Guzmán, Diana; Parra, Jorge A; Bernal, Carolina, *Políticas frente al consumo de drogas de uso ilícito en Colombia*, en: *En busca de los derechos: usuarios de drogas y las respuestas de estatales en América Latina*, CEDD. Disponible en: «<http://www.drogasyderecho.org/wp-content/uploads/2015/03/reporte-completo.pdf>».

¹⁴ Ley 1566 del 31 de julio de 2012, por la cual se dictan normas para garantizar la atención integral a personas que consumen sustancias psicoactivas (...). Disponible en: «<http://www.descentraliza>

Igualmente, la regulación de los usos médicos y científicos de la marihuana fue posible a partir de la expedición de la Ley 1787 de 2016, por medio de la cual se estableció todo un marco normativo dirigido a reglamentar lo relativo al otorgamiento de licencias para cumplir con el objeto de permitir el acceso seguro e informado al uso médico y científico del cannabis y sus derivados en el territorio nacional colombiano.¹⁵ Hasta octubre de 2019 se habían otorgado 147 licencias y para septiembre de 2018 al menos siete compañías canadienses habían instalado sus negocios en Colombia, con un nivel mínimo de involucramiento de comunidades campesinas e indígenas.¹⁶

Jurisprudencialmente, se ha destacado recientemente la contribución de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en el desarrollo del concepto de dosis de aprovisionamiento,¹⁷ entendiendo este como la cantidad de sustancia psicoactiva que puede portar una persona para abastecer su consumo personal dentro de un periodo de tiempo.

Finalmente, vale la pena resaltar que el Acuerdo de Paz firmado entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP incluyó por primera vez en un acuerdo de este tipo un punto dedicado a la *solución al problema de drogas ilícitas* —punto 4— ante el reconocimiento del papel que han cumplido éstas en el conflicto armado colombiano.

La relación histórica y permanente que ha tenido el país con las drogas ha permitido que se posicione como un vocero con autoridad para hablar sobre los impactos de la prohibición. Esto se plasmó en la Cumbre de las

drogas.gov.co/project/ley-1566-del-2012-el-consumo-de-sustanciaspsicoactivas-un-asunto-de-salud-publica/».

¹⁵ Véase Decreto 613 del 10 de abril de 2017, resolución 0577 del 8 de agosto de 2017, resolución 0578 del 8 de agosto de 2017, resolución 0579 del 8 de agosto del 2017 y el Decreto 631 del 9 de abril de 2018.

¹⁶ Elementa, Dejusticia, Acciones Para el Cambio, *Principios para una regulación responsable del uso adulto de cannabis en Colombia*, 2019. Disponible en: «<https://www.elementa.co/wp-content/uploads/2019/11/Principios-para-una-regulaci%C3%B3n-responsable-del-uso-adulto-del-cannabis-en-Colombia-digital.pdf>».

¹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal, SP3605-2017, 15 de marzo de 2017.

Américas de 2012, donde se abrió un debate sobre la necesidad de darle un giro a la actual política de drogas y que continuó con el liderazgo colombiano para convocar en 2016 la Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre Drogas (UNGASS) en la que se destacó la exigencia de evidenciar las consecuencias de la política prohibicionista y la urgencia de transitar hacia una política con enfoque de derechos y salud pública.¹⁸

Sin embargo, estos avances han dado un giro como resultado de la toma de posesión del actual presidente en agosto de 2018, quien decidió retomar y reforzar el prohibicionismo y la criminalización de los eslabones más débiles de la cadena de producción y tráfico de drogas, impactando aún más la situación de los derechos humanos a la vida, la salud, la libertad personal, la integridad personal y la paz.

Las operaciones asociadas al mercado ilícito de drogas han afectado la tasa de homicidios que, si bien se ha disminuido en los últimos años como consecuencia de la firma del Acuerdo de Paz, la cifra de muertes violentas ha permanecido en las principales ciudades del país (Bogotá, Medellín, Cali y Barranquilla) relacionándose directamente con zonas de disputa entre organizaciones criminales.¹⁹ Asimismo, teniendo en cuenta que, aunque las cifras demuestran que el consumo ha ido en aumento en el país, la oferta estatal dirigida a prestar servicios especializados de tratamiento es nula en 95% de los municipios colombianos,²⁰ lo que se suma a que no existe actualmente una vía de implementación en materia de prevención, reducción de daños y tratamiento, especialmente

¹⁸ Véase Acciones Para el Cambio, *La experiencia de Colombia en materia de política de drogas en la última década, Informe sombra para el 62o. periodo de sesiones de la Comisión de Estupefacientes*, 2019. Disponible en: «<https://www.elementa.co/wp-content/uploads/2019/03/InformeCND-2019.pdf>».

¹⁹ Fundación Ideas para la Paz, Instinto de Vida y El Espectador, *Así se concentran los homicidios*. Disponible en: «https://www.elespectador.com/static_specials/46/homicidio-en-las-ciudades/index.html».

²⁰ Estudio de evaluación y diagnóstico situacional de los servicios de tratamiento al consumidor de sustancias psicoactivas en Colombia 2016. Disponible en: «http://www.odc.gov.co/Portals/1/publicaciones/pdf/consumo/estudios/nacionales/CO034492016_estudio_evaluacion_diagnostico_servicios_tratamiento_consumidor_sustancias.pdf».

frente a la situación de consumo de heroína y bazuco (base de cocaína)²¹ por su alto impacto en la salud pública.

Por otro lado, según información del Ministerio de Justicia, al 31 de julio de 2018 había 24,954 personas reclusas por tráfico de estupefacientes.²² La población masculina equivalía a 13,976 hombres condenados y 7,198 sindicados, para un total de 21,174, mientras que, en el caso de las mujeres, 1,272 sindicadas y 2,508 condenadas, lo que suma un total de 3,780.²³ La criminalización sin un enfoque diferenciado que tenga en cuenta a qué tipo de población se está afectando, también ha impactado a la población cultivadora, ya que según el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), hay 255 personas detenidas por conservación de cultivos declarados ilícitos, de las cuales 55% están condenadas.²⁴

El panorama actual de la política de drogas colombiana ha llevado a que, ante el dilema normativo actual entre el prohibicionismo y la necesidad de reformas con enfoque de derechos humanos y salud pública, se visibilice la importancia de la articulación de diversos actores y diversas disciplinas para que el reconocimiento de derechos sea una realidad. De esta forma actores de la sociedad civil, academia, coaliciones nacionales e internacionales, instituciones del Estado, colectivos de personas usuarias y comunidades cultivadoras han coincidido en más de una ocasión en la necesidad de unir esfuerzos para resaltar las consecuencias de la prohibición, de regular el uso de sustancias prohibidas como el cannabis y de posicionar el tema en la agenda pública. En gran parte, a esto se le

²¹ Véase Acciones Para el Cambio, *La experiencia de Colombia en materia de política de drogas en la última década. Informe sombra para el 62o. periodo de sesiones de la Comisión de Estupefacientes*, 2019. Disponible en: «<https://www.elementa.co/wp-content/uploads/2019/03/InformeCND-2019.pdf>».

²² Observatorio de Drogas de Colombia: «<http://www.odc.gov.co/sidco/Consulta/Criminalidad/Poplaci%C3%B3n-Carcelaria>».

²³ Véase «<http://www.inpec.gov.co/estadisticas-/tableros-estadisticos>»; Acciones Para el Cambio, *La experiencia de Colombia en materia de política de drogas en la última década. Informe sombra para el 62o. periodo de sesiones de la Comisión de Estupefacientes*, 2019. Disponible en: «<https://www.elementa.co/wp-content/uploads/2019/03/InformeCND-2019.pdf>».

²⁴ El Tiempo, *Colombia tiene 255 personas condenadas por cultivos declarados ilícitos*, 7 de noviembre de 2018. Disponible en: «<https://www.eltiempo.com/politica/congreso/en-colombia-hay-255-personas-detenido-por-cultivos-ilicitos-290834>».

atribuye el resultado de que en Colombia haya sido posible la regulación del uso medicinal y científico de la marihuana —incluso con las críticas y errores cometidos en la reglamentación—.

Igualmente, se debe reconocer el papel fundamental que han desempeñado las Altas Cortes —Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia— en el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas que usan drogas, ya que la jurisprudencia es completamente necesaria para fundamentar la expedición de normativa y, sobre todo, para hacer un control a la legislación violatoria de derechos y que va en contravía de los antecedentes jurisprudenciales.

Por último, en Colombia, la regulación sólo es posible por vía legislativa, así que la importancia que cumple el Congreso de la República con iniciativas legislativas en cabeza de senadores y/o representantes no es menor. Así que el diálogo debe incluir a las y los tomadores de decisiones, proporcionándoles información y evidencia existente en temas de regulación.

En el caso colombiano, actualmente cursa en el Congreso de la República una iniciativa legislativa orientada a regular el uso adulto de la marihuana. Dicha iniciativa ha sido el resultado de la conformación de una alianza interpartidista y que fue el producto de diálogo y concertación con diversos sectores que aportaron su experiencia para la construcción del proyecto de ley, evitando caer en los errores cometidos anteriormente con la regulación de los usos medicinales y científicos.

2. La protección de la dosis personal desde la Corte Constitucional colombiana: los cimientos para una política de drogas con enfoque de derechos

Adriana Muro Polo*

Paula Aguirre Ospina**

SUMARIO: I. Introducción. II. Trayectoria histórica de la normativa sobre consumo de drogas durante el siglo XX. III. La despenalización de la dosis personal en Colombia: la puerta al control de constitucionalidad con enfoque de derechos. IV. Los intentos por desmontar la dosis personal en Colombia. V. La política de consumo de drogas vigente en Colombia: entre avances y retrocesos. VI. Consumo y espacio público: 25 años después de la sentencia de dosis personal. VII. Conclusiones.

I. Introducción

La política de drogas ha marcado la historia de Colombia en los últimos cincuenta años. Su posición como el país con mayor producción de cocaína en el mundo, alimentó el conflicto armado interno más antiguo de América Latina que, hasta la fecha, marca las memorias y realidades sobre violencia y desigualdad en la sociedad colombiana.

* Abogada por la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México, con Maestría en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia y Diplomado en Política de Drogas, Salud y Derechos Humanos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), México, y realizó el Curso en temas de producción y tráfico de drogas en el área andina del Centro de Estudios de Seguridad y Drogas (CESED) de la Universidad de los Andes. Tiene 10 años de experiencia en derechos humanos y ha sido profesora en la materia en universidades en Colombia y México, en 2014 fundó la organización Elementa DHH con sedes en Bogotá y Ciudad de México. Desde el 2017 está a cargo de la Dirección Ejecutiva.

** Abogada por la Universidad Sergio Arboleda de Colombia con Diplomado en Política de Drogas, Salud y Derechos Humanos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), México, y realizó el Curso en temas de producción y tráfico de drogas en el área andina del Centro de Estudios de Seguridad y Drogas (CESED) de la Universidad de los Andes. Tiene 5 años de experiencia en derecho internacional de los derechos humanos y, actualmente, es coordinadora de la sede Elementa DDHH en Colombia.

A partir del "localismo globalizado" de la prohibición,¹ asentado en el escenario internacional por los Estados Unidos a partir de las Convenciones de Naciones Unidas,² en Colombia se construyeron mitos sobre el uso de sustancias psicoactivas y se incorporó el enfoque punitivo de la "lucha contra las drogas", lo cual tuvo impacto directo en el ordenamiento jurídico interno.³ Así, durante los últimos 60 años, el Estado se ha concentrado en activar su aparato gubernamental para impulsar la lucha antiinsurgente, a la par de confrontar el mercado ilícito de drogas y su posición como "maquila de sustancia psicoactivas". Esta dualidad de intervenciones ha generado diversas vulneraciones a derechos en perjuicio de grupos en situación de vulnerabilidad, vinculados en la cadena del mercado ilícito desde la población cultivadora, hasta las personas usuarias de sustancias psicoactivas.⁴

El presente artículo tiene como propósito centrarse en el análisis del papel que la Corte Constitucional ha tenido en los últimos 25 años, como contrapeso a la visión prohibicionista construida desde el Poder Legislativo sobre el uso de drogas y como Tribunal pionero en el continente al incorporar el enfoque de derechos en el análisis de la constitucionalidad de la normativa en la materia.

Para ello, como primera medida, describiremos la trayectoria histórica del marco jurídico en la materia, antes del inicio de funciones de la Corte Constitucional. En segundo lugar, expondremos los principales argumentos de la sentencia C-221 de 1994, decisión considerada un hito en materia

¹ Santos ha denominado el concepto de "localismo globalizado" como el proceso por el cual un fenómeno local dado es exitosamente globalizado. Véase De Sousa Santos, Boaventura, "Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos", en *El Otro Derecho*, núm. 28, julio de 2002, ILSA, Bogotá D.C., Colombia, p. 64.

² Véase Convención Única de Estupefacientes de 1961; Convención sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 y Convención de Naciones Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sicotrópicos 1988.

³ Cfr: Uprimny, Rodrigo, *Marco jurídico para una política sobre drogas o sustancias psicoactivas*, Comisión para la Política de Drogas en Colombia, 2013, p. 24.

⁴ Véase La experiencia de Colombia en materia de política de drogas en la última década. Informe Sombra de la Coalición Acciones para el Cambio para el 62o. Periodo de Sesiones de la Comisión de Estupefacientes de Naciones Unidas, Viena, marzo de 2019. Disponible en: «<https://www.elementa.co/wp-content/uploads/2019/03/InformeCND-2019.pdf>».

de política de drogas, que dotó de protección al concepto de "dosis personal" así como el impacto de esta decisión. En dicho apartado evidenciamos que, a diferencia de otros tribunales constitucionales, el análisis para la despenalización del porte y consumo fue genérica, pues no se centró únicamente en el cannabis, sino en otras sustancias previstas en la normativa interna, lo cual para el caso de cannabis abrió la puerta a criterios de protección por parte de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Posteriormente, daremos un recorrido por los diversos intentos por desmontar la protección de la dosis personal y la posición de la Corte Constitucional al respecto. Finalmente, abordaremos la más reciente decisión del Tribunal relacionada con el consumo de drogas en espacio público y los retos que presenta Colombia para la consolidación de una política de consumo con enfoque de salud pública y respetuosa de los derechos de las personas usuarias, así como los debates vigentes sobre una eventual regulación del mercado del cannabis en Colombia.

II. Trayectoria histórica de la normativa sobre consumo de drogas durante el siglo XX

Como en otros países de la región latinoamericana, durante la primera mitad del siglo XX el ordenamiento jurídico colombiano no preveía en la normativa penal conductas relacionadas con la producción, tráfico o consumo de drogas. El enfoque de aquella época se centraba en un "control médico-administrativo".⁵ Durante los años veinte se estableció un mercado regulado para ciertos fines donde el comercio de drogas debía efectuarse bajo autorizaciones de personal especializado. Por su parte, el tráfico y consumo de sustancias se sancionaba únicamente mediante un sistema de multas.⁶

⁵ Guzmán, Diana Esther y Uprimny, Rodrigo, "La política criminal frente a las Drogas en Colombia", en *Drogas, política y sociedad en América Latina y el Caribe*, Caiuby Labate Beatriz y Thiago Rodrigues Editores, México DF, CIDE, 2015.

⁶ *Idem*. Véase Ley 11 de 1920 y Ley 128 de 1928.

Entre los años treinta y los cuarenta se comenzó a incorporar elementos punitivos en el abordaje normativo en materia de drogas al prever penas privativas de la libertad para conductas como la producción, distribución y venta de sustancias psicoactivas.⁷ Asimismo, se visibilizaron los primeros indicios de estigma frente a las personas usuarias de drogas al tratar el consumo como una enfermedad y crear un "registro toxicómanos" que incorporaba "todos aquellos datos necesarios para apreciar, en cualquier momento, la progresión o regresión de este daño [el consumo de drogas] en el territorio de Colombia".⁸ Ya en 1950 que se afianzó la criminalización del uso de sustancias, específicamente de cannabis con el Decreto 1858 de 1951, el cual calificaba como "maleantes" y sujetos a las disposiciones penales vigentes a aquellas personas que hicieran uso o indujeran a otra hacer uso de la "marihuana (cannabis sativa o cannabis indica)".⁹

A la par, en el escenario global, el discurso de las drogas como una amenaza para la salud pública y la necesidad de utilizar el derecho penal para "combatir" el mercado logró el consenso necesario para que 74 Estados, incluido Colombia, firmaran la Convención Única de Estupefacientes de 1961 de Naciones Unidas, la cual desde su preámbulo mantiene la creencia de que "la toxicomanía constituye un mal grave para el individuo y entraña un peligro social y económico para la humanidad". Dicho instrumento dio un giro al marco multilateral al incorporar un enfoque más prohibicionista de ciertas sustancias, especialmente el cannabis, el opio y la hoja de coca, teniendo un impacto diferenciado en aquellos países donde se materializaba el eslabón del cultivo y la producción.¹⁰

La implementación de este primer instrumento internacional en Colombia se evidenció a través del Decreto 1669 de 1964, el cual adecuó los

⁷ Véase Código Penal de 1936 y Ley 45 de 1946.

⁸ Véase artículo 67 del Decreto 1727 de 1940.

⁹ Véase artículo 1o. de la Ley 1858 de 1951.

¹⁰ Cfr. Bewley-Taylor, David y Jelsma, Martin, *Cincuenta años de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes: una relectura crítica*, TNI, Serie Reforma Legislativa en materia de Drogas, núm. 12, marzo de 2011.

verbos rectores previstos en la Convención, identificó el consumo como una conducta antisocial, incluyó medidas de rehabilitación y amplió la penalización prevista para el uso de cannabis al resto de sustancias psicoactivas con penas de dos a cinco años en colonias agrícolas.¹¹

A principios de la década de los setenta, mientras los Estados Unidos declaraban frontalmente la "guerra contra las drogas" y en el ámbito internacional se incorporaban al sistema de fiscalización las Convenciones de Naciones Unidas, Colombia ajustaba su ordenamiento jurídico como país productor para hacer frente a los grupos de narcotráfico que comenzaban a surgir dentro del territorio nacional.

Aunque en 1971 se despenalizó el porte y uso en lugares privados, dejando la sanción de arresto de uno a tres meses en espacio público, ésta duró poco,¹² ya que en 1974 se dio paso a la expedición del primer Estatuto Nacional de Estupefacientes con el propósito de contar con un eje para orientar la política pública en la materia y dar cumplimiento a los compromisos internacionales que había adquirido Colombia.¹³ El contenido del Estatuto se caracterizó por transversalizar el enfoque penal en toda la normativa, imponiendo una pena de arresto y una multa administrativa incluso para quien llevara consigo una dosis para su consumo personal.¹⁴

La década de los ochenta marcó el rumbo de la política de drogas en Colombia. Durante dicho periodo, los grandes cárteles del narcotráfico en Medellín y Cali se fortalecieron hasta lograr convertirse en el brazo económico de los grupos al margen de la ley, condicionar la economía

¹¹ Véanse artículos 23, 24 y 25 del Decreto 1669 de 1964.

¹² Decreto 522 de 1971.

¹³ Véase Ley 13 de 1974 mediante la cual se aprobó la Convención Única sobre Estupefacientes de Naciones Unidas de 1971 en Colombia. Posteriormente se aprobó el Acuerdo Sudamericano de Estupefacientes, a través de la Ley 66 de 1979 y la Convención sobre Sicotrópicos de Naciones Unidas de 1971 por medio de la Ley 43 de 1980.

¹⁴ Artículo 38 del Decreto 1188 de 1974.

de los territorios rurales sin presencia estatal, corromper la institucionalidad, e incluso el sistema democrático y, ser responsables de una de las épocas más violentas de la historia nacional. Adicionalmente, el poder de las organizaciones criminales consolidó a Colombia como el mayor exportador de cocaína en el mundo, lo cual generó que las relaciones internacionales del país se "narcotizaran" y pasaran a estar dominadas por el tema de las drogas.¹⁵ Como señalan Gaviria y Mejía:

Colombia comenzó a ser percibida simplemente como un país productor y exportador de cocaína. Cada exportación, cada movimiento de capitales y cada viaje al exterior de un colombiano eran considerados sospechosos. La exportación de la cocaína no sólo transformó la realidad interna: también distorsionó las percepciones del mundo sobre el país.¹⁶

Esta situación llevó a la administración del presidente Belisario Betancur a "nacionalizar" la "guerra contra el narcotráfico", mediante la implementación de leyes, estado de excepción y el endurecimiento de las normativas en la materia. El discurso de esta adaptación se centró "en la existencia del narcotráfico como el enemigo social que origina estos acontecimientos y como principal promotor de la delincuencia y de la violencia en el país".¹⁷ Dicha reacción a la violencia interna y la presión internacional trascendió a los gobiernos posteriores y se extendió hasta la década de los noventa.

Si bien la prioridad de la "guerra contra el narcotráfico" era combatir la producción y el tráfico de drogas, la política prohibicionista tuvo impactos en la legislación en materia de consumo de drogas y en los imaginarios de la sociedad colombiana frente a las personas usuarias de drogas.

¹⁵ Gaviria Uribe, Alejandro y Londoño Mejía, Daniel (comps.), *Política de drogas en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos*, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia, 2011, p. 5.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ García Villegas, Mauricio, "Eficacia simbólica y narcotráfico", *Nuevo Foro Penal*, núm. 54, octubre de 1991, p. 433.

Lo anterior se observó con la expedición del nuevo Estatuto Nacional de Estupefacientes previsto en la Ley 30 de 1986, la cual creó institucionalidad para atender desde el Ejecutivo la política de drogas, e incorporó en un solo instrumento, acciones tanto de prevención, como de persecución penal para todos los eslabones relacionados con el mercado ilícito, especialmente, de drogas derivadas de plantas con componentes psicoactivos como la hoja de coca, la amapola y el cannabis.

Las disposiciones establecidas en la Ley 30 sobre consumo presentaban enfoques contradictorios. Por un lado, definía el concepto de "dosis personal" como "la cantidad de estupefacientes que una persona porta o conserva para su propio consumo"¹⁸ e incluso establecía dosis específicas para ciertas sustancias psicoactivas. Para el caso del cannabis: "la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos; la de marihuana hachís que no exceda de cinco (5) gramos".¹⁹ Asimismo, en el caso de cultivo, la normativa no calificaba como delito el hecho de conservar hasta 19 plantas declaradas ilícitas, lo que de forma implícita permite hasta la fecha el autocultivo.²⁰

No obstante, por el otro lado, la misma legislación preveía sanciones penales y administrativas para personas usuarias de cannabis y otras sustancias que causaran dependencia, además de medidas de tratamiento forzado sin consentimiento previo. El texto del artículo 51 de la Ley 30 disponía:

Artículo 51. El que lleve consigo, conserve para su propio uso o consuma, cocaína, marihuana o cualquier otra droga que produzca dependencia, en cantidad considerada como dosis de uso personal, conforme a lo dispuesto en esta ley, incurrirá en las siguientes sanciones:

¹⁸ Artículo 2, fracción j), de la Ley 30 de 1986.

¹⁹ *Idem*. Es importante resaltar que esta lista de umbrales deja fuera sustancias como la heroína o algunas otras sustancias sintéticas, lo cual las deja en un limbo jurídico.

²⁰ Véase artículo 32 de la Ley 30 de 1986 el cual se encuentra vigente hasta la fecha. La disposición se concentra en plantaciones de marihuana o cualquier otra planta para producir cocaína, morfina o heroína.

a) Por primera vez, en arresto hasta por treinta (30) días y multa en cuantía de medio (1/2) salario mínimo mensual.

b) Por la segunda vez, en arresto de un (1) mes a un (1) año y multa en cuantía de medio (1/2) a un (1) salario mínimo mensual, siempre que el nuevo hecho se realice dentro de los doce (12) meses siguientes a la comisión del primero.

c) El usuario o consumidor que, de acuerdo con dictamen médico legal, se encuentre en estado de drogadicción así haya sido sorprendido por primera vez, será internado en establecimiento psiquiátrico o similar de carácter oficial o privado, por el término necesario para su recuperación. En este caso no se aplicará multa ni arresto.

La autoridad correspondiente podrá confiar al drogadicto al cuidado de la familia o remitirlo, bajo la responsabilidad de ésta a una clínica, hospital o casa de salud, para el tratamiento que corresponda, el cual se prolongará por el tiempo necesario para la recuperación de aquél, que deberá ser certificada por el médico tratante y por la respectiva Seccional de Medicina Legal. La familia del drogadicto deberá responder del cumplimiento de sus obligaciones, mediante caución que fijará el funcionario competente, teniendo en cuenta la capacidad económica de aquella.

El médico tratante informará periódicamente a la autoridad que haya conocido del caso sobre el estado de salud y rehabilitación del drogadicto. Si la familia faltare a las obligaciones que le corresponden, se le hará efectiva la caución y el internamiento del drogadicto tendrá que cumplirse forzosamente.²¹ [las cursivas son de las autoras].

Adicionalmente, para complementar la disposición del tratamiento obligatorio, se incluyó en el artículo 87 de dicha ley que "las personas que, sin haber cometido ninguna de las infracciones descritas en este Estatuto, estén afectadas por el consumo de drogas que producen dependencia, serán enviadas a los establecimientos señalados en los artículos 4o. y

²¹ Artículo 51 de la Ley 30 de 1986.

50. del Decreto 1136 de 1970".²² Este Decreto preveía que los hospitales públicos contaran con pabellones especiales para recluir personas consumidoras de sustancias psicoactivas.²³

Con esta última legislación, se fortaleció en el ordenamiento jurídico el carácter represivo de tales disposiciones y la focalización de la política criminal en disminuir el alcance y poder de las organizaciones criminales, robusteció el estigma frente al consumo de drogas y tuvo consecuencia la conformación de redes de corrupción en las grandes ciudades para poder portar y usar sustancias psicoactivas.²⁴

III. La despenalización de la dosis personal en Colombia: la puerta al control de constitucionalidad con enfoque de derechos

Para el año 1989, la violencia en Colombia se agudizaba, los asesinatos a servidores públicos, políticos, líderes de opinión y atentados contra la sociedad civil, acumulaban miedo e inestabilidad. A la par, guerrillas, paramilitares y cárteles del narcotráfico continuaban fortaleciéndose y definiendo el rumbo del país. En medio de este caos, surgía desde el movimiento estudiantil y otros sectores de la sociedad, la necesidad de apostar por una Asamblea Nacional Constituyente que derivaría, en medio del conflicto armado interno, en la promulgación de la Constitución de 1991 y la conformación de la Corte Constitucional que, como apunta Lemaitre, daría paso a una particular convivencia entre la jurisprudencia progresista y la ola creciente de violencia que continuaría sufriendo el país.²⁵

²² *Ibidem*, artículo 87.

²³ Artículos 4 y 5 del Decreto 1136 de 1970.

²⁴ Serrano, Sebastián, "Así era Colombia cuando la dosis personal estuvo prohibida", *Pacifista*, 3 de abril de 2018. Disponible en: «<https://pacifista.tv/notas/asi-era-colombia-cuando-la-dosis-personal-estuvo-prohibida>».

²⁵ *Cfr.* Lemaitre Ripoll, Julieta, *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes, primera edición, Bogotá, Colombia, 2009, p. 122.

Durante los primeros años de función, la Corte Constitucional lideró la transformación del derecho constitucional y la inclusión de conceptos de justicia material en materia de igualdad y de derechos económicos, sociales y culturales en favor de grupos históricamente discriminados.²⁶ Bajo esta ola progresista, el Tribunal emitió el 5 de mayo la sentencia C-221 de 1994, teniendo como magistrado ponente a Carlos Gaviria Díaz, decisión que, en medio de la era prohibicionista, despenalizó la dosis personal de drogas en Colombia con base en un discurso de derechos y visibilizó la relevancia del control constitucional en cuanto al consumo de sustancias psicoactivas.

A través de la acción pública de constitucionalidad, un ciudadano solicitó al Tribunal, declarar inexecutable el literal j) del artículo 2o. y el artículo 51 de la Ley 30 de 1986, disposiciones descritas en el apartado anterior. Si bien los argumentos del demandante no eran lo suficientemente claros, como se desprende de las consideraciones previas del magistrado ponente, el cuerpo de la sentencia logró construir, con fundamento en el derecho al libre desarrollo de la personalidad y un impecable ejercicio hermenéutico, los argumentos necesarios para declarar la inconstitucionalidad de las sanciones penales relacionadas con el porte y consumo de drogas.

La ruta de argumentación del magistrado Gaviria partió de una interrogante en sentido amplio respecto a los alcances de la regulación del derecho en ciertas decisiones en la esfera interna de las personas: ¿Existen deberes jurídicos para consigo mismo? Al respecto, la Corte Constitucional estableció que:

cuando el legislador regula mi conducta con prescindencia del otro, está transponiendo fronteras que ontológicamente le están vedadas. En otros términos: *el legislador puede prescribirme la*

²⁶ *Ibidem*, p. 151.

*forma en que debo comportarme con otros, pero no la forma en que debo comportarme conmigo mismo, en la medida en que mi conducta no interfiere con la órbita de acción de nadie.*²⁷ [Las cursivas son de las autoras].

Con base en esta primera afirmación, la Corte aterriza la argumentación en el apartado del artículo 49 de la Constitución Política que establece que "toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad", y presenta tres posibilidades hermenéuticas para analizar la intención "paternalista" del Poder Legislativo al sancionar penalmente el consumo de sustancias psicoactivas como medida de protección:

- 1) Se trata de un mero deseo del Constituyente, llamado a producir efectos psicológicos que se juzgan plausibles, pero en modo alguno generador de un deber jurídico genérico, susceptible de plasmarse en la tipificación de una conducta penal.
- 2) El Estado colombiano se asume (en tanto que sujeto pretensor) dueño y señor de la vida de cada una de las personas cuya conducta rige y, por eso, arrogándose el papel de Dios, en la concepción teológica, prescribe, más allá de la órbita del derecho, comportamientos que sólo al individuo atañen y sobre los cuales cada persona es dueña de decidir.
- 3) Toma en consideración las consecuencias, frente a otros, de la conducta individual y por esa razón la hace objeto de regulación jurídica: [...] la situación de desamparo en que puede quedar la familia del drogadicto; la privación a la comunidad de una persona potencialmente útil; el peligro que para los demás puede entrañar la conducta agresiva desatada por el consumo de las sustancias indicadas en la ley.²⁸

²⁷ Corte Constitucional, sentencia C-221 de 1994, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

²⁸ *Idem*.

Al analizar estas tres posibilidades, en forma indirecta, la sentencia cuestiona el espíritu de los tratados internacionales de fiscalización de sustancias psicoactivas, específicamente las Convenciones de 1961 y 1971, la cuales fueron construidas a partir de la preocupación por "la salud física y moral de la humanidad" y la creencia del uso de drogas como un "mal grave para el individuo y un peligro social y económico" que debe combatirse.

El análisis de la Corte comienza con la tercera posibilidad hermenéutica que justifica que el consumo de drogas sea delito por la afectación en contra de: i) la familia, ii) la comunidad, iii) o por el peligro potencial para terceros en el que pudiera derivar el consumo. En cuanto a la afectación a la *familia*, ésta es desvirtuada por la Corte al establecer que:

[...] Si se asume que es en consideración a las personas próximas al drogadicto, que se verán privadas de su presencia, de su afecto y, eventualmente de su apoyo económico, que la conducta punible se tipifica, habría que concluir que el tener seres queridos y obligaciones familiares que cumplir, tendría que hacer parte de la conducta típica y, por ende, quienes no se encontraran dentro de esa situación no podrían ser justiciables por el delito en cuestión [...]

[...] si se halla integrado a una comunidad familiar, y la sanción penal se ha revelado inepta para inhibir el consumo, el mantenimiento del castigo sólo serviría para añadir a la familia una nueva angustia, derivada de la sanción.²⁹

Respecto a las afectaciones a la *comunidad*, la sentencia evidencia la intención de segregar a las personas usuarias de drogas mediante el castigo penal sólo por creer "indeseable" el consumo. Asimismo, se cuestiona el tratamiento diferenciado frente al consumo de tabaco o la ingestión

²⁹ *Idem*.

de grasas saturadas, conductas que causan enfermedades crónicas que llevan a la muerte y a pesar de ser un problema de salud pública, no son sancionadas penalmente.

Finalmente, sobre el *peligro potencial* que para terceros podría derivar el consumo de drogas, el magistrado Gaviria desestima dicha justificación a partir de dos argumentos. En primer lugar, por el "trato abiertamente discriminatorio" de las drogas declaradas ilícitas —poniendo énfasis en el cannabis— y, las drogas lícitas —como el alcohol—, a pesar de los datos que demuestran la incidencia del alcohol en las conductas delictivas. Es importante resaltar este argumento de la sentencia, pues de forma implícita, incluye evidencia científica disponible para el desarrollo del argumento jurídico. En segundo lugar, alerta sobre el peligro que deriva el abuso del derecho penal:

Un sistema penal liberal y democrático, como el que tiene que desprenderse de una Constitución del mismo sello, debe estar proscrito el peligrismo, tan caro al positivismo penal, hoy por ventura ausente de todos los pueblos civilizados. Porque a una persona no pueden castigarla por lo que posiblemente hará, sino por lo que efectivamente hace. *A menos que el ser drogadicto se considere en sí mismo punible, así ese comportamiento no trascienda de la órbita más íntima del sujeto consumidor, lo que sin duda alguna es abusivo, por tratarse de una órbita precisamente sustraída al derecho y, a fortiori, vedada para un ordenamiento que encuentra en la libre determinación y en la dignidad de la persona (autónoma para elegir su propio destino) los pilares básicos de toda la superestructura jurídica.* [Las cursivas son de las autoras].

Una vez desechada dicha posibilidad hermenéutica, la sentencia aborda la posibilidad relacionada con el papel del Estado para irrumpir en decisiones personalísimas del individuo como "dueño y señor de la vida y del destino de cada persona sujeta a su jurisdicción". Al respecto, la Corte señala que, bajo el enfoque democrático de la Constitución de 1991 y no totalitario o autoritario, debe prevalecer la libertad y autonomía indi-

vidual en la toma de decisiones. Además, frente a la visión paternalista de que el Estado debe evitar el consumo de drogas de las personas bajo su jurisdicción, el Tribunal es contundente al señalar que:

[Si] asumimos que no se trata de un Estado omnímodo, con pretensiones de injerencia en las más íntimas decisiones del sujeto destinatario, sino de un Estado paternalista y protector de sus súbditos, que conoce mejor que éstos lo que conviene a sus propios intereses y hace entonces obligatorio lo que para una persona libre sería opcional, por esa vía benévola se llega al mismo resultado inadmisibles: la negación de la libertad individual, en aquel ámbito que no interfiere con la esfera de la libertad ajena.³⁰

Después de la desestimación de las posibilidades antes descritas, la Corte opta como única interpretación plausible "la expresión del constituyente, de mera eficacia simbólica, portador de un mensaje que el sujeto emisor juzga deseable, pues encuentra bueno que las personas cuiden su salud". Sin embargo, el Tribunal concluye que dicha intención no puede dar paso a sanciones punitivas por el consumo de drogas. Con base en el análisis interpretativo, la Corte da paso al examen de constitucionalidad sobre el contenido de los artículos demandados divididos en tres ejes temáticos: i) el tratamiento médico como medida protectora y la sanción penal; ii) la sanción por consumir sustancias psicoactivas y el libre desarrollo de la personalidad, y iii) la relación entre libertad, educación y drogas.

Respecto al *tratamiento médico y su dualidad como medida de protección y sanción penal* previsto en el artículo 51 de la Ley 30 de 1986, la sentencia declara la inconstitucionalidad del internamiento en establecimientos psiquiátricos hasta la "recuperación" de quien consume, tanto desde la perspectiva penal como desde la perspectiva humanitaria. Frente a las penas de arresto por consumir, la Corte señala que ésta, "no se compadece con nuestro ordenamiento básico la tipificación, como delictiva, de una

³⁰ *Idem.*

conducta que, en sí misma, solo incumbe a quien la observa y, en consecuencia, está sustraída a la forma de control normativo que llamamos derecho y más aún a un sistema jurídico respetuoso de la libertad y de la dignidad humana, como sin duda, lo es el nuestro". Asimismo, desde la perspectiva humanitaria el Tribunal calificó la medida como "abiertamente inconstitucional", pues "cada quien es libre de decidir si es o no el caso de recuperar su salud". Este razonamiento fue retomado de una jurisprudencia previa de un caso donde se pretendía forzar a una persona que padecía una enfermedad grave, a recibir tratamiento médico contra su voluntad.³¹ A juicio del Tribunal colombiano, dicho estándar también aplica para quien usa drogas y se niega a recibir un tratamiento para dejar de consumir.

La argumentación de la Corte extiende el análisis sobre el tratamiento médico al artículo 87 de la Ley 30 a pesar de no haber sido solicitado en la demanda, el cual señala que aún sin cometer una infracción penal prevista en la normativa, las personas afectadas por el consumo de drogas serán enviadas a establecimientos públicos y privados para recibir tratamiento médico. Sobre dicha disposición, la Corte establece que la misma, es violatoria de la autonomía y la libertad. Si bien el razonamiento del Tribunal concluye que el contenido del citado artículo es inconstitucional, éste mantiene el abordaje puramente clínico del uso de drogas, es decir, como una "enfermedad", sin tener en cuenta la diferencia entre consumo problemático y consumo no problemático:

Que una persona que no ha cometido ninguna infracción penal —como lo establece el mismo artículo— sea obligada a recibir tratamiento médico contra una "enfermedad" de la que no quiere curarse, es abiertamente atentatorio de la libertad y de la autonomía [...] [L]a norma resulta inconstitucional por violentar la voluntad del destinatario mediante la subrogación de su capacidad de decidir, por la decisión del juez o del médico. Cada quien es

³¹ Corte Constitucional, sentencia C- 493 de 1993, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.

libre de elegir (dentro de nuestro ordenamiento) qué enfermedades se trata y si es o no el caso de recuperar la "salud", tal como se concibe de acuerdo con el criterio oficial.³²

En relación con el control de constitucionalidad sobre la *penalización del uso de sustancias psicoactivas* establecida también en el artículo 51 de la Ley 30, el magistrado Gaviria sustenta el examen de la Corte en un derecho básico y decisivo que, además, se convertiría en la bandera en diferentes países de la región y las Altas Cortes, como medida de protección para la población usuaria de drogas: el libre desarrollo de la personalidad.

Dicha prerrogativa, incluida en el artículo 16 de la Constitución Política, señala que "todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad *sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico*". Sobre la última frase, la Corte aclara que el Poder Legislativo sólo puede establecer limitaciones en la medida en que éstas sean acordes con el espíritu de la Constitución, la cual reconoce a la persona como autónoma "con capacidad plena de decidir sobre sus propios actos y, ante todo, sobre su propio destino". A partir de obras de filosofía política de autores como John Rawls y Erich Fromm, el magistrado Gaviria dota de contenido el libre desarrollo de la personalidad y establece que:

Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, ni más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia [...] Podemos no compartir ese ideal de vida, puede no compartirlo el gobernante, pero eso no lo hace ilegítimo. Son las consecuencias que se siguen de asumir la libertad como principio rector dentro de una sociedad que, por ese camino, se propone alcanzar la justicia.³³

³² Corte Constitucional, sentencia C-221 de 1994, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

³³ *Idem*.

Con este criterio, la sentencia visibiliza la contradicción de la norma demandada con el contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues no puede reconocerse éste y a la vez fijar limitaciones por "capricho del legislador". Al respecto, la Corte es categórica al resaltar que esta contradicción se reduciría a la premisa: "usted es libre para elegir, pero sólo para elegir lo bueno y qué es lo bueno, se lo dice el Estado". Bajo dicha lógica, el Tribunal concluye que las normas que consideran el consumo de sustancias psicoactivas un delito, son inconstitucionales.

Una vez expuestos los argumentos que demuestran la inconstitucionalidad del artículo 51 de la Ley 30, la Corte refuerza su decisión con un último argumento sobre la interacción entre educación, libertad y drogas, así como las posibilidades de intervención del Estado frente al consumo de drogas con base en los principios y derechos emanados de la Constitución Política. Al respecto, el Tribunal considera que se debe anteponer la educación por encima de la represión sobre el consumo de drogas, al establecer que:

No puede, pues, un Estado respetuoso de la dignidad humana, de la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad, escamotear su obligación irrenunciable de educar, y sustituir a ella la represión como forma de controlar el consumo de sustancias que se juzgan nocivas para la persona individualmente considerada y, eventualmente, para la comunidad a la que necesariamente se halla integrada.³⁴

Atendiendo a los argumentos expuestos, la sentencia, bajo un enfoque sociológico, deontológico y jurídico liderado por el magistrado Gaviria, sentó las bases del ejercicio interpretativo del Poder Judicial respecto a la política de drogas y sus repercusiones en los derechos de las personas. Así, declaró la inconstitucionalidad de los artículos 51 y 87 de la Ley 30 por vulnerar el derecho a la dignidad humana; el deber del Estado de

³⁴ *Idem.*

garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; la primacía de los derechos inalienables entre los cuales se encuentra la autonomía como expresión inmediata de libertad y el derecho a la igualdad por dar tratamiento diferente a categorías de personas que deben ser análogamente tratadas.

Ahora bien, respecto al literal j) del artículo 2 de la citada ley que establece umbrales de dosis sólo para uso personal y no distribución y venta, para algunas sustancias psicoactivas como marihuana, marihuana hachís, cocaína, base de cocaína y metacualona, consideró que la disposición se ajusta a la Constitución. El Tribunal llegó a esta decisión a través de dos argumentos: por un lado, consideró que, al permitir el legislador dosis para consumo personal, se está realizando una diferencia válida entre el eslabón del consumo y las actividades propias del narcotráfico. Lo anterior, tomando como fundamento la libertad del consumidor y la distinción que hace la Convención sobre las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, tercer instrumento del sistema de fiscalización internacional orientado a delinear las pautas penales para combatir el narcotráfico, incorporado al bloque de constitucionalidad colombiano. Por el otro, reconoció que:

el legislador válidamente, sin vulnerar el núcleo esencial de los derechos a la igualdad y a la libertad, desconocidos por las disposiciones que serán retiradas del ordenamiento, regular las circunstancias de lugar, de edad, de ejercicio temporal de actividades, y otras análogas, dentro de las cuales el consumo de droga resulte inadecuado o socialmente nocivo, como sucede en la actualidad con el alcohol y el tabaco.³⁵

Sobre estos últimos argumentos es interesante destacar que, si bien la Corte hace una tajante diferencia entre el consumo y la producción de drogas, a su vez, sin desarrollar la idea, deja abierta la puerta a la regu-

³⁵ *Idem.*

lación del consumo, pues sugiere una regulación parecida a la que se maneja para sustancias declaradas lícitas como el alcohol y el tabaco.

Las reacciones ante el fallo de la Corte fueron diversas y en su mayoría negativas, comenzando por magistrados y magistradas del propio Tribunal. A pesar de que la sentencia contó con el número suficiente de votos para declarar la inconstitucionalidad, la votación resultó muy ajustada: cinco a favor y cuatro en contra.³⁶ Los magistrados que estuvieron en contra de la decisión presentaron un extenso salvamento de voto al considerarla "gravísima y anacrónica". Entre los argumentos expuestos por los magistrados se señaló que el libre desarrollo de la personalidad no era un derecho absoluto y que la "drogadicción" atentaba contra la dignidad humana:

No puede afirmarse que el uso de la droga pueda ser algo opcional, porque no hay una indeterminación de los efectos, sino todo lo contrario: conduce a la privación de un bien —la salud, tanto física como mental—, de manera a menudo irreversible y siempre progresiva. La producción de estupefacientes es, a todas luces, un crimen actual —y no potencial— contra la humanidad, y tolerar el consumo de la causa de un mal, es legitimar sus efectos nocivos. En otras palabras, es legalizar lo que es de por sí no legitimable.³⁷

De igual forma, con una fuerte carga moral, el salvamento de voto defendió la visión paternalista de que la penalización del consumo de drogas se ajustaba al deber que tienen todas las personas de cuidar la salud, así como la obligación de proteger a la familia y a la niñez. Asimismo, el salvamento de voto se alineó a los instrumentos internacionales de corte prohibicionista al considerar que las normas demandadas se ajustaban a la posibilidad de sancionar penalmente el consumo de drogas, por tanto, el Estado colombiano se había ajustado al estándar internacional mediante el artículo 51 de la Ley 30.

³⁶ Los magistrados José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa votaron en contra de la ponencia del magistrado Gaviria.

³⁷ Corte Constitucional. Salvamento de voto de la sentencia C-221 de 1994.

El rechazo a la sentencia plasmado en el salvamento de voto fue respaldado por diferentes voces en el escenario político nacional e internacional. La primera voz en contra fue la del entonces presidente César Gaviria, quien, a pesar de estar a unos meses de concluir su mandato, propuso la idea de un referéndum y una reforma constitucional para mantener la penalización ante los peligros que la decisión emanaba en materia de violencia y delincuencia.

Por su parte, el entonces candidato presidencial Ernesto Samper, quien posteriormente fuera investigado por el financiamiento del Cártel de Cali a su campaña, consideró que "la fijación de una dosis personal en un país catalogado en el mundo como uno de los principales productores de narcóticos facilitaría que millones de jóvenes entren al sendero del vicio y la perdición, lo cual sería muy grave para Colombia".³⁸ A dicho rechazo se sumaron diferentes sectores de la sociedad como gremios empresariales y la Iglesia Católica. Desde el exterior también hubo declaraciones negativas, principalmente desde el gobierno de los Estados Unidos. El Departamento de Estado días después de la emisión de la sentencia declaró que "el efecto lo sentiría en forma dañina el pueblo colombiano y [...] advirtió que Colombia ha[bía] perdido instrumentos valiosos en su discurso y sus esfuerzos contra el narcotráfico".³⁹

La sentencia generó un cambio en el debate y en la forma de tratar el consumo de drogas, evidenció en medio de la implementación de sanciones represivas, la pertinencia de impulsar políticas públicas para atender el consumo, así como la importancia de analizar desde una perspectiva de derechos las sanciones penales que no sólo congestionan el sistema judicial, sino que afectan a grupos en situación de vulnerabilidad.⁴⁰

³⁸ "Rechazo general a la despenalización", Redacción Periódico *El Tiempo*, 7 de mayo de 1994. Disponible en: «<https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-121560>».

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ Como parte de la armonización de la sentencia, no sólo se modificó la Ley 30, sino también el Código Penal en el que se incorporó la dosis personal como excepción a las conductas previstas en el artículo 376. Véase Ley 599 del 2000.

En ese sentido, es importante resaltar que la despenalización de la dosis personal de la Corte Constitucional permitió lograr cierta coherencia jurisprudencial con la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual ajustó sus criterios en su mayoría de corte prohibicionista e incorporó el concepto de "dosis de aprovisionamiento" de sustancias psicoactivas, como el cannabis, en varios casos donde se superan las cantidades previstas en la Ley 30, pero se demuestra la intención del consumo personal.⁴¹

IV. Los intentos por desmontar la dosis personal en Colombia

Durante la década de los noventa, la política criminal en Colombia se endureció a fin de combatir y debilitar a los grandes cárteles del narcotráfico, lo cual derivó en la diversificación y transformación de los grupos criminales dedicados al cultivo de hoja de coca y producción de cocaína y, en menor medida, de marihuana. Si bien durante dicha época la ayuda de los Estados Unidos era visible, en 1999 se formalizó con la firma del "Plan Colombia", el cual brindó apoyo económico para reducir la producción de cocaína, mejorar la seguridad en el país y fortalecer la fuerza pública para "combatir" el tráfico de sustancias psicoactivas.⁴² Esa estrategia no consideraba como eje prioritario en el interior del país lo relacionado con el consumo. Por el contrario, concentró el debate político, difuminando de la agenda pública durante la administración de Andrés Pastrana (1998-2002), en la discusión sobre la dosis personal y la decisión de la Corte Constitucional. Esta momentánea desaparición de la temática atendió a distintas razones, entre éstas, a que el paso del tiempo había demostrado muy poca relación, por lo menos militar, entre el tráfico y el consumo doméstico y, a que la despenalización se había efectuado sin mayores traumatismos para la guerra contra las drogas.⁴³

⁴¹ Véase por ejemplo: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 18 de noviembre de 2008.

⁴² Cfr. Camacho, Adriana y Mejía, Daniel, *Consecuencias de la aspersión aérea en la salud: evidencia en el caso colombiano*, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia, 2013, p. 2.

⁴³ Cfr. Lemaitre, Julieta y Albarracín, Mauricio, "Patrullando la dosis personal: la represión cotidiana y los debates de las políticas públicas sobre el consumo de drogas ilícitas en Colombia", en

Las estrategias por desmontar la esfera de protección que la Corte Constitucional había otorgado a la dosis personal reaparecieron durante los dos periodos presidenciales de Álvaro Uribe (2002-2010). La insistencia por penalizar el consumo de drogas por parte de Uribe parecía corresponder "a una convicción personal socialmente conservadora, antes que de un cálculo político";⁴⁴ su discurso se centró en equiparar el narcotráfico al consumo y en dar a ambas temáticas el mismo enfoque punitivo. Dicha posición derivó en una serie de intentos desde el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo que fue contenido en más de una ocasión, por parte de la Corte Constitucional.

El primer intento fue a partir de un referéndum promovido por el Ejecutivo que tenía por objetivo realizar una serie de reformas a la Constitución. Respecto al porte y consumo de drogas, se incorporaba una nueva redacción por el artículo 16 constitucional que permitía sanciones para personas usuarias de sustancias psicoactivas:

6. Contra el narcotráfico y la drogadicción.

¿Para proteger la sociedad colombiana, particularmente su infancia y su juventud contra el uso de cocaína, heroína, marihuana, bazuco, éxtasis y cualquier otro alucinógeno, aprueba usted el siguiente artículo?

Agrégase al artículo 16 de la Constitución Nacional un segundo inciso, que quedará así:

Para promover y proteger el efectivo desarrollo de la personalidad la ley castigará severamente la siembra, producción, distribución, porte o venta de sustancias alucinógenas o aditivas, como la cocaína, la heroína, la marihuana, el éxtasis u otras similares,

Política de drogas en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia, 2011, p. 242.

⁴⁴ *Idem*.

graduando las penas, según las circunstancias en que se comete la infracción.

El Estado desarrolla una activa campaña de prevención contra la drogadicción y de recuperación de los adictos y sancionará el consumo y porte de estos productos para uso personal en la medida en que resulte aconsejable para garantizar los derechos individuales y colectivos, especialmente el de los niños y adolescentes.⁴⁵

Sin embargo, en el control constitucional sobre las preguntas, la Corte consideró inexecutable la pregunta sobre "narcotráfico y drogadicción", había vulnerado el principio de publicidad pues ni el contenido de la pregunta, ni la exposición de motivos habían sido oficialmente publicados.⁴⁶ A este esfuerzo le siguieron entre 2005 y 2007 tres proyectos de reforma para modificar la Constitución, pues la decisión de la Corte Constitucional de 1994 le impedía hacerlo por vía Ley. El primero de estos proyectos insistía en la reforma al artículo 16 para incluir el porte y consumo personal de drogas como delito, los otros dos, buscaban hacer dicha inclusión, pero en el texto del artículo 49 relativo al derecho a la salud.⁴⁷ Ninguno de los proyectos prosperó en el Congreso.

En 2009, por medio del Ministerio de Salud y Protección Social, Uribe presentó un nuevo proyecto para reformar el artículo 49. En esta nueva propuesta pretendía proteger el derecho a la salud del consumidor como la salud pública de la población amenazada por el consumo.⁴⁸ Dentro de la exposición de motivos del proyecto de acto legislativo, se señaló el aumento del consumo de sustancias psicoactivas durante el año 2008, no obstante, como señalan Guzmán y Uprimny, no se mostraban cifras anteriores o posteriores para concluir que existiera un aumento; los

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-551 de 2003, Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynnett.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ Véase Proyecto acto legislativo 133/2006 y Proyecto acto legislativo 22/2007.

⁴⁸ Guzmán, Diana y Uprimny, Rodrigo, *La prohibición como retrocesos*, Amsterdam y Washington, WOLA-INE, p. 5.

datos presentados no permitían adjudicar a la sentencia de 1994 responsabilidad alguna sobre un aparente aumento en el consumo de drogas en el país.⁴⁹

El texto presentado ante el Congreso tuvo como objetivo elevar a la Constitución Política la prohibición del porte y consumo de drogas; limitaciones al derecho a la libertad; la creación de tribunales de tratamiento; y la posibilidad de prevención y rehabilitación. Durante los debates celebrados en el Congreso se hicieron algunas modificaciones al texto, quitando las limitaciones a la libertad, los Tribunales de Tratamiento y agregando la importancia del consentimiento expreso de la persona usuaria y la incorporación de medidas pedagógicas, profilácticas o terapéuticas en favor de la población consumidora.⁵⁰ El texto final aprobado en diciembre de 2009 modificó el artículo 49 de la siguiente forma:

El porte y consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.

Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y a favor de la recuperación de los adictos.⁵¹ [Las cursivas son de las autoras]

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ *Ibidem*, p. 6.

⁵¹ Véase Acto legislativo 002 de 2009 y artículo 49 de la Constitución Política.

La Corte Constitucional recibió una demanda de inconstitucionalidad por parte de un grupo de personas que argumentaban que el acto legislativo 002 de 2009 que prohibía el porte y consumo de sustancias psicoactivas, sustituía a la Constitución de 1991 y, por tanto, "configuraba un vicio de competencia por el quebrantamiento del principio de autonomía personal, elemento consustancial de la dignidad humana". Frente a dicho argumento, la Corte se pronunció mediante un ejercicio de interpretación sistemática, teleológica y literal de la prohibición. Entre los argumentos vertidos, el Tribunal destacó que "la prohibición no podría implicar una autorización a la penalización del porte para el control del consumo"⁵² y, por tanto, se ajustaba al estándar de la C-221 de 1994. Además, concluyó que la prohibición establecida en el acto legislativo no era absoluta, pues incorporaba medidas administrativas, profilácticas y pedagógicas para atender el consumo de drogas.

Aunque dicho razonamiento resulta congruente, pues permitió el diseño y la implementación de legislación en materia de consumo, es importante resaltar que la prohibición refuerza el enfoque clínico del consumo; y, a su vez, mantiene en un limbo jurídico a las personas usuarias de drogas, pues da pie a dinámicas como la retención transitoria de personas por parte de la policía, requisas bajo criterios de perfilamiento basadas en prejuicios discriminatorios —como la clase social o la habitabilidad en calle—, así como disposiciones tendientes a la "criminalización administrativa" de la población usuaria con el fin de reducir el consumo.⁵³

La Corte no tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el fondo del asunto y dictar una decisión, pues el contenido de la demanda resultaba in-

⁵² Esta distinción ha sido congruente en posteriores decisiones del Tribunal. Véase por ejemplo: Corte Constitucional. Sentencia C-491 de 2012. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵³ Véase por ejemplo: Cfr. Lemaitre, Julieta y Albarracín, Mauricio, "Patrullando la dosis personal: la represión cotidiana y los debates de las políticas públicas sobre el consumo de drogas ilícitas en Colombia", en *Política de drogas en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos*, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia, 2011 y, Lalinde Ordoñez, Sebastián, *Requisas, ¿a discreción? Una tensión entre seguridad e intimidad*, Dejusticia, Bogotá, Colombia, 2015.

completo, ya que sólo partía del supuesto hecho de sustitución de la norma y no la consecuencia jurídica de la misma. A juicio del Tribunal "los demandantes sólo establecieron que la norma demandada había sustituido la Carta de 1991 por otra integralmente diferente haciendo una lectura parcial y aislada del resto del inciso sexto del artículo 49 reformado por el Acto Legislativo 02 de 2009, dando lugar a que no pueda ser comprendida suficientemente en su integridad".⁵⁴ La Corte se declaró inhibida para pronunciarse sobre fondo, en tanto "el control de constitucionalidad que le compete no es oficioso, sino que exige la identificación precisa de la proposición jurídica demandada en toda su integridad y satisfacción".⁵⁵

V. La política de consumo de drogas vigente en Colombia: entre avances y retrocesos

Durante los periodos presidenciales de Juan Manuel Santos (2010-2018), la narrativa sobre la política de drogas, específicamente relacionada con el consumo, cambió drástica y sorpresivamente, pues el presidente Santos había formado parte del gabinete de Uribe y había sido protagonista como ministro de Defensa en la implementación del enfoque punitivo de la "guerra contra las drogas". En el gobierno de Santos, los cambios sobre consumo de drogas se dieron, en su mayoría, por parte de los poderes Ejecutivo y Legislativo. Desde el Poder Judicial, el protagonismo estuvo de lado de la Corte Suprema y el fortalecimiento de los criterios en materia de dosis de aprovisionamiento.

En el ámbito externo, Colombia tomó el liderazgo con otros países de la región como Guatemala y México, para adelantar para el año 2016 la Sesión Especial de la Asamblea General de la ONU sobre el Problema Mundial de las Drogas (UNGASS),⁵⁶ que se tenía prevista para el año 2019.

⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencia C- 574 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ Véase UNODC. Documento final del período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el problema mundial de las drogas celebrado en 2016, Nueva York, 19-21 de abril de 2016.

El discurso del presidente Santos se concentró en la necesidad de reconocer el fracaso de la política vigente en materia de drogas y replantear la estrategia respetando los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Además, recordó a la comunidad internacional "que el consumo de drogas es un problema de salud pública y como tal no amerita un tratamiento criminal".⁵⁷

A nivel interno, se aprobó la Ley 1566 de 2012, la cual tuvo como objetivo entender el consumo de drogas como un problema de salud pública y garantizar la atención integral a la población usuaria. Al mismo tiempo, desde el gobierno de Santos se diseñó el Plan Nacional para la promoción de la salud, la prevención y la atención de sustancias psicoactivas 2014/2021 y se conformó una Comisión Asesora para la Política de Drogas con personas expertas en la materia, quienes construyeron una serie de lineamientos para atender el cultivo, la producción, el tráfico y el consumo de sustancias psicoactivas desde un enfoque de derechos y con la evidencia científica disponible, entre otros principios claves.⁵⁸ Estos instrumentos dieron pie a algunos esfuerzos, de la mano de sociedad civil y cooperación internacional, en materia de reducción de daños en favor de la población usuaria, como el intercambio de jeringas y material sanitario, la instalación de un sistema de alertas tempranas sobre nuevas sustancias, entre otras.⁵⁹ La estrategia nacional también permitió que Colombia se sumara a la lista de países que permitirían la regulación de cannabis con fines medicinales.⁶⁰

⁵⁷ Discurso de Juan Manuel Santos en la UNGASS, 21 de abril de 2016. Disponible en: «<https://news.un.org/es/audio/2016/04/1414061>».

⁵⁸ Comisión Asesora para la Política de Drogas, Lineamientos para un nuevo enfoque en la política de drogas en Colombia. Informe Final, mayo de 2015. Disponible en: «http://www.odc.gov.co/Portals/1/comision_asesora/docs/informe_final_comision_asesora_politica_drogas_colombia.pdf».

⁵⁹ Ministerio de Justicia, Sistema de Alertas Tempranas del Observatorio de Drogas de Colombia. Disponible en: «<http://www.odc.gov.co/INICIO/Noticias/ArtMID/2976/ArticleID/6228/A-trav233s-del-Sistema-de-Alertas-Tempranas-del-Observatorio-de-Drogas-de-Colombia-MinJusticia-genera-cuatro-nuevas-alertas-sobre-sustancias-psicoactivas>». y Proyecto Cambie. Disponible en: «<https://www.acciontecnicasocial.com/nos-queremos-respetamos-y-cuidamos/>».

⁶⁰ Véase Ley 1787 de 2016.

Todo este paulatino cambio de narrativas y perspectivas respecto al consumo tuvo lugar a la par de las negociaciones de paz entre el gobierno colombiano y las FARC, las cuales en forma inédita en este tipo de procesos, incorporaron al texto final del Acuerdo de Paz un punto relacionado con la política de drogas, el cual a su vez destinó un apartado orientado a garantizar el enfoque de derechos y de salud pública en el abordaje del consumo de drogas en el país.⁶¹

La trayectoria anteriormente descrita dio un giro en términos de garantías de derechos tanto en el discurso internacional desde el Ejecutivo, como en los avances desde el Poder Legislativo y el Judicial, con la llegada del actual presidente de Colombia, Iván Duque Márquez, quien fue elegido bajo la promesa de campaña de atacar toda la cadena del narcotráfico para proteger a los niños y niñas del "flagelo de las drogas". Una vez electo, este discurso se materializó en el Decreto 1844 de 2018, por medio del cual se reglamentaron las disposiciones del Código Nacional de Policía y Convivencia en lo referente a la prohibición de poseer, tener, entregar, distribuir o comercializar sustancias psicoactivas. Hasta la fecha, el Decreto sigue vigente y, principalmente en sus primeros meses, puso de presente que, al darle facultades a la policía para decomisar sustancias como la marihuana, se estaba acudiendo a una criminalización de tipo administrativo que profundizó en actos de discriminación en el perfilamiento de personas por su vestimenta y por la clase social.

VI. Consumo y espacio público: 25 años después de la sentencia de dosis personal

En 2019, 25 años después de la sentencia del magistrado Carlos Gaviria Díaz, considerada como un hito no sólo para el país, sino para la región por su enfoque progresista y de protección de las libertades personales de

⁶¹ Véase Punto 4, Solución al problema de las drogas ilícitas, Acuerdo de Paz entre el gobierno colombiano y las FARC-EP. Disponible en: «https://www.jep.gov.co/Marco%20Normativo/Normativa_v2/01%20ACUERDOS/N01.pdf».

las personas usuarias de drogas, la Corte Constitucional colombiana se enfrentó a un nuevo escenario jurídico que implicaba tomar una decisión orientada a definir la constitucionalidad de dos disposiciones del Código Nacional de Policía y Convivencia —Ley 1801 de 2016— por medio de las cuales se imponía una sanción de carácter administrativo al consumo de sustancias psicoactivas en espacio público bajo el objetivo de proteger la tranquilidad y convivencia. Los apartados demandados fueron los siguientes:

Artículo 33. Comportamientos que afectan la tranquilidad y relaciones respetuosas de las personas. Los siguientes comportamientos afectan la tranquilidad y relaciones respetuosas de las personas y por lo tanto no deben efectuarse:

[...] 2. En espacio público, lugares abiertos al público, o que siendo privados trasciendan a lo público: [...] c) *Consumir sustancias alcohólicas, psicoactivas* o prohibidas, no autorizados para su consumo.

Artículo 140. Comportamientos contrarios al cuidado e integridad del espacio público. Los siguientes comportamientos son contrarios al cuidado e integridad del espacio público y por lo tanto no deben efectuarse:

[...] 7. *Consumir bebidas alcohólicas, sustancias psicoactivas* o prohibidas en estadios, coliseos, centros deportivos, parques, hospitales, centros de salud y en general, *en el espacio público*, excepto en las actividades autorizadas por la autoridad competente". [Las cursivas son de las autoras]

Antes de profundizar en el análisis de constitucionalidad realizado por la Corte, es relevante abordar el escenario de consumo de sustancias psicoactivas en el país. Desde el último Estudio Nacional de Consumo de Sustancias Psicoactivas de 2013 las cifras han demostrado que la marihuana es la droga ilícita más consumida en el país. Esto fue confirmado en 2017 por un estudio realizado por el Centro de Seguridad y Drogas (CESED) de la Universidad de Los Andes, reportando que 51% de las

personas encuestadas en Bogotá —la capital del país— consumieron marihuana al menos una vez en la vida, mientras que en Medellín —la segunda ciudad más importante— el 36.9% reportó consumo de la misma sustancia.

En su mayoría, la modalidad habitual de consumo de marihuana es fumada, lo cual implica que en ocasiones se tenga que recurrir a lugares como parques o vías públicas para consumirla en espacios abiertos. Esta forma de uso de la sustancia deriva en un fácil reconocimiento, por parte de las autoridades de policía, del olor generado por las personas que la consumen en el espacio público y, como consecuencia, derivando en la posibilidad de recibir una sanción de tipo administrativo bajo lo establecido en el Código Nacional de Policía y Convivencia y de la normativa que surgió de este en la materia, como el Decreto 1844 de 2018, anteriormente mencionado.

Ahora, con ponencia de la magistrada Diana Fajardo Rivero, por medio de la sentencia C-253 de 2019,⁶² se abordó el panorama anteriormente descrito: el consumo de sustancias psicoactivas en espacio público. Los demandantes solicitaron declarar la inconstitucionalidad de los apartados del Código de Policía por ir en contravía del derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la libre expresión y al uso común del espacio público, consagrados en la Constitución Política de Colombia en los artículos 16, 20 y 82, respectivamente, bajo los términos de lo ya decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-221 de 1994. Adicionalmente, argumentaron que las disposiciones constituían una intervención punitiva irrazonable, debido a que el Código de Policía cuenta con formulaciones normativas relacionadas con los posibles, pero no necesarios, comportamientos generados por el consumo de alcohol que pueden superar la órbita personal, afectando a la tranquilidad de terceros.

⁶² Corte Constitucional, sentencia C-253 de 2019, Magistrada Ponente Diana Fajardo Rivero. Disponible en: «<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-253-19.htm>».

En sus consideraciones, la Corte Constitucional divide sus argumentos a partir de dos problemas jurídicos iniciales: i) ¿El legislador viola el derecho al libre desarrollo de la personalidad al prohibir en forma general, so pena de medidas de policía, el consumo de bebidas alcohólicas y sustancias psicoactivas "en espacio público, lugares abiertos al público, o que siendo privados trasciendan a lo público", como forma de proteger la tranquilidad y las relaciones respetuosas?; y ii) ¿El legislador viola el derecho al libre desarrollo de la personalidad al prohibir en forma general, so pena de medidas de policía, el consumo de bebidas alcohólicas y sustancias psicoactivas "en parques y en el espacio público en general", como forma de proteger el cuidado y la integridad de dicho espacio?⁶³

Una vez que la Corte Constitucional aborda precisiones conceptuales de términos como el de *convivencia* y *tranquilidad*, e incluso hace una diferenciación entre sustancias psicoactivas prohibidas y no prohibidas, inicia el camino orientado a resolver las controversias jurídicas, partiendo del deber de armonizar la protección de los derechos fundamentales y las políticas de drogas. En su análisis, el Tribunal pone de presente las tensiones existentes en los países como Colombia que tienen que aplicar, por un lado, los tratados internacionales en materia de derechos humanos y, por el otro, los convenios internacionales para combatir el consumo de drogas y el crimen organizado. Esta controversia es resuelta a partir de la siguiente consideración:

La respuesta a este dilema, por tanto, no es elegir una de las dos obligaciones; la respuesta es lograr armonizar el cumplimiento de ambas obligaciones por parte del Estado. Las dos son importantes, por lo que debe alcanzarse un equilibrio en el que se puedan cumplir ambas obligaciones, sobre todo si se tiene en cuenta que la política contra las drogas y el delito, como se dijo, busca en últimas el respeto, la protección y la garantía de los derechos fundamentales.⁶⁴

⁶³ *Idem.*

⁶⁴ *Idem.*

Lo anterior llevó a que la Corte Constitucional acudiera a las más recientes Directrices Internacionales sobre derechos humanos y política de drogas,⁶⁵ resaltando también el constante intento de resolver este dilema desde la jurisprudencia constitucional bajo la Constitución de 1991 y reconociendo que uno de los mayores desafíos de nuestra política social ha sido responder al daño asociado al uso y tráfico de drogas ilícitas, teniendo en cuenta que todos los aspectos de este reto tienen implicaciones para los derechos humanos.⁶⁶ Esto, lleva a que se ponga especial énfasis en el carácter universal de la dignidad humana como una garantía constitucional básica del Estado social y democrático de derecho sobre la que hay que tener consideración incluso en la elaboración de leyes sobre drogas:

El sentido último de los sistemas de protección puede verse como un conjunto de garantías institucionales y judiciales, orientadas a asegurar a las personas el poder vivir en dignidad. Las guías internacionales sobre derechos humanos y política de drogas, también reconocen la dignidad humana como el principal principio fundacional de derechos humanos, a partir del cual construir ese terreno común. Por eso sostienen que *‘ninguna ley, política o práctica sobre drogas puede tener el efecto de socavar o violar la dignidad de cualquier persona o grupo de persona’*.⁶⁷ [Las cursivas son de las autoras]

Además de reiterar en forma detallada la sentencia C-221 de 1994, como fundamento del desarrollo jurisprudencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad, la Corte se encargó de abordar las restricciones razonables y proporcionales de los derechos fundamentales. Esto, teniendo en cuenta que no son derechos absolutos, por lo que están limitados por el respeto al goce de los derechos de otras personas. Sin embargo, aclara que:

⁶⁵ Véase Centro Internacional sobre Derechos Humanos y Política de Droga, ONUSIDA, Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Directrices Internacionales sobre derechos humanos y política de drogas*. Disponible en: «<https://www.undp.org/content/undp/es/home/librarypage/hiv-aids/international-guidelines-on-human-rights-and-drug-policy.html>».

⁶⁶ Corte Constitucional, sentencia C-253 de 2019, Magistrada Ponente Diana Fajardo Rivero. Disponible en: «<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-253-19.htm>».

⁶⁷ *Idem*.

no toda limitación que se imponga a un derecho en virtud de la protección de los derechos de los demás, sea razonable y proporcionada constitucionalmente. El reconocer que ningún derecho fundamental es absoluto, no exime al juez constitucional de sus obligaciones de respetarlos, protegerlos o garantizarlos, y, por tanto, evaluar la razonabilidad constitucional de las restricciones o limitaciones que se pretenda imponer.⁶⁸

Lo anterior llevó a que la Corte analizara la constitucionalidad de las normas a la luz de un juicio de razonabilidad y proporcionalidad en la restricción impuesta por las disposiciones demandadas a los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, la libre expresión y el uso común del espacio público. Dicho análisis llevó a que concluyera que las dos normas tienen un gran impacto en los derechos de las personas, estableciendo restricciones generales y amplias, independientemente de las condiciones de tiempo, modo y lugar de la forma siguiente:

No hay condición de tiempo alguna. El comportamiento puede estarse realizando a la una de la mañana o a la una de la tarde, da igual. Tampoco hay condiciones de modo. Puede ser una bebida de altísimo grado de alcohol como la mansinta (mansinthe variación de la absenta, con más de 66% de alcohol) o una cerveza que se anuncia sin alcohol (con el 0,4%). No importa la cantidad. [...] Lo mismo ocurre con las sustancias psicoactivas, que tampoco se distinguen. Pueden ser sustancias psicoactivas legales o ilegales, naturales o sintéticas, duras o blandas. No importan las cantidades ni el posible efecto. En sentido estricto, puede ser cafeína, teína o taurina; cualquier droga psiquiátrica; una bocanada de marihuana o cinco cigarros completos; un cuarto de pastilla de éxtasis o tres pastillas completas; puede ser heroína o cristal de metanfetamina. Todo se regula igual.

En cuanto a las condiciones de lugar, la primera regla acusada (contenida en el Artículo 33) es amplísima y potencialmente abso-

⁶⁸ *Idem.*

luta. En el segundo caso, la regla acusada (contenida en el Artículo 140) es amplísima y absoluta en materia de espacio público. [...] Así, *de acuerdo con las reglas acusadas, todo acto de consumo de bebidas alcohólicas y sustancias psicoactivas, por el solo hecho de realizarse en todos estos lugares, se considera, por regla general, contrario o bien a la tranquilidad y las relaciones respetuosas (regla incluida en el Artículo 33), o bien al cuidado e integridad del espacio público (regla incluida en el Artículo 140)*⁶⁹ [Las cursivas son de las autoras]

De esta forma, la Corte Constitucional colombiana decide que ciertas expresiones de las dos normas demandadas son inconstitucionales, ya que dentro del ordenamiento jurídico existen otras disposiciones que permiten alcanzar los fines de la tranquilidad, las relaciones respetuosas y el cuidado e integridad del espacio público sin constituir limitaciones amplias y genéricas para el consumo de bebidas alcohólicas y sustancias psicoactivas. Sin embargo, vale la pena precisar que, en su decisión, la Corte sólo declaró que las normas violaban el derecho al libre desarrollo de la personalidad, ya que, en cuanto a la libertad de expresión y el derecho colectivo al uso del espacio público, los demandantes carecieron de certeza en la precisión de la consecuencia jurídica.⁷⁰

Si bien el fallo generó un gran eco en la opinión pública y en los sectores más conservadores de la sociedad por interpretar que la Corte le quitó facultades a la Policía Nacional para perseguir a quienes consumen sustancias psicoactivas en el espacio público, una lectura integral y juiciosa de la sentencia, a la luz del respeto por los derechos humanos, permite evidenciar que el análisis está orientado a establecer que ya hay herramientas normativas destinadas a cumplir con el fin de mantener la tranquilidad y las relaciones respetuosas, sin derivar necesariamente en una vulneración de derechos y una imposición de cargas desproporcionadas a las personas que deciden consumir sustancias psicoactivas.

⁶⁹ *Idem.*

⁷⁰ *Idem.*

Asimismo, se destaca el hecho de que no siempre hay una relación causal necesaria entre el uso de drogas como la marihuana en el espacio público y la perturbación en la calma de terceros.

VII. Conclusiones

La trayectoria de la jurisprudencia constitucional colombiana evidencia, además de una larga lista de victorias en favor de los derechos humanos y una serie de retrocesos orientados a criminalizar y perseguir los avances, la necesidad de pensar en escenarios diferentes que nos lleven a un marco jurídico que proteja los derechos y las libertades de las personas que usan sustancias psicoactivas en Colombia.

Si bien, la Corte Constitucional colombiana ha sido reconocida en el continente por su jurisprudencia progresista y respetuosa de los derechos humanos, es importante que los cambios se diversifiquen y no se queden en un solo frente. Por lo que, respondiendo al panorama internacional que ha ido girando hacia la regulación de mercados —incluyendo a países como los Estados Unidos, líder de la prohibición y que hoy por hoy tiene Estados en donde se reguló el uso adulto de la marihuana— es necesario que las iniciativas se consoliden y se materialicen en leyes y políticas públicas con enfoque de derechos humanos y salud pública.

Respondiendo a este panorama y, como se mencionó anteriormente, teniendo en cuenta que en Colombia la cannabis es la sustancia psicoactiva no permitida más consumida, a este esfuerzo de la Corte Constitucional se han ido sumando distintos actores. En primer lugar, la Corte Suprema de Justicia, por medio de su jurisprudencia, ha abierto la puerta al concepto de la "dosis de aprovisionamiento" para los casos en los que las personas portan, para su consumo propio, una cantidad mayor a la dosis personal permitida, en su mayoría por uso de marihuana.

Por otro lado, desde el Congreso de la República se unieron un grupo de congresistas de diferentes partidos políticos con el ánimo de cambiar el

discurso de la prohibición, evaluar las consecuencias de la guerra contra las drogas en las poblaciones en situación de mayor vulnerabilidad y darle un giro a la política de drogas, lo que se ha materializado en distintos proyectos de ley, como la iniciativa radicada en 2019 con el objetivo de regular el uso adulto de la marihuana y construida escuchando la experiencia de personas expertas en distintos campos para evitar cometer los errores de la regulación de usos medicinales y científicos de la marihuana.

Sumado a lo anterior, la sociedad civil ha sido un actor clave en los avances en la materia y en la importancia de visibilizar los impactos de la prohibición en los derechos de las personas. Además de intervenir ante las Altas Cortes para aportar argumentos que permitan orientar los exámenes jurídicos con un enfoque diferente y basado en la evidencia, ha llevado a espacios de discusión internacional en política de drogas la importancia de enmarcar las leyes y políticas públicas en el respeto por los derechos humanos ante el evidente fracaso de la guerra contra las drogas. Un ejemplo concreto de este esfuerzo se dio con la elaboración de los *Principios para una regulación responsable del uso adulto del cannabis en Colombia*,⁷¹ aportado para la discusión nacional en el Legislativo y presentado también ante la Comisión de Estupefacentes de 2020.

Así, es importante que la jurisprudencia de las Altas Cortes en materia de protección de los derechos de las personas que usan drogas, sean una vía que nos permita construir e implementar en el ordenamiento jurídico, un discurso diferente, respetuoso de las libertades y, al mismo tiempo, que atienda a los contextos locales y no a la imposición de la política represiva de países distantes de nuestras propias realidades.

⁷¹ Elementa, Fescol, Dejusticia, Acción Técnica Social (ATS), Corporación Viso Mutop, Corporación Humanas, Sisma Mujer, Transnational Institute (TNI), Corporación Teméride, el Centro de Pensamiento y Acción para la Transición (CPAT) y Temblores ONG, *Principios para una regulación responsable del uso adulto del cannabis en Colombia*, Disponible en: «<https://www.elementa.co/wp-content/uploads/2019/11/Principios-para-una-regulaci%C3%B3n-responsable-del-uso-adulto-del-cannabis-en-Colombia-digital.pdf>».

3. La jurisprudencia penal sobre marihuana de la Corte Suprema de Justicia de Colombia

David Filomena*

Rodrigo Uprimny Yepes**

SUMARIO: I. Introducción. II. Visión panorámica. III. Primer periodo: los tanteos iniciales con el Estatuto Nacional de Estupefacientes (1974-1986). IV. Segundo periodo: una Corte complaciente frente al represivo Estatuto Nacional de Estupefacientes (1986-1994). V. Tercer periodo: el impacto de la despenalización del porte de la dosis personal (1994-2008). VI. Cuarto periodo: la falta de antijuricidad del porte (2008-2016). VII. Quinto periodo: la atipicidad del porte para consumo (2016-presente). VIII. Conclusiones: una jurisprudencia con orientación crecientemente garantista, pero con hesitaciones.

I. Introducción

En Colombia, la jurisprudencia ha cumplido un papel fundamental en la defensa de los derechos de las personas usuarias de marihuana. Generalmente, se tiene como referente la labor de la Corte Constitucional, que mediante la sentencia C-221 de 1994,¹ despenalizó el porte de la dosis personal para cualquier sustancia psicoactiva, incluida la marihuana

* Abogado y antropólogo por la Universidad de los Andes. Ha trabajado en la Dirección de Política Criminal del Ministerio de Justicia y en la Agencia Nacional de Tierras. Sus temas de interés comprenden el derecho penal, el derecho agrario, la proporcionalidad de las sanciones penales y la antropología jurídica. En Dejusticia trabaja como investigador dentro de la línea de Política de Drogas.

** Abogado, Doctor en Economía Política de la Universidad de Amiens Picardie, con un DSU (magíster) en Sociología Jurídica de la Universidad de París II y un DEA (magíster) en socioeconomía del desarrollo de la Universidad de París I (IEDES). Actualmente se desempeña como Director de la línea de política de drogas del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad-Dejusticia y como profesor de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Teoría Constitucional en la Universidad Nacional de Bogotá.

¹ Corte Constitucional, sentencia C-221 de 1994, 5 de mayo de 1994, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

(hasta 20 gramos). Sin embargo, tanto antes como después de esa fecha, han existido un buen número de sentencias producidas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que han analizado otros elementos relacionados con el porte, consumo y uso del cannabis y que no han tenido mucha difusión, más allá de los estrados judiciales. Este artículo pretende resaltar los elementos principales de estas sentencias, pues consideramos que es útil para los operadores judiciales, así como los usuarios y las usuarias de la sustancia en Colombia y en otros países de la región, conocerlos, ya que la Corte Suprema colombiana ha tendido, aunque con algunas hesitaciones e incluso contradicciones, a desarrollar una interpretación garantista en favor de los derechos de los consumidores. Su labor, además, muestra que incluso en contextos políticos difíciles y represivos, los jueces pueden optar por interpretaciones menos desfavorables a los derechos de los usuarios de sustancias psicoactivas.

Para rastrear la totalidad de jurisprudencia referente al cannabis en Colombia, se consultó el sistema de búsqueda de la Corte Suprema de Justicia con los criterios siguientes: "marihuana", "mariguana", "cannabis" y "dosis personal". El sistema arrojó 30 resultados, de los cuales se rechazaron todos los autos interlocutorios o admisorios, lo que dio un total de 23 providencias. En un primer momento, se pensó en desechar las sentencias que trataban casos de cocaína o de base de coca. Sin embargo, dado que algunas de esas decisiones son el punto de inflexión en el análisis de la Sala, la línea las incluye, aunque el texto y las reflexiones sean mayoritariamente sobre providencias de cannabis.

En total son 17 sentencias relacionadas con mariguana, que en su mayoría revisan casos de consumidores y en menor medida de cultivadores. La lectura de las sentencias encontradas en el buscador permitió encontrar otras que no aparecieron en la búsqueda inicial y que también se incluyeron en la línea, lo que dio un total de 26 sentencias.

Dado que las decisiones judiciales se produjeron en la vigencia de tres códigos de procedimiento penal, dos códigos penales y dos leyes espe-

ciales en materia de estupefacientes, es fundamental leer este artículo de la mano con la contextualización del panorama legislativo, incluida al principio del capítulo referente a Colombia en este libro.

El artículo está compuesto por ocho partes, de las cuales esta introducción es la primera. La segunda parte efectúa una visión panorámica de la evolución de la jurisprudencia penal de la Corte, mostrando que es posible distinguir cinco etapas. Las partes tres a siete analizan cada uno de esos periodos. El texto termina con unas conclusiones interpretativas de esa evolución jurisprudencial.

II. Visión panorámica

Estos 46 años de jurisprudencia se pueden clasificar en cinco etapas. Un primer periodo comprendido entre 1974 y 1986, que comenzó con la promulgación del Decreto 1188 de 1974, el primer Estatuto Nacional de Estupefacientes, y estuvo caracterizado por la volatilidad de la jurisprudencia producto de cambios legislativos efectuados en un corto periodo de tiempo. El concepto más debatido fue el de "dosis personal" y si esta debía interpretarse como la cantidad de marihuana que puede consumirse de una sola vez, o como la cantidad que puede consumirse en un periodo razonable de tiempo; también, si podía ser definida objetivamente mediante umbrales o si debía acudir a la pericia de un médico legista.

El siguiente periodo, que comienza con la expedición de la Ley 30 de 1986, que es el segundo Estatuto Nacional de Estupefacientes, se caracteriza como el más restrictivo de todos ya que la ley determinó un esquema de responsabilidad penal objetiva, en el cual se presumía la culpabilidad si la cantidad que portaba una persona sobrepasaba el umbral de la ley, fijado en 20 gramos. Asimismo, ese estatuto estableció multas y arrestos para las personas que portaran esta cantidad o menos, con lo cual penalizaba el consumo. Esta postura fue validada por la Corte Suprema de Justicia en sus providencias, incluso, cambiando las inter-

pretaciones garantistas del periodo anterior. Esta fase represiva se ve morigerada en 1994 con la sentencia C-221, en la cual la Corte Constitucional, creada tres años atrás, declaró inconstitucionales las multas y arrestos que el Estatuto Nacional de Estupefacientes establecía para el porte de la dosis personal para consumo.

La tercera etapa se inicia con esa sentencia C-221 de 1994 de la Corte Constitucional y termina en el 2008 con la primera providencia que absuelve a un procesado en virtud de que su conducta no afectaba significativamente el bien jurídico tutelado. En este periodo no hay muchas sentencias que destacar, aunque desde el 2003, la Corte Suprema comienza a sentar las bases conceptuales de la etapa que denominaremos de la falta de antijuricidad del porte para consumo.

Desde el 2008, la Corte comienza a producir decisiones en las que la antijuricidad desempeña un papel importante y por primera vez ese Máximo Tribunal absuelve personas por portar drogas en cantidades ligeramente superiores a los umbrales objetivos definidos por la Ley 30 de 1986, en el entendido en que la conducta no afecta significativamente el bien jurídico tutelado. En este periodo la Constitución es reformada (Acto Legislativo 002 de 2009) con el fin de prohibir e incluso penalizar el porte de la dosis personal de drogas en Colombia. La Ley 1453 de 2011, a su vez, refuerza esa tendencia represiva, que sin embargo fue conjurada con suficiencia tanto por la Corte Constitucional como por la Corte Suprema de Justicia.

El periodo en el que actualmente nos encontramos comienza en 2016, por medio de una providencia en la cual se utiliza la modificación de la Constitución promovida por el Acto Legislativo 002 de 2009 para argumentar que todos los casos en que la Fiscalía no logre probar que había un ánimo subjetivo de comercialización en el porte de estupefacientes, deben ser tratados como atípicos. También, se han producido otras sentencias que han reforzado la presunción de inocencia en los

delitos de drogas y que han desarrollado una conceptualización garantista de la figura de la "plantación", que permite tener hasta 20 plantas de cannabis, para incluir en ella no solamente a las plantas sembradas sino también a las que están separadas de la tierra.

III. Primer periodo: los tanteos iniciales con el Estatuto Nacional de Estupefacientes (1974-1986)

La primera ley que reguló el consumo y porte de cannabis en Colombia se promulgó en 1920 y no establecía sanciones privativas de la libertad.² Desde la entrada en vigor de esta ley hasta la expedición del primer Estatuto Nacional de Estupefacientes transcurrieron 54 años, en los que se promulgaron cinco normas que disponían sanciones privativas de la libertad cuyo promedio no superaba los tres años. El primer aumento sustancial en las penas se dio con el Estatuto Nacional de Estupefacientes de 1974, que elevó la pena promedio a seis años. Esto pudo haber ocasionado que el recurso extraordinario de casación, normalmente utilizado para delitos con penas privativas de la libertad altas o por personas con gran capacidad económica, fuera utilizado para recurrir sentencias que juzgaban delitos relacionados con drogas. Situación que ha permanecido constante durante estos años.

El concepto más controversial y debatido por la Sala en la vigencia de ese primer estatuto fue el de dosis personal. Esta norma establecía que para diferenciar el porte destinado a satisfacer el consumo personal y el destinado al tráfico se debía acudir a la pericia de un médico legista, por lo cual la mayoría de los demandantes argumentaban que la cantidad de drogas con las que fueron sorprendidos correspondía a su dosis personal.

² Uprimny, Rodrigo; Guzmán, Diana; Parra, Jorge, *Penas alucinantes, la desproporción de la penalización de las drogas en Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad Dejusticia, 2013, p. 45.

La primera sentencia aborda el caso de una mujer sorprendida con 27 gramos de cocaína en el aeropuerto El Dorado de Bogotá. En dicha ocasión, la Sala Penal recordó que el estatuto define la dosis personal de estupefacientes como "la cantidad que una persona ingiere por cualquier vía, de una sola vez", por lo cual había que concluir, sin necesidad de prueba pericial, que 27 gramos de cocaína pura desbordan esa cantidad pues "no es posible ingerirla de una sola vez, sin resultados fatales". Según la sentencia "basta el simple sentido común para concluir que, sea cualquiera el grado de adicción de una persona, no le es posible tolerar una cantidad tan alta de cocaína pura".³

Posteriormente, el gobierno promulgó el decreto 701 de 1976, el cual, fruto de un proceso de investigación del Consejo Nacional de Estupefacientes, que era el órgano técnico creado en 1974, estableció umbrales objetivos que determinaban la dosis personal presuntiva de cannabis. En el caso de la marihuana-hierba se trataba de 28 gramos y en el caso de la marihuana hachís eran 10 gramos. La siguiente sentencia aborda el caso de una persona cuyo proceso había iniciado antes del Decreto 701 y había sido condenada por portar 7.2 gramos de cannabis a 36 meses de prisión. Después de llevar su caso a casación, la Corte aplicó el principio de favorabilidad, ya que el nuevo decreto disponía que sólo se podía castigar el porte de cannabis con el máximo quantum punitivo, cuando se sobrepasaran los 28 gramos, por lo que redujo la pena a un mes de prisión, atendiendo al cambio legislativo que se dio mientras el proceso estaba en curso.⁴

La siguiente providencia se produce después de que el Consejo de Estado, que es el tribunal cabeza de la jurisdicción administrativa encargada de

³ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de radicado 405484 del 17 de febrero de 1977, Magistrado Ponente Luis Enrique Romero Soto, publicada en *Gaceta Judicial*, tomo CLV, número 2398, pp. 38-40.

⁴ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de radicado 405493 del 10 de marzo de 1977, Magistrado Ponente Gustavo Gómez Velásquez, publicada en *Gaceta Judicial*, tomo CLV, número 2398, pp. 103-105.

controlar la legalidad de los decretos gubernamentales, había anulado el Decreto 701 de 1976 por vicios de procedimiento, por lo que los umbrales objetivos para definir la dosis personal determinados por el legislador y aplicados en la sentencia anterior ya no tenían efectos y se volvía a la regla de decisión anterior en la que un médico legista determinaba en qué casos se trataba de dosis personal y cuándo no. En este caso, la Corte caracteriza el concepto de dosis personal alrededor de dos criterios. En primer lugar, debe corresponder a un consumo limitado en el tiempo, bien sea de la totalidad de la sustancia en una sola sesión o su consumo fraccionado en un periodo razonable, en lo que la propia Corte denominó "dosis de aprovisionamiento para uso personal".⁵ En segundo lugar, el porte de la sustancia no puede estar destinado a terceros, ni en forma gratuita ni onerosa. Asimismo, la Corte define a los usuarios como enfermos, "susceptibles de más bien recibir un tratamiento médico que una pena".⁶

En esta providencia, el concepto de dosis personal ocasionó una diferencia entre la jurisprudencia de las dos Altas Cortes de entonces, la Corte Suprema y el Consejo de Estado. En efecto, la Corte Suprema valoró como desacertado que el Consejo de Estado, al anular el decreto que establecía los umbrales objetivos, haya considerado que sin peritación médica era imposible concluir que algunas conductas pudieran corresponder con el concepto de dosis personal. Asimismo, mediante una interpretación no literal de la ley, la Corte Suprema determinó que el artículo 39 del decreto 1188 no impone la existencia previa de un dictamen médico legal para que un juez pueda reconocer un caso de "dosis personal".⁷ Para sustentar su punto de vista, la Corte Suprema argumenta

⁵ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de radicado 405781 del 6 de mayo de 1980, Magistrado Ponente Gustavo Gómez Velásquez, publicada en *Gaceta Judicial*, tomo CLXIII, número 2402, pp. 177-183.

⁶ *Idem*.

⁷ Esto establece de manera literal la norma: La determinación de la dosis personas a que hace referencia el inciso 2, del artículo anterior *deberá hacerse* por peritación médico legal, teniendo en cuenta la calidad y cantidad de la sustancia y la historia y situación clínica del sindicado.

que es claro que medio gramo de marihuana debe "siempre estimarse como dosis personal, cualquiera sea la calidad de ésta, las condiciones del usuario o su medio de aplicación", pero que en cambio 50 gramos no deben ser considerados dosis personal, a no ser que "una pericia que consulte información procesal existente y el resultado de exámenes clínicos que se practiquen determinen que en determinados casos se trata de una dosis personal". En síntesis, para esa sentencia, hay situaciones, en las cuales, sin peritaje, es claro que "se está frente a un caso de dosis personal" mientras que, en otras, "por su volumen, puede surgir duda al respecto, la cual disipará el respectivo dictamen médico legista".⁸

Con base en esta regla de decisión, y observando a la ley derogada como una guía doctrinal, la Corte absuelve al procesado que inicialmente había sido condenado a tres años de prisión por llevar consigo 18 gramos de marihuana. Esto, en virtud de que el juez de primera instancia lo había considerado reo ausente y al no poder practicar el peritaje con el médico legista, había asumido su culpabilidad.

La razón de la argumentación de la Corte puede atribuirse a que consideró que había casos relacionados con drogas cuya resolución era sencilla y por tanto no era viable acudir a peritajes, congestionando el sistema de medicina legal que también tiene que ocuparse de otros delitos. Sin embargo, la decisión no deja de ser extraña, ya que aplica, utilizándola como doctrina, una ley derogada en contraposición con aquella que se encontraba vigente en su momento.

Esta decisión puede catalogarse como la sentencia más importante de este periodo por tres razones. En primer lugar, porque amplía el concepto de dosis personal más allá del único uso que estaba establecido en la jurisprudencia anterior, interpretándolo así, como cualquier consumo que abarque cantidades inferiores a 28 gramos de marihuana hierba y 10 gramos de marihuana hachís. En segundo lugar, por cuanto establece

⁸ *Idem.*

un criterio mixto de interpretación judicial, en el cual, si el médico legista determina que la cantidad que sobrepasa este umbral corresponde a la dosis personal, se deberá aplicar la sanción correspondiente a las personas consumidoras y no a la de las traficantes. Por último, y sin dejar de reconocer que es formalmente polémica por invocar una ley derogada, porque la Corte utiliza distintas fuentes del derecho para brindar jurisprudencia favorable a las personas usuarias de drogas.

Un año después, acontece un caso en el que la Corte aplica a cabalidad la anterior argumentación, pero que deja muchas dudas con respecto a la calidad de los peritajes de los médicos legistas que revisaban estos casos. La sentencia analiza la situación de un trabajador de un ingenio de caña de azúcar, que después de ser denunciado por sus compañeros, y tras un registro de su camarote, es sorprendido con 51 gramos de marihuana distribuidos en 43 papeletas. Según la Corte, "el peso neto de la hierba indicaba, por sí solo, que los límites normales de la dosis personal estaban sobrepasados", por lo cual era necesario remitirse al peritaje del médico legista, quien señaló que era difícil determinar si la persona era "adicta o no a la marihuana". Con esos elementos, la Corte concluyó que esa "pericia, si en verdad, no precisa la dosis personal del acusado, despeja toda posible duda en cuanto a la cantidad de marihuana que le fue decomisada por la policía se encontraba objetivamente por fuera de esta dosis".⁹ Si bien esta providencia sigue el procedimiento establecido en la sentencia previa, llama la atención la inocuidad del fragmento del peritaje realizado por la oficina médico legal, ya que no le da una respuesta clara al intérprete judicial sobre la adicción de la persona o si dicha cantidad, 22 gramos por encima del umbral doctrinario, puede ser considerada dosis personal. Asimismo, resulta inquietante que la Corte no valora el hecho de que la droga hubiera sido distribuida en papeletas o que el procesado haya sido denunciado.

⁹ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de radicado 26421 del 8 de octubre de 1981, Magistrado Ponente Fabio Calderón Botero, publicada en *Gaceta Judicial*, tomo CLXVII, número 2404, pp. 578-580.

En 1982 se produce la primera sentencia en la que se argumenta la tenencia de la planta con fines medicinales. En este caso, el procesado es sorprendido con 250 gramos de marihuana, que iban a ser usados para hacer un remedio para su padre. Lo más interesante del caso es que la persona le pidió permiso al inspector de policía de su corregimiento, que a raíz de la identidad campesina y de conocer al procesado, lo autorizó a buscar, comprar y tener la marihuana. Una vez que el caso llega a la Corte es resuelto en el espectro de la tipicidad, ya que la Sala considera que "uno de los elementos normativos del tipo es contar con el permiso de la autoridad competente" y en este caso, la persona pidió permiso para llevar a cabo la conducta a la autoridad que consideraba competente, por lo cual se estructura un error de tipo y por tanto no hay lugar a responsabilidad penal.¹⁰

En este lapso, la Sala Penal había consolidado dos interpretaciones de los umbrales como indicadores de responsabilidad penal por portar cannabis: 1) la valoración judicial mixta en los casos en que existiera duda sobre la destinación del estupefaciente; y, para casos especialísimos, 2) el error de tipo cuando se contará con permiso de la autoridad competente. Sin embargo, esta jurisprudencia, que tenía algunos elementos garantistas, se derrumbó cuando se expidió el autoritario segundo Estatuto Nacional de Estupefacientes.

IV. Segundo periodo: una Corte complaciente frente al represivo Estatuto Nacional de Estupefacientes (1986-1994)

En 1984, antes de la expedición de la Ley 30 de 1986, segundo Estatuto Nacional de Estupefacientes, fue asesinado por el Cartel de Medellín el ministro de Justicia Rodrigo Lara Bonilla; lo que ocasionó que el presi-

¹⁰ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de radicado 406212 del 22 de septiembre de 1982, Magistrado Ponente Luis Enrique Romero Soto, publicada en *Gaceta Judicial*, tomo CLXX, número 2408, pp. 600-605.

dente Belisario Betancourt decretara el estado de sitio y con base en ese estado de excepción, autorizara la extradición de nacionales a los Estados Unidos y aumentara todas las penas de los delitos y las contravenciones relacionadas con drogas. Para ello, expidió el decreto 1060 de 1984 y dos años después impulsó la creación del segundo Estatuto Nacional de Estupefacientes que establecía un catálogo más amplio de delitos y aumentaba la pena promedio a 10.5 años de prisión.¹¹

Asimismo, esta nueva legislación fija un parámetro objetivo para la dosis personal, disponiendo de multas y arresto cuando la conducta se desarrolle con una cantidad menor, por considerar que es para consumo, y penas de prisión cuando se sobrepase esta cantidad, por considerar que es para tráfico. Para la marihuana, la dosis personal es de 20 gramos, la marihuana hachís de 5 gramos y la cocaína de 1 gramo.

El primer caso de este periodo narra la historia de un hombre condenado a cuatro años de prisión, por tener almacenado dentro de su casa 70 gramos de marihuana. Esta pena, producto del aumento justificado por el estado de sitio enmarcado dentro del decreto 1060 de 1984, era mayor que la que disponía la nueva norma, por tanto, utilizando el principio de favorabilidad, la Sala Penal readecua la pena, dejándola en 1 año de prisión.¹²

La siguiente sentencia se produce en 1991 y los hechos que le dan lugar en 1988. En dicha oportunidad, la Corte estudia el caso de una ciudadana que es sorprendida en el aeropuerto El Dorado portando 205 gramos de cocaína y 40 de marihuana. En el marco del proceso, logra probar su adicción a ambas sustancias. Sin embargo, la Corte, cambia su jurisprudencia, muy probablemente por la lucha frontal que se estaba adelantando contra el narcotráfico, en el siguiente sentido:

¹¹ Uprimny, Rodrigo; Guzmán, Diana; Parra, Jorge, *op.cit.*, p. 45.

¹² Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de radicado 406212 del 26 de julio de 1988, Magistrado Ponente Gustavo Gómez Velásquez, publicada en *Gaceta Judicial*, tomo CXXIII, número 2432, pp. 111-121.

Cuando la Ley 30 de 1986 señala diferencias entre la conducta contravencional y los tipos penales que describe, lo hace en términos claros e inequívocos que cuidadosamente delimita en sus alcances, sin dejar cabida a deducciones caprichosas del interprete, *ni remitir siquiera, como ocurrió en ocasiones precedentes al criterio de peritos en la fijación de la dosis personal.* [Las cursivas son de los autores].

A pesar de demostrada la condición de adicta de la procesada, la cantidad tanto de marihuana como cocaína hallada en su poder y cuidadosamente oculta, sobrepasaba con amplitud los topes máximos indicados por el legislador como tolerables al adicto, pues la sustancia vegetal doblaba los 20 gramos señalados como dosis personal, mientras que la cocaína superaba más de 200 veces ese límite normativo.

Con la Ley 30 de 1986 y el espaldarazo jurisprudencial de la Sala Penal se consolidó un periodo en el cual existió responsabilidad objetiva en los delitos y contravenciones relacionadas con drogas. Cualquier persona sorprendida portando cannabis en cantidad superior a la dosis personal, sin importar la destinación o los elementos materiales probatorios que presentara el órgano acusador o la defensa, se presumiría culpable del delito de tráfico y recibiría una severa sanción de prisión. Dicha situación empezaría a cambiar en 1994.

V. Tercer periodo: el impacto de la despenalización del porte de la dosis personal (1994-2008)

A diferencia de la primera etapa, la Corte Suprema de Justicia no produjo jurisprudencia con respecto a la Ley 30 de 1986, lo que ocasionó que, durante ocho años, los consumidores y las consumidoras fueran sometidos a arrestos, multas y tratamiento forzado con el silencio de las Altas Cortes. Afortunadamente, este vacío fue suplido por la Corte Constitucional con la sentencia C-221 de 1994.

En dicha providencia, analizada a profundidad en el apartado referente a la jurisprudencia constitucional, la Corte declaró inconstitucionales, por considerarlos contrarios al derecho fundamental al libre derecho de la personalidad, los artículos 51 y 87 de la Ley 30 de 1986, que establecían multas y arrestos para los consumidores que portaran la dosis personal de estupefacientes. Esta decisión impactó fuertemente la respuesta institucional hacia las personas consumidoras, ya que, a partir de ese año, se eliminarían los arrestos por llevar consigo la marihuana o cualquier otra droga en la cantidad correspondiente a la dosis personal. Sin embargo, si la conducta sobrepasaba los límites del umbral, seguirían recibiendo respuesta penal, pues eran procesados por tráfico.

Entre 2005 y 2008, es posible divisar las primeras aproximaciones argumentativas que romperían con los umbrales como factor inamovible de valoración judicial. Hay dos providencias en las que se dibujan los primeros retazos de cómo, cuando la conducta supera ligeramente estos umbrales, no hay antijuricidad material en la conducta y por tanto no hay delito.

En ambas sentencias, la Corte valora la conducta de expendedores que fueron sorprendidos con cantidades ligeramente superiores a la dosis personal. En el primer caso, con 1.24 gramos de cocaína, mientras que en el segundo se trataba de un hombre que portaba 37 gramos de marihuana. Si bien la Corte no casa ninguna de las sentencias por las circunstancias que rodearon los casos, señala que si la conducta hubiera sido ejecutada por personas consumidoras resultaría "insignificante" frente al tráfico de estupefacientes y "por tanto inane en el campo de la antijuricidad material".¹³ En el mismo sentido y en relación con la consagración del principio de lesividad en el Código Penal del 2000, la Corte estableció que cuando la conducta no supera de manera excesiva el umbral de la dosis

¹³ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de radicado 18609 del 8 de agosto de 2005, Magistrado Ponente Germán Galán Castellanos. A partir de esta sentencia, ya se encuentran en forma diferenciada en la herramienta virtual de la Corte Suprema de Justicia.

personal "carecerá de relevancia penal siempre y cuando se haya demostrado que sólo podía repercutir en el ámbito de la privacidad de quien la consume".¹⁴

La Corte Suprema asume entonces en este periodo la doctrina garantista elaborada por la Corte Constitucional según la cual el consumo de sustancias psicoactivas no puede ser penalizado en un Estado democrático pluralista respetuoso de la autonomía personal, por lo cual es una conducta carente de antijuridicidad. Esa tendencia garantista aparece sin embargo empañada por una sentencia posterior, en que la Corte Suprema analiza el siguiente problema jurídico: si en el pesaje de la marihuana debe tenerse en cuenta sólo las flores o todas las partes de la planta decomisada, incluyendo semillas, hojas y tallos. En dicha ocasión, la Corte afirmó que lo que "debe ser objeto de análisis es la sustancia que produce dependencia" y la marihuana es una planta "que como tal está constituida de semillas, hojas y tallos, máxime cuando el consumidor habitual de este alucinógeno suele ingerirla con todos aquellos componentes".¹⁵ Este análisis es desacertado, no sólo porque no tiene en cuenta que el consumo tradicional de la marihuana es sólo de la flor, no se fuman ni las semillas, ni mucho menos las hojas; sino también, porque puede ser crucial para determinar si la hierba supera o no el umbral de la dosis personal. Pasarían 14 años para que el espíritu garantista de la Corte Constitucional fuera entonces retomado integralmente por la Corte Suprema de Justicia.

VI. Cuarto periodo: la falta de antijuridicidad del porte (2008-2016)

La sentencia más importante de este periodo es la primera en que la Corte Suprema incorpora plenamente los razonamientos de la Corte Cons-

¹⁴ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de radicado 28195 del 8 de octubre de 2008, Magistrado Ponente Julio Enrique Socha Salamanca.

¹⁵ *Idem*.

titucional planteados en la sentencia C-221 alrededor del concepto de antijuricidad material, con el objetivo de absolver a un procesado que portaba 29 gramos de marihuana, 9 más de lo que la ley disponía como dosis personal.

En dicha ocasión, la Corte Suprema interpretó el concepto de dosis personal teniendo en cuenta que el juez constitucional había declarado lícito el consumo de estupefacientes, por lo que, "cuando se trata de examinar la conducta de los adictos o de personas no dependientes, que se encuentren en posesión de cantidades mínimamente superiores a la legalmente permitida",¹⁶ debe tenerse en cuenta que se está valorando una conducta lícita. Por tanto, al no afectar derechos ajenos, la Corte concluyó que no se altera efectivamente ningún bien jurídico, "de manera que el comportamiento que se le atribuye carece de antijuricidad material y, en consecuencia, no puede ser sancionado porque no alcanza la categoría de una conducta punible".¹⁷

Este cambio jurisprudencial es positivo por dos razones. En primer lugar, garantiza una interpretación de la ley más flexible para los usuarios y usuarias que no conocen con certeza la cantidad de estupefacientes que corresponde a la dosis personal de cada sustancia. Además, esta visión amplía la perspectiva de la Corte sobre los consumidores, ya que reconoce que existen tanto usuarios adictos como no dependientes o no problemáticos, cambiando así la jurisprudencia de 1980, que categorizaba a todos los usuarios como enfermos.

La jurisprudencia se consolidó por medio de la sentencia con radicado 31531 de 2009, en que la Corte recordó que el principio de lesividad o antijuricidad material legítima y limita el poder sancionador del Estado, por lo cual un porte de "sustancia estupefaciente en pequeña can-

¹⁶ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de radicado 29183 del 18 de noviembre de 2008, Magistrado Ponente José Leónidas Bustos Martínez.

¹⁷ *Idem*.

tidad, la cual de manera escasa sobrepasó la denominada dosis personal máxima presuntiva" no puede ser considerado un delito, pues es una acción que no lesiona el bien jurídico de la salud pública, debiéndose entonces absolver al procesado.¹⁸

En 2009 el Congreso promulgó el Acto Legislativo 02, que modificó el artículo 49 de la Constitución Política referente al derecho a la salud, añadiendo el siguiente apartado: "el porte y consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica". Asimismo, la Ley 1453 de 2011 —Estatuto de Seguridad Ciudadana—, eliminó muchos beneficios procesales y aumentó las penas para los delitos relacionados con drogas, a la par que eliminó la expresión "salvo lo relacionado con la dosis personal" del Código Penal cuando sancionaba el porte. Esto causó confusión de parte de muchos operadores judiciales que pensaron que estas dos reformas, constitucional y legal, repenalizaban el porte de la dosis personal, hasta que la Corte Constitucional resolvió el problema en el año 2012, afirmando que las disposiciones sobre la dosis personal consagradas en la Ley 30 de 1986 no se encontraban derogadas y que el porte de la dosis personal no podía ser penalizado.¹⁹

La primera sentencia de la Corte Suprema después de estas modificaciones legislativas es interesante por la forma como interpreta estos cambios. La modificación del artículo 49 de la Constitución se interpreta en forma garantista, ya que se considera que "bajo ningún supuesto es posible avalar un procedimiento sancionatorio para un enfermo que padece de adicción a sustancias alucinógenas, en el entendido en que el Estado no puede exigirle al individuo el cuidado de su propia salud".²⁰

¹⁸ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de radicado 31531 del 8 de julio de 2009, Magistrado Ponente Yesid Ramírez Bastidas.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-491 de 2012, 28 de junio de 2012, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva. Para más información ver el capítulo referente a la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

²⁰ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de radicado 35978 del 17 de agosto de 2011, Magistrado Ponente Fernando Alberto Castro Caballero.

Mientras que, con respecto al Estatuto de Seguridad Ciudadana y en correspondencia con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Corte Suprema establece que el porte de las cantidades establecidas en la Ley 30 de 1986 no puede ser penalizado. Entonces, de manera muy eficiente, las Altas Cortes dejaron sin efectos las consecuencias más punitivas de las reformas adoptadas por el Congreso.

El caso que da lugar a la sentencia analiza la situación de un hombre que fue sorprendido portando 80 gramos de marihuana. En el transcurso del proceso esa persona logró demostrar, a partir del peritaje de un psiquiatra, su adicción a la sustancia. Asimismo, la Fiscalía no presentó elementos materiales probatorios que permitieran inferir que dicha sustancia estaba destinada al tráfico. Tanto el juez de primera como de segunda instancia consideraron que una cantidad de marihuana cuatro veces superior al umbral fijado en la ley, afectaba significativamente el bien jurídico tutelado. La Corte Suprema coincidió con los jueces de instancia, pues consideró que el "adicto, si bien es una persona enferma, no puede llevar libremente cantidades de estupefaciente que desbordan gravemente lo tolerado, pues sólo puede concluirse un fin de consumo, cuando la cantidad se encuentra en los topes definidos como dosis personal o superados ligeramente".²¹

Esta sentencia deja ver una Corte Suprema vacilante, pues en abstracto defiende visiones avanzadas, pero en las decisiones concretas se abstiene de asumir las implicaciones de esas concepciones, que ha sido una tendencia de su jurisprudencia en estos 30 años. Así, ante el recrudescimiento de las tendencias punitivas en las leyes relacionadas con drogas mediante la modificación del concepto de dosis personal, en este caso mediante su eliminación, la Corte Suprema brindó interpretaciones acordes con la Constitución, principalmente relacionadas con el derecho al libre desarrollo de la personalidad y al debido proceso. Sin embargo, la

²¹ *Idem.*

aplicación de la decisión en concreto mantiene la jurisprudencia anterior, en la cual existen presunciones contra los consumidores que no pueden ignorarse, pues los límites a los umbrales —independientemente del grado de la adicción de la persona— sólo pueden ser superados ligeramente.

En una providencia del 2014, la Corte sistematizó su jurisprudencia alrededor de dos fases: una primera, denominada "de interpretación de textos legales, sin tomar en consideración argumentos de carácter constitucional", y la segunda, denominada "de la tesis de ausencia de anti-juricidad material de la conducta". En esta ocasión, la Corte Suprema no tuvo en cuenta las sentencias anteriores a la expedición del Estatuto Nacional de Estupefacientes de 1986. Asimismo, dado que todas las sentencias presentadas por la Corte ya han sido abordadas en este artículo, no se considera pertinente traer a colación las citas que se presentan en esa sentencia.

El argumento que la Corte brinda para explicar la conceptualización de estas dos fases son las formas de interpretación de la ley. Para el primer momento, las describe por su aplicación de los clásicos métodos de interpretación de la ley (*v.gr.* *exegético*, *sistemático*, *histórico* y *teleológico*); mientras que para el segundo momento usa una interpretación de ponderación de derechos alrededor de los principios de lesividad y anti-juricidad. Según la Corte, en un primer momento, la respuesta de parte del Estado al consumidor (siempre interpretado como enfermo) se daba mediante el derecho penal, aunque de manera diferenciada respecto al narcotraficante. Mientras que, en el segundo momento, y en especial a raíz de la sentencia C-221 de 1994, la respuesta a la persona consumidora no se da desde la represión o del derecho penal, en el entendido en que el "porte de dosis para fines de uso exclusivamente personal, en las cantidades establecidas por el legislador, es una conducta atípica, por cuanto no afecta bienes jurídicos ajenos, distintos de la salud propia del consumidor".²²

²² Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de radicado 33409 del 3 de septiembre de 2014, Magistrado Ponente José Leónidas Bustos Ramírez.

En el mismo año, la Corte revalora su jurisprudencia. Se trata de un caso en que una persona es capturada con 54 gramos de marihuana y 0.8 gramos de cocaína. La persona es absuelta en primera y segunda instancia debido a que probó su adicción, la sustancia no estaba fraccionada en cantidades pequeñas y los policías que hicieron la captura declararon que en el momento de la aprehensión la persona estaba consumiendo la sustancia. La demanda de casación es presentada por la Fiscalía. En un primer momento, la Sala reconoce que al momento de analizar el caso la regla de decisión era que, si una persona porta una cantidad ligeramente superior a la dosis legal, entonces su conducta "carecerá de lesividad por su insignificancia", pero que, si ya la cantidad es "superior, aun cuando sea para el propio consumo, siempre será anti-jurídico porque hace presumir —de derecho— el riesgo para la salud pública, el orden socioeconómico y la seguridad pública". Según la Corte Suprema, "cuando el exceso es mínimo la presunción de antijuridicidad es *iuris tantum* porque admite prueba en contrario, como la del fin de consumo, mientras que cuando el exceso es mayor la presunción es *iuris et de iure* porque no admite controversia probatoria alguna".²³

La Corte reconoce que debe modificar la línea jurisprudencial por cuatro razones. En primer lugar, porque en función de argumentos constitucionales, doctrinales y de derecho comparado esgrimidos en anteriores sentencias, es claro que el porte de estupefacientes para el consumo propio no afecta significativamente los bienes jurídicos tutelados. En segundo término, la Corte considera que la jurisprudencia anterior establecía un tipo de presunción cuando la conducta superaba ligeramente el umbral de la dosis personal y otro, cuando lo superaba ampliamente, sin que existiera ningún tipo de justificación para dicho trato diferenciado. En tercer lugar, la Corte considera que el Acto Legislativo No. 02 de 2009 erigió a la persona consumidora de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, especialmente al adicto, como sujeto de protección cons-

²³ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de radicado 42617 del 12 de noviembre de 2014, Magistrado Ponente Gustavo Enrique Malo Fernández.

titucional reforzada. Por último, porque la realidad social en torno a la política de drogas y sus fracasos obligan a la judicatura a una reflexión permanente de su jurisprudencia.

La modificación que realiza esta sentencia es que "la presunción de anti-juridicidad para los delitos de peligro abstracto como es el de fabricación, tráfico y porte de estupefacientes, es *iuris tantum siempre*, y no sólo cuando se trate de excesos ligeros a la dosis de uso personal".²⁴ Esto significa que en todos los casos en que se aprehenda a una persona portando estupefacientes se admitirá prueba en contrario, con el objetivo de convencer al juez de que su conducta no afecta significativamente al bien jurídico tutelado y por tanto no hay delito. Por último, la Corte hace una recomendación de política criminal, al considerar que la "Fiscalía General de la Nación, la Policía Nacional y los órganos de policía judicial deberán dirigir su persecución hacia los verdaderos traficantes de narcóticos que son quienes lesionan o ponen en peligro efectivamente los bienes jurídicos tutelados".²⁵

En este caso, la Corte decide no casar la sentencia, por lo que por primera vez se interpreta como ajustada a derecho la conducta de una persona que porta para consumo propio una cantidad de marihuana muy superior a los umbrales de la dosis personal. En esta misma providencia existen dos aclaraciones de voto que desean brindar una protección aún mayor a las personas usuarias de drogas.

Ambas aclaraciones señalan que a raíz del cambio en el artículo 49 de la Constitución, el porte de cualquier cantidad de drogas para el consumo personal es una conducta atípica, ya que el constituyente derivado dispuso que las personas usuarias de drogas sólo podían ser objeto de tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico,

²⁴ *Idem.*

²⁵ *Idem.*

eliminando cualquier respuesta penal. Asimismo, disponen que la dosis personal comprende la de aprovisionamiento, lo que retoma los planteamientos de la propia Corte esgrimidos en la sentencia de radicado 405781 del 6 de mayo de 1980.

En el 2015, la Corte decide sobre el caso de una persona que fue sorprendida con una planta de marihuana recién arrancada, cuyo peso total era de 124 gramos. El problema jurídico que se plantea es si portar una planta recién arrancada de cannabis corresponde al delito de porte y tráfico de estupefacientes o al de conservación y financiación de plantaciones, que es una distinción clave pues en Colombia es legal tener hasta 20 plantas de cannabis. La Corte acude a una definición del Decreto 3788 de 1986, que reglamentó el Estatuto Nacional de Estupefacientes, en la que se determina que "cuando se hable de plantas se entenderá no sólo el ser orgánico que vive y crece sino también el que ha sido arrancado de la tierra o del cual se conserven sus hojas".²⁶

Esta decisión resulta de vital importancia para todos los cultivadores de cannabis para uso recreativo, ya que se garantiza no sólo el derecho a cultivar sino a conservar la producción resultante del cultivo, lo que les permite tener acceso estable a la marihuana en el transcurso del tiempo.

En este periodo, que duró un poco más de 20 años, la Sala Penal transitó entonces de una interpretación de responsabilidad penal objetiva motivada por los umbrales de la Ley 30 de 1986 a una interpretación que tenía en cuenta la antijuricidad como un elemento importante de la teoría del delito, en gran parte motivada por la inserción de manera directa del principio de lesividad en el Código Penal del 2000 y por la expedición de la sentencia C-221 de 1994 de parte de la Corte Constitucional.

²⁶ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de radicado 44891 del 17 de junio de 2015, Magistrada Ponente Patricia Salazar Cuellar.

VII. Quinto periodo: la atipicidad del porte para consumo (2016-presente)

En 2016 se produjo otro cambio jurisprudencial, pues la Corte Suprema adopta los planteamientos de las aclaraciones de voto realizadas en 2014. En dicha ocasión la Corte analiza el caso de un soldado que portaba 50 gramos de marihuana; la justificación que éste brindó fue que necesitaba dicha cantidad por su adicción y porque iba a estar acuartelado, lo que le imposibilitaba comprar esporádicamente la sustancia. La Corte resuelve el caso dogmáticamente en el ámbito de la tipicidad y no de la antijuricidad a partir de las modificaciones introducidas por el Acto Legislativo 02 de 2009, modificando su jurisprudencia en el entendido de que la atipicidad de la conducta "dependerá de la finalidad cierta (no supuesta o fingida) de su consumo personal", lo que puede desvirtuarse según las circunstancias de cada caso "como cuando la cantidad supera exageradamente la requerida por el consumidor, adicto o enfermo, o la intención es sacarla o introducirla al país, transportarla, llevarla consigo, almacenarla, conservarla, elaborarla, venderla, ofrecerla, adquirirla, financiarla, suministrarla o portarla con ánimo diverso al consumo personal".²⁷

Esta evolución jurisprudencial es muy importante dada la naturaleza que tuvo el Acto Legislativo 002 de 2009. Su trámite, liderado por el gobierno de Álvaro Uribe, tenía por objetivo eliminar por medio de una reforma constitucional la despenalización de la dosis personal de drogas ilícitas que había declarado la Corte Constitucional en su sentencia C-221 de 1994, a fin de poder dar un tratamiento represivo al consumo de sustancias psicoactivas. Esto se evidencia en que el proyecto de acto legislativo presentado por el gobierno establecía originalmente limitaciones temporales al derecho a la libertad, que afortunadamente fueron

²⁷ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de radicado 41760 del 9 de marzo de 2016, Magistrada Ponente Gustavo Enrique Malo Fernández.

eliminadas por la plenaria de la Cámara de Representantes. Sin embargo, la prohibición de carácter constitucional, que fue celebrada por el gobierno de ese entonces, terminó siendo un criterio interpretativo para la Sala Penal que paradójicamente beneficiaría a los derechos de las personas consumidoras.

Este cambio dogmático de considerar que se trata de un problema de atipicidad, que a primera vista pudiese parecer superfluo, tiene implicaciones procesales importantes. En el código de procedimiento penal colombiano la atipicidad de la conducta es una causal objetiva de preclusión (una forma de extinción de la acción penal), por lo que, en todos los casos similares, los fiscales pueden solicitar que se terminen los procesos sin llegar a juicio. En el mismo sentido, el reconocimiento de la existencia de un elemento subjetivo dentro del tipo penal sugiere que la Fiscalía tiene la obligación de esclarecer si la sustancia está orientada al uso personal o al tráfico.

Esta posición se consolidó pacíficamente en varias providencias ulteriores.²⁸ Incluso, un año después, se produjo una sentencia que clarificó el principio de presunción de inocencia en los delitos relacionados con drogas. En aquella ocasión, la Corte reconoció que es "la Fiscalía a quien compete la demostración de cada uno de los elementos del tipo penal, entre ellos, la acreditación probatoria de los fines del porte de estupeficientes relacionados con la distribución o tráfico de los mismos".²⁹ Este cambio debió haber acontecido desde 2004, cuando se adoptó el sistema penal acusatorio en Colombia, puesto que uno de los pilares

²⁸ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de radicado 43512 del 6 de abril de 2016, Magistrada Ponente Eugenio Fernández Carlier. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de radicado 43725 del 15 de marzo de 2017, Magistrado Ponente Eugenio Fernández Carlier. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de radicado 44997 del 11 de julio de 2017, Magistrada Ponente Patricia Salazar Cuellar. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de radicado 50512 del 28 de febrero de 2018, Magistrada Ponente Patricia Salazar Cuellar.

²⁹ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de radicado 44997 del 11 de julio de 2017, Magistrada Ponente Patricia Salazar Cuellar.

fundamentales del debido proceso en este tipo de sistema penal es la presunción de inocencia. Sin embargo, desde el primer Estatuto Nacional de Estupefacientes y hasta esta sentencia, la persecución de estos tipos penales obedecía a una lógica de presunción de culpabilidad cuando la cantidad portada superaba la dosis personal.

El anterior argumento se ve ejemplificado en la sentencia de segunda instancia del mismo caso, puesto que el juez califica como traficante a la persona porque, al momento de la captura, la persona tenía billetes de diferentes denominaciones y la cocaína se encontraba porcionada en bolsas pequeñas. Con respecto a esta valoración, la Corte Suprema de Justicia estableció la siguiente pauta:

Lo habitual en materia de microtráfico de sustancias prohibidas, es que la droga se venda en dosis menores, por lo que es una obviedad comprender que si esa es la forma que reviste la venta en cuanto a su presentación, pues esa es la misma manera en que se adquiere. Por lo tanto, de esa característica no puede deducirse que el acusado era el vendedor, cuando de ella podía inferirse, con la misma probabilidad, que era el comprador de la sustancia.³⁰

En cuanto al hallazgo en poder del acusado de billetes de diferentes denominaciones, no se comprende lo que quiso significar el Tribunal al resaltar esa circunstancia, más allá de entreverse en su apreciación una *odiosa postura discriminatoria* deduciendo que el hecho de que un artesano llevara \$83.000 en los bolsillos podría ser indicativo de una conducta de narcotráfico, cuando ninguna conexión estableció entre el dinero y alguna acreditada acción referida a la comercialización de las sustancias que portaba, de manera que se ofreciera con algún grado de credibilidad que esa suma fuera producto de la realización de un comportamiento ilícito.³¹ [Las cursivas son de los autores]

³⁰ *Idem*

³¹ *Idem*.

Un año después de la expedición de esta sentencia, el Fiscal General de la Nación de ese entonces junto con un grupo de políticos conservadores tramitaron un proyecto de ley que proponía que se tuviera como indicio para que el porte se considerara tráfico, el hecho de tener porcionadas las dosis o de tener dinero sencillo al momento de la captura. Asimismo, establecían que cuando se portara el doble de la dosis personal se debía presumir que la persona era un traficante y, por tanto, debía ser responsabilizado penalmente. Afortunadamente, este proyecto de ley, que cristalizaba la odiosa postura discriminatoria de cierto sector de la sociedad colombiana y, además, contrariaba las órdenes de la Corte Constitucional sobre la necesidad de establecer una política criminal no reactiva con el objetivo de reducir el hacinamiento carcelario,³² no se convirtió en ley.

Asimismo, en otra sentencia, la Corte Suprema determinó que en los casos en que los procesados se hayan allanado a cargos sin que obren pruebas de que la cantidad de droga que portaban estaba destinada a comercialización, el recurso de casación es procedente.³³ Esto, en virtud de que cuando se vulneran garantías fundamentales por medio de errores en la valoración judicial, el recurso de casación, inclusive si se da de manera oficiosa, es la herramienta ideal para subsanar estas vulneraciones.

Esta precisión es muy importante, ya que permite revisar casos en los que, pese a que la conducta no fue típica, la persona no contó con una defensa técnica adecuada y terminó aceptando los cargos que le eran imputados. Incluso, esta postura permitiría, mediante el recurso extraordinario de revisión, buscar la absolución de muchas de las personas usuarias de drogas que hoy están privadas de la libertad sin ninguna

³² Corte Constitucional, sentencia T-388 de 2013, 28 de junio de 2013, Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa.

³³ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de radicado 46848 del 14 de marzo de 2018, Magistrada Ponente Patricia Salazar Cuellar.

prueba de que la sustancia que portaban estuviera destinada a la comercialización.

Un año después, otras sentencias depuraron aún más la jurisprudencia. En primer lugar, en el caso de radicado 49421, la Corte Suprema no casa una sentencia en la que un procesado con 450 gramos de marihuana señala que la sustancia estaba destinada exclusivamente a su consumo personal.³⁴ Sin embargo, el procesado reconoce que la marihuana era para dos personas. En este caso, la Corte Suprema, al interpretar que se estaba poniendo en riesgo la salud de otra persona y la cantidad de la sustancia se tornaba desproporcionada, consideró que existió responsabilidad penal.

Esta sentencia hubiera podido brindar un análisis más complejo en torno a un problema que ha sido reconocido por la jurisprudencia española: los casos de bolsa compartida.³⁵ En esta teoría, se afirma que no habrá responsabilidad penal cuando la persona sorprendida con una cantidad mayor a la dosis personal logra probar que la sustancia iba a ser repartida entre varios consumidores habituales, que le habían dado el dinero para comprar la totalidad de la droga. Si bien en este caso, incluso dividiendo la droga en dos porciones, 225 gramos pueden resultar desproporcionados, éste podría ser uno de los problemas jurídicos que la Corte podría abordar en el futuro.

En el caso de radicado 53157, la Corte tampoco casa la sentencia en donde se condena a una persona por portar 100 gramos de marihuana distribuidos en 71 cigarrillos.³⁶ Esto, en virtud de que los patrulleros que capturaron al procesado habían recibido una denuncia en donde se constataba que una persona con las características del sindicado se encon-

³⁴ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de radicado 49421 del 15 de agosto de 2018, Magistrado Ponente José Luis Barceló Camacho.

³⁵ Jacobo Dopico, *La jurisprudencia de la atipicidad*, Valencia, Tirant le Blanch, 2013.

³⁶ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de radicado 53157 del 6 de marzo de 2019, Magistrado Ponente Eyder Patiño Cabrera.

traba vendiendo marihuana en las calles y al abordarlo, encontraron 7 paquetes más escondidos encima de la llanta de un carro.

Los últimos pronunciamientos³⁷ han consolidado la jurisprudencia y lo más llamativo es que en ambos, la Fiscalía ha coadyuvado la pretensión de los demandantes y ha solicitado que se absuelva a los procesados, ya que dentro del proceso no se aportaron pruebas que permitieran concluir que el porte de los sindicados estaba destinado al tráfico. Asimismo, en la providencia de radicado 54041, la Corte puntualizó que, bajo ningún supuesto, tornarse nervioso frente a la presencia policial puede usarse como regla general para indicar que se trata de un delincuente que está consciente de que comete una conducta prohibida.³⁸

Este periodo, que sigue en curso, se ha caracterizado por ser el más rico en elementos dogmáticos en favor de las personas consumidoras. En primer lugar, tanto temporalmente como en importancia, se encuentra el cambio de falta de antijuricidad a atipicidad en la valoración del porte de *cannabis*. Esta modificación, motivada por el Acto Legislativo 02 de 2009, permite que los casos de los usuarios de drogas sean abordados desde una perspectiva administrativa y no penal. La Corte Suprema puntualizó entonces que la carga de probar de que el porte de drogas está orientado hacia el tráfico corresponde siempre a la Fiscalía y, por tanto, no existen presunciones ni de hecho ni de derecho. Asimismo, la Corte dispuso que no puede tenerse en cuenta como único indicio para tal fin, el hecho de tener dinero o sencillo, la droga porcionada o de tornarse nervioso ante la autoridad policial. Por último, en lo que respecta al cultivo, la Corte ha señalado que debe interpretarse que las plantas recién arrancadas siguen siendo plantas, y por tanto almacenar el producto del autocultivo es una conducta atípica, siempre y cuando se gese con un número menor a 20 unidades.

³⁷ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de radicado 51556 del 13 de noviembre de 2019, Magistrada Ponente Patricia Salazar Cuellar.

³⁸ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de radicado 54041 del 20 de noviembre de 2019, Magistrado Ponente Jaime Humberto Moreno Acero.

VIII. Conclusiones: una jurisprudencia con orientación crecientemente garantista, pero con hesitaciones

El elemento transversal a todas las sentencias es el concepto de dosis personal y su tratamiento. El problema jurídico que a lo largo de los años la Corte ha tratado es cómo diferenciar el porte destinado al consumo personal y el que está orientado hacia el tráfico. En un primer momento, se acudía únicamente a la pericia de un médico, luego se utilizó un criterio mixto, en el cual existían umbrales objetivos, pero al asomo de duda se acudía a la experticia de un médico legista. Con el recrudecimiento de la violencia promovida por los cárteles del narcotráfico y los cambios legislativos que esto suscitó, se regresó a un sistema de umbrales y de responsabilidad penal objetiva, en el que se presumía la culpabilidad por tráfico si el porte sobrepasaba el umbral. Con el pasar del tiempo esta postura volvió a ser inaplicada, para hoy en día tener un esquema de presunción de inocencia, en el cual el porte de cannabis para uso personal se tiene como una conducta atípica (en una cantidad razonable) a menos que la Fiscalía General de la Nación pruebe lo contrario.

En todo caso, desde el comienzo de la jurisprudencia han existido elementos sólidos que permiten diferenciar cuando el porte está destinado a satisfacer el consumo personal y cuando está orientado al tráfico. Por ejemplo, los contextos donde se lleva a cabo la conducta, la denuncia previa, el testimonio de la persona implicada y de los funcionarios y funcionarias de policía que llevan a cabo la captura, entre otros. E incluso, existen otros elementos de investigación aún más certeros, que no son abordados dentro de la jurisprudencia, tales como las compras controladas o el seguimiento a personas. Por ello, y al contrario de lo que afirman algunos políticos autoritarios y funcionarios de la Fiscalía General de la Nación y de la Policía, la actual estructuración de los delitos y el precedente jurisprudencial permiten distinguir a los consumidores de los expendedores.

Para el Alto Tribunal colombiano no existe una distinción en términos jurídicos entre las drogas ilícitas. Cocaína y marihuana reciben la misma valoración judicial benigna, en tanto se trate de las circunstancias descritas en cada etapa jurisprudencial. Dentro de la búsqueda no se encontró una providencia que valorara casos con otras drogas ilícitas, lo que permitiría hacer una valoración más completa del tratamiento judicial a los diferentes tipos de drogas. En una perspectiva cuantitativa, las sentencias que abordan la marihuana corresponden al 54% de los casos, las de cocaína al 35% y las que tratan las dos sustancias al mismo tiempo al 11%.

En las primeras sentencias, todos los consumidores y consumidoras eran vistos como enfermos que merecían ser privados de la libertad —de manera diferenciada a los traficantes— o someterse a un tratamiento de forma obligatoria. A raíz de la sentencia C-221 de 1994, se eliminaron las multas, arrestos y tratamientos forzados para el porte de la dosis personal. Sin embargo, no había en la jurisprudencia de la Corte Suprema un reconocimiento formal de la posibilidad de que existieran consumos no problemáticos. En el 2008, a raíz de la sentencia de radicado 29183, hay una bifurcación en torno a la cual la Corte Suprema concibe la existencia de usuarios adictos y usuarios no dependientes, lo que estructura por primera vez, el reconocimiento del consumo más allá de la enfermedad. Empero, esta posición no ha sido ampliada por la jurisprudencia, dando como resultado que todos los usuarios y usuarias no dependientes se cataloguen como adictos para así, bajo el amparo del artículo 49 de la Constitución, hacerse acreedores de los beneficios que tiene la jurisprudencia.

El recorrido presentado en el texto evidencia que la Corte Suprema de Justicia en la interpretación de los delitos relacionados con drogas ha tenido dos tipos de comportamientos: de un lado, ha habido etapas en que la Corte Suprema tendió a guardar silencio y aceptó acríticamente tendencias legislativas muy autoritarias, validando sentencias de prisión largas para consumidores, lo cual sucedió entre 1986 y 2008. De otro lado, en otros momentos, la Corte Suprema ha buscado activamente proteger los dere-

chos de las personas usuarias, incluso frente a reformas legales represivas que, con el argumento de perseguir al narcotráfico, afectaban sus derechos. Eso sucedió desde 1974 hasta 1986 y parece ser la tendencia desde 2008 hasta el presente.

Esta evolución lleva a dos conclusiones: de un lado, la Corte Suprema de Colombia, a pesar de sus hesitaciones y ambigüedades previas, está desarrollando una jurisprudencia cada vez más garantista de los derechos de las y los consumidores, que merece ser conocida, pues brinda pistas de que es posible interpretar en clave de garantías constitucionales y de derechos humanos la legislación sobre drogas. De otro lado, esta jurisprudencia, con sus luces y sombras, muestra que los jueces penales, especialmente las Altas Cortes, no son aplicadores mecánicos de la ley penal sino que tienen responsabilidades éticas al interpretar estas normas sobre drogas, que usualmente tienden a ser represivas e irracionales debido al populismo punitivo que acompaña estas políticas: pueden guardar silencio frente a su irracionalidad y aplicarlas duramente, ocasionando inmensos sufrimientos a los consumidores, como lo hizo la Corte Suprema en sus peores momentos; o, por el contrario, invocando principios constitucionales y de derechos humanos, pueden morigerar esa irracionalidad punitiva y defender los derechos de las personas usuarias, como lo ha hecho esta misma Corte Suprema en sus mejores momentos, especialmente en estos últimos años.

IV. ECUADOR

1. Contexto nacional

Ecuador es un país de América del Sur, ubicado sobre la cordillera de los Andes y que limita con el océano Pacífico, Colombia y Perú —dos de los países con mayor cantidad de cultivos de hoja de coca en el mundo—. Su población alcanzaba para 2018 un total de 17'096,789 habitantes, según el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC).¹

Según información de UNODC de 2010, al comparar los datos de la región andina en materia de extensión de cultivos de hoja de coca, Ecuador representaba menos de 0.04% del promedio. Esto, teniendo en cuenta que el promedio regional de cultivos era de 51,000 hectáreas para ese año.² En lo que se refiere a cifras asociadas al uso de drogas, de acuerdo con los resultados de la Encuesta Nacional sobre uso y consumo de drogas

¹ "La población de Ecuador superó los 17 millones de habitantes", *El Comercio*, 13 de octubre de 2018. Disponible en: «<https://www.elcomercio.com/actualidad/poblacion-ecuador-supera-millones-habitantes.html>».

² Véase Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Informe técnico de indicadores de cultivos ilícitos en Ecuador*, 2011. Disponible en: «https://www.unodc.org/documents/peruandecuador/Informes/monitoreo-ecu/Ecu10_Coca_Survey.pdf».

en estudiantes de enseñanza media practicada en 2015, el 12.65% de las personas encuestadas entre 12 y 17 años consumió alguna droga ilícita, teniendo un mayor uso la marihuana con un 9.57%.³

Como respuesta al contexto de consumo y en concordancia con el sistema internacional de fiscalización de drogas, la política de drogas ecuatoriana reciente se puede dividir en dos momentos que responden a dos enfoques: el primero, a partir del resultado de la Asamblea Constituyente de 2008; y el segundo, implementado en 2015 como respuesta a la coyuntura nacional e internacional.⁴

En relación con el primer momento, vinculado con el proceso constituyente del Ecuador, se tomaron medidas que podrían asociarse con un enfoque de derechos humanos: i) indulto general a las personas denominadas "mulas" del narcotráfico; ii) establecimiento de los umbrales de tenencia de sustancias para el consumo personal; iii) inclusión de proporcionalidad de las penas para delitos relacionados con drogas en el Código Orgánico Integral Penal (COIP); y iv) implementación de una escala para diferenciar entre pequeños y grandes traficantes.

Igualmente, la Constitución ecuatoriana de 2008 dispone en su artículo 364 que las adicciones deben ser abordadas como un asunto de salud pública, por lo que se prohíbe expresamente la criminalización de las personas que usan drogas y la vulneración de sus derechos.⁵

Ministerio de Gobierno, UNODC: *Cultivos de coca en Ecuador representan el 0,04% de la región*. Disponible en: «<https://www.ministeriodegobierno.gob.ec/unodc-cultivos-de-coca-en-ecuador-representan-el-004-de-la-region/>».

³ Véase *El Telégrafo*. "El 39% de consumidores probó más de una droga". 16 de julio de 2017. Disponible en: «<https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/702/51/el-39-de-consumidores-probo-mas-de-una-droga>».

⁴ FES-ILDIS, Gudiño Pérez, Daniel y Vélez Rodríguez (coords.), *Política de drogas en Ecuador: un balance cuantitativo para transformaciones cualitativas*, 2017. Disponible en: «<https://library.fes.de/pdf-files/bueros/quito/13594.pdf>».

⁵ Constitución de la República del Ecuador, artículo 364. Disponible en: «https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-const.pdf».

Vale la pena resaltar también el proyecto de ley presentado en 2016 por parte de la Presidencia orientado a regular el cultivo, cosecha, industrialización, almacenamiento y comercialización para uso medicinal y terapéutico del cannabis.⁶ Esta iniciativa surge como respuesta a la necesidad de seguir el camino trazado por otros países de la región como Chile, Uruguay y Colombia.⁷

Por su parte, el segundo momento se da a partir de la reforma de 2015 y atiende a un enfoque que refuerza el prohibicionismo, el punitivismo y la criminalización, modificando los umbrales establecidos en 2008 para la tipificación de delitos e incrementando las penas para los delitos relacionados con sustancias estupefacientes y psicotrópicas.⁸ Sumado a esto, en octubre de 2017, el entonces presidente Rafael Correa radicó un proyecto de ley destinado a criminalizar la tenencia para abastecer el consumo de drogas con una sanción de uno a tres años de cárcel, equiparándose a la sanción que se da a quienes microtrafican.⁹

La jurisprudencia también desempeñó un papel fundamental en lo que podría denominarse un retroceso y un proceso de reformar lo ya reformado. La Corte Nacional de Justicia, por medio de la resolución 12-2015 (fallo de triple reiteración) decidió aplicar la acumulación de penas por delitos relacionados con el tráfico de drogas hasta por 40 años de encarcelamiento.¹⁰

⁶ Paladines, Jorge, "Consumir y castigar. La penalización del consumo en tiempos de cólera", *La Barra Espaciadora*, 2017. Disponible en: «<https://labarraespaciadora.com/libertades/consumir-y-castigar-penalizacion-consumo/>».

⁷ "Uso medicinal de cannabis en Ecuador se plantea en proyecto de ley", *El Universo*, 14 de junio de 2016. Disponible en: «<https://www.eluniverso.com/noticias/2016/06/14/nota/5635503/uso-medicinal-cannabis-se-plantea-proyecto-ley>».

⁸ FES-ILDIS, Gudiño Pérez, Daniel y Vélez Rodríguez (coords.), *Política de drogas en Ecuador: un balance cuantitativo para transformaciones cualitativas*, 2017. Disponible en: «<https://library.fes.de/pdf-files/bueros/quito/13594.pdf>».

⁹ Paladines, Jorge, "Consumir y castigar. La penalización del consumo en tiempos de cólera", *La Barra Espaciadora*, 2017. Disponible en: «<https://labarraespaciadora.com/libertades/consumir-y-castigar-penalizacion-consumo/>».

¹⁰ Corte Nacional de Justicia, resolución 012 de 2015. Disponible en: «http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/2015/15-12%20Derogado%20por%20la%20Resolucion%2002-2019.pdf».

El resultado de este segundo momento de reforma se reflejó rápidamente en un incremento de 60% en el número de personas detenidas durante el primer semestre de 2016. Así que, mientras en el primer semestre de 2015 hubo 4,629 personas detenidas por tenencia o droga ilícita, en el mismo periodo de 2016 fueron detenidas 7,413 personas.¹¹ Al estudiarse esta comparación según el tipo de sustancia se evidencia que las detenciones por marihuana se incrementaron en 52%, por heroína, 60%; por pasta base, un 85%, y por clorhidrato de cocaína disminuyeron en 36%.¹²

Además, a pesar de la prohibición constitucional de criminalización por posesión de drogas, la Defensoría Pública informó que el 88.8% de personas remitidas al sistema penal son aprehendidas por la simple tenencia. Entre 2007 y 2014, las cifras de aprehensiones fueron las siguientes: 232 por el delito de comercialización o elaboración, 515 por el delito de tráfico ilícito y 15,532 por el delito de tenencia o posesión. Lo que quiere decir que hubo un promedio de 2,220 personas detenidas al año por tenencia o posesión de drogas, que requirieron apoyo de la Defensoría Pública.¹³

Si bien, la política de drogas ecuatoriana de la última década se ha movido entre dos enfoques contradictorios entre sí, considerándose en algún momento como reformista por sus cambios orientados a reconocer el daño de la guerra contra las drogas en ciertos sectores de la población, ésta fue mutando de nuevo hacia un enfoque punitivo que desconocía los avances alcanzados en la garantía de derechos. En la actualidad, pueden vislumbrarse iniciativas orientadas hacia ambos enfoques.

¹¹ FES-ILDIS, Gudiño Pérez, Daniel y Vélez Rodríguez (coords.), *Política de drogas en Ecuador: un balance cuantitativo para transformaciones cualitativas*, 2017. Disponible en: «<https://library.fes.de/pdf-files/bueros/quito/13594.pdf>».

¹² *Idem*.

¹³ FES-ILDIS, Paladines, Jorge, *En busca de la prevención perdida: reforma y contrarreforma de la política de drogas en Ecuador*, 2016. Disponible en: «<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/quito/12566.pdf>».

Por un lado, la Corte Nacional de Justicia dejó sin efectos la acumulación de penas establecida en la resolución 12 de 2015, estableciendo a través de la resolución 02 de 2019, que en los casos relacionados con sustancias sujetas a fiscalización, y cuya conducta delictiva se realice por medio de uno o varios verbos rectores del artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal, atribuibles a una misma persona en unidad de tiempo y acción, se debe aplicar el concurso ideal de delitos, por lo que se punirá únicamente la conducta más severamente sancionada en el tipo penal.¹⁴

Mientras que, por otro lado, el 17 de septiembre de 2019 fue aprobada la reforma al Código Orgánico Integral Penal con el fin de regular legislativamente la tenencia o posesión de fármacos que contengan el principio activo del cannabis o sus derivados con fines terapéuticos, paliativos, medicinales o para el ejercicio de la medicina alternativa. Igualmente, a partir de dicha reforma, se estableció que la autoridad sanitaria podrá autorizar la siembra, cultivo, cosecha de plantas que contengan principios activos de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, exclusivamente en la producción de medicamentos, que se expendrán bajo prescripción médica y para investigación.¹⁵

Según algunas organizaciones internacionales dedicadas a estudiar la política de drogas, el proceso de reforma ecuatoriano está siendo empujado por sectores políticos denominados como progresistas de la mano de los aportes de la academia en la materia. Igualmente, el papel de la Defensoría Pública del Ecuador ha sido determinante a la hora de visibilizar los efectos de la legislación prohibicionista y la necesidad de apos-

¹⁴ Corte Nacional de Justicia, resolución 02 de 2019. Disponible en: «http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/2017/19-02%20Triple%20reiteracion%20concurso%20ideal%20de%20delitos%20en%20drogas.pdf».

¹⁵ "¿Qué aprobó la Asamblea en torno al uso medicinal del cannabis?" *El Comercio*, 18 de septiembre de 2019. Disponible en: «<https://www.elcomercio.com/actualidad/asamblea-medical-cannabis-terapeutico-ecuador.html>».

tarle a cambios. No obstante, existen pocas organizaciones de la sociedad civil, de los movimientos sociales o activistas de la regulación realizando labores de incidencia en las reformas legislativas y apostándole a la des-criminalización de las personas que usan drogas.¹⁶

¹⁶ TNI. *Reforma de la ley de drogas en Ecuador: guía básica*. 2015. Disponible en: «<https://www.tni.org/my/node/22564#7a>».

2. Dosis de inocencia: Posesión y umbrales en la justicia ecuatoriana

Jorge Vicente Paladines Rodríguez*

SUMARIO: I. Introducción: ¿por qué es importante estudiar el caso ecuatoriano? II. El poder de un artículo. III. La fórmula de la posesión. IV. La fórmula del tráfico. V. El ataque y defensa a los umbrales. VI. A modo de conclusión: una nueva amenaza.

I. Introducción: ¿por qué es importante estudiar el caso ecuatoriano?

En el plano internacional, Ecuador forma parte de la lista de países que han sido condenados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la violación de varios de los derechos consagrados en la Convención Americana, en especial por el abuso de la controvertida institución procesal de la prisión preventiva. En este sentido, casos como Suárez Rosero (1997), Tibi (2004), Acosta Calderón (2005), Chaparro Lapo (2007), Herrera y otros (2016), forman parte del ya conocido prontuario de la

* Abogado (Summa Cum Laude) por la Universidad de Guayaquil; Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Andina "Simón Bolívar" (UASB); Máster en Ciencia Política por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO); posgrado en Ciencias Penales y Dogmática Penal Alemana por la Georg August Universität-Göttingen; y, Doctor en Derecho Penal por la Universidad San Carlos de Guatemala. Es profesor investigador de Criminología Crítica y Política Criminal por la UASB y profesor invitado en el Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN) y la Universidad San Carlos de Guatemala. Ha realizado estudios e investigaciones sobre justicia indígena, criminología del proceso penal, seguridad ciudadana y policía; y, situación penitenciaria. Actualmente es Profesor de la Universidad Central del Ecuador y miembro del Colectivo Drogas y Derechos (CEDD).

jurisprudencia interamericana con el objeto de proyectar nuevas líneas de interpretación jurídica y evitar la vulneración de los derechos fundamentales. No obstante, el denominador común de todos estos casos —más allá de haber sentado las líneas jurisprudenciales en torno al uso de la detención judicial o prisión preventiva— se encuentra marcado por la aplicación de la legislación antidrogas ecuatoriana. En todos ellos el detonante es la *war on drugs* llevada a cabo mediante las agencias de seguridad y justicia, siendo el ordenamiento jurídico procesal un medio donde se reproducen sus principales premisas políticas.

Detrás de las principales líneas jurisprudenciales emitidas por la Corte Interamericana se halla nada más que una implícita crítica a la "guerra contra las drogas". Así, el abuso en la aplicación de la prisión preventiva —develado especialmente a través del afamado caso planteado por el ciudadano francés Daniel Tibi contra Ecuador—,¹ se muestra como el resultado de una cruda práctica político-criminal. La política de drogas en Ecuador ha permeado en la estructura de la legislación penal mediante el desarrollo de una penalidad de excepción, es decir, por fuera de su reformado Código Penal. Paralelamente a los tipos penales de mayor usanza y de reporte en las estadísticas, las leyes de drogas del Ecuador se han promulgado por "cuerda separada". Aquello implica el mantenimiento de un orden jurídico-penal autónomo de la parte general y especial de su derecho penal sustantivo, así como de los principios que invocan el debido proceso a lo largo de la legislación procesal. No tan distinta ha sido la evolución normativa de las disposiciones de carácter penitenciario, las cuales han creado un histórico régimen de excepción que impidió la aplicación de los así denominados "beneficios penitenciarios" a las personas sentenciadas por delitos relacionados con las drogas. En suma, los signos de destrucción del derecho penal.²

¹ Para un reciente e impactante análisis del caso Tibi, véase el libro escrito por su propio autor, Daniel Tibi, *900 jours, 900 nuits dans l'enfer d'une prison équatorienne* (900 días, 900 noches en el infierno de una prisión ecuatoriana), Mareuil Éditions, París, 2019.

² Zaffaroni, Eugenio Raúl y Paladines, Jorge Vicente, "La guerra contra las drogas y los signos de destrucción del derecho penal en la salud pública", en *La Ley*, revista de Derecho penal y criminología, año V, núm. 9, Thomson Reuter, Buenos Aires, octubre de 2015, pp. 3-9.

Pero el núcleo legal que concentra la aplicación de la política de drogas se encuentra en el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (Ley 108) de 1990. Se trata sin duda de la norma más usada por las agencias de seguridad y justicia del Ecuador para llevar a cabo la "guerra legal contra las drogas". Un solo artículo capaz de producir el incremento de la mayor tasa de encarcelamiento durante los 24 años de vigencia de la Ley 108. Una norma que también ha dejado en el plano de lo abstracto el legítimo derecho al libre desarrollo de la personalidad y autonomía de la voluntad, colocando en su lugar la sospecha de una acción criminógena. En definitiva, el artículo que convierte a la simple posesión en delito.

De este modo, al estudiar el caso ecuatoriano se refleja en un mismo espejo la realidad jurídica latinoamericana. A partir del papel de la justicia penal de la *Mitad del Mundo* se puede observar el pasado y presente de la garantía y vulneración de la presunción de inocencia; con ello, del entramado en cuanto a la discusión de la posesión de drogas de uso ilícito. Mediante el presente artículo se mostrarán los principales antecedentes legales, así como el estado y evolución de las fórmulas político-criminales que giran en torno a la posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, en especial tras la puesta en marcha de las "cantidades umbral" (CU) y de los efectos en la justicia, poniendo de relieve una reciente interpretación emitida por la Corte Constitucional con efecto *erga omnes*. La aplicación de los umbrales en Ecuador ha marcado un antes y después, debido a su impacto en la interpretación de la acción policial y judicial. Entre tanto, también influye en el encarcelamiento y horizonte de la política de drogas desde la perspectiva del derecho penal, exponiendo además la disonancia entre la práctica y la literatura de la ley y la Constitución. Por consiguiente, al revisar los umbrales se destaca nuevamente la posesión como institución jurídica; por ende, a la emblemática presunción de inocencia que está en su trasfondo.

II. El poder de un artículo

Fue recién en el año 2013 cuando Ecuador implantó por primera vez una política de cantidades umbral en la praxis del sistema penal. Aunque la creación y el establecimiento de la política de umbrales no vino de mano de una reforma legal ni de una decisión de corte legislativo, empató su práctica a la interpretación del artículo 62 de la Ley 108,³ el cual señalaba lo siguiente:

Quienes sin autorización legal o despacho de receta médica previa, posean o tengan, con su consentimiento expreso o tácito, deducible de una o más circunstancias, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en sus personas, ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio del que sean propietarios, arrendatarios, tenedores u ocupantes a cualquier título, o que esté bajo su dependencia o control, serán sancionados con la pena de doce a diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales.

Sin embargo, luego de la reforma del año 2004 la reincidencia por la comisión de este tipo de delito aparejaba una pena que podía llegar a veinticinco años de prisión, es decir, dentro de la entonces denominación de "reclusión mayor especial". Como se desprende a lo largo de los distintos casos donde Ecuador fue condenado ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la norma más recurrente por las agencias de seguridad y justicia había sido, precisamente, la resultante del artículo 62 de la Ley 108. La posesión de drogas se había convertido en el *nervus rerum* de la práctica policial y la justicia penal. También en la fórmula

³ La Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (Ley 108) fue promulgada el 17 de septiembre de 1990 a partir de su publicación en el Registro Oficial (R. O.) No. 523. En 2004 fue codificada, es decir, se adaptó a la decisión legislativa de aumentar las penas de dieciséis a veinticinco años de encarcelamiento, y cuyo contenido se halla en el R. O. No. 490 del 27 de diciembre de ese año.

legal que amenazaba con devorarse a la presunción de inocencia; de esta manera, en desmantelar uno de los derechos más importantes del debido proceso en todo el mundo.

Si bien la Ley 108 no ha sido la única norma portadora de la política de drogas, fue la que por más tiempo ha resultado efectiva en Ecuador. La primera ley de drogas del país tuvo apenas ocho años de vigencia (Ley de control del opio de 1916).⁴ Fue reemplazada por la Ley sobre importación, venta y uso del opio y sus derivados y de los preparados de la morfina y de la cocaína de 1924.⁵ No obstante, esta ley fue sustituida por la Ley sobre el tráfico de materias primas, drogas y preparados estupefacientes de 1958 que,⁶ para la época, carecía de impacto en la justicia penal y el encarcelamiento, toda vez que Ecuador se hallaba inmerso en un ambiente de inestabilidad político interno, así como la irreparable pérdida de su territorio como consecuencia de la Invasión Peruana de 1941. Adicionalmente, no existía aún el denominado Régimen Internacional de Control de Drogas (RICD) —o *global drugs prohibition*—,⁷ perfeccionado a través de la Convención Única de Sustancias Estupefacientes de 1961. En suma, entre 1924 y 1958 las drogas no se mostraban como la principal tarea de la política criminal nacional.

A partir de la década del setenta se precipita el carácter de las reformas legislativas sobre drogas. Sin duda, se trata del influjo de las Convenciones de 1961 y 1971, que adquirieron materialidad con la Ley de control y fiscalización del tráfico de estupefacientes de 1970,⁸ así como la reforma

⁴ Paladines, Jorge Vicente, *En busca de la prevención perdida. Reforma y contrarreforma de la política de drogas en Ecuador*, Friedrich Ebert Stiftung, Quito, 2016, p. 9.

⁵ *Idem*.

⁶ *Idem*.

⁷ Si bien *the global drug prohibition* deviene como un sistema concebido desde el seno de las Naciones Unidas, se materializa en prácticas locales de control social tanto de orden militar como policial. Al respecto, véase Harry G. Levin, "Global drug prohibition: its uses and crises", en *International Journal of Drug Policy*, vol. 14, Elsevier B.V., The Dorset Press, Dorchester, UK, 2003, pp. 145-153, en especial de la p. 145

⁸ *Ibidem*, p. 10.

que adicionó el enfoque sobre los estupefacientes en 1974.⁹ Para 1987, Ecuador había promulgado la Ley de control y fiscalización del tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas,¹⁰ en cuya corta vigencia apareció la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de 1988. La tercera gran convención internacional del RICD se convierte en una declaración de guerra contra los "cárteles" y otras formas de organizaciones criminales, que en la década del ochenta estaban azotando la realidad de muchos pueblos como el colombiano. En este contexto surge la Ley 108, vigente desde 1990 hasta 2014, dentro de un extenso periodo de efectividad y represión. Por ello, la historia de la legislación de drogas en Ecuador tiene una estrecha relación con el periodo de vigencia de esta ley, no sólo porque dentro de ella se generaron los casos por los cuales el Estado ecuatoriano ha sido condenado, sino también porque sus fórmulas siguen siendo controversiales.

Posteriormente a la Ley 108 —y luego de 24 años de vigencia—, Ecuador promulgó el denominado Código Orgánico Integral Penal (COIP), el cual entró en vigor el 10 de agosto de 2014 a pesar de haber sido promulgado el 10 de febrero del mismo año.¹¹ Su *vacatio legis* se convirtió además en una licencia que extendió la validez de la Ley 108 en cuanto a la interpretación sustantiva de sus artículos, toda vez que sus efectos procesales se desplegaron más allá del año 2015.¹² Asimismo, aunque esta ley tuvo formalmente vigencia hasta la puesta en marcha del COIP, mantuvo sus

⁹ *Idem*.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ El COIP fue publicado en el Registro Oficial No. 180 del 10 de febrero de 2014. Aquí se trasladó y reformó el capítulo de delitos de la Ley 108, dejando a esta norma vigente sólo en su parte administrativa y de salud pública. El COIP concentra toda la legislación penal del Ecuador, la cual estaba desagregada en el entonces Código Penal, Código de Procedimiento Penal, Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, así como las centenas de leyes especiales que contenían normas de carácter penal.

¹² Paladines, Jorge Vicente, "La ley de drogas más favorable: de la utopía a la miopía judicial", en *Defensa y Justicia*, revista institucional de la Defensoría Pública del Ecuador, núm. 13 (3), Quito, 2014, pp. 7-12.

efectos penales sobre la vigencia de las constituciones que habían precedido en Ecuador. La Ley 108 se mantuvo vigente a lo largo de tres distintas constituciones políticas: 1979, 1998 y 2008. Sin embargo, esta última, es decir, la actual Constitución de la República promulgada el 20 de octubre de 2008, fue la primera norma de rango constitucional que creó un principio que iba a contradecir la aplicación del mencionado artículo 62 de la Ley 108. Se trata del artículo 364 de la actual Constitución de la República del Ecuador, que reconoce por primera vez el principio de prohibición de criminalización de las y los usuarios de drogas. De este modo, se menciona lo siguiente:

Las adicciones son un problema de salud pública. Al Estado le corresponderá 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.

Se instituyó en consecuencia el derecho a no ser criminalizado, pero también una abierta contradicción entre la norma constitucional y la entonces vigente ley antidrogas. Aunque la simple posesión se había convertido en el tendón de la justicia penal, la aparición del artículo 364 *ut supra* marcaba una urgente exigencia a la política criminal. La estricta vigencia de la Ley 108 se mantuvo incluso con posterioridad a la nueva Constitución. Entre 2008 y 2014 se siguió aplicando el artículo 62, relegando la supremacía de la Constitución al estante de las promesas.

drogas para el consumo se convertía en un derecho ante la Constitución, la misma posesión se entendía como delito frente a la ley. El esquema y exégesis de la ley hizo que los efectos de la Constitución sean postergados. Para las agencias de seguridad y la administración de justicia, un solo artículo tenía más peso que el nuevo programa de derechos.

III. La fórmula de la posesión

La posesión no sólo es la figura central de la legislación de drogas. También es el marco de imputación más recurrido en las tareas de interdicción, esto significa la puerta de entrada más importante dentro del sistema penal que reproduce la guerra contra las drogas. En el ámbito internacional, la Convención de 1988 establece una "didáctica" que se presta a dudas. Mientras, por un lado, libera de penalidad a la posesión que no tiene como fin o interés el tráfico; de otro, la inscribe *per se* dentro de un esquema de reproche jurídico-penal. El tercer apartado dentro del párrafo 1a.) del artículo 3 señala que se entenderá como tipo penal a: "[l]a posesión o la adquisición de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica con objeto de realizar cualquiera de las actividades enumeradas en el precedente apartado i)"; en consecuencia, si ésta no tiene como fin la "producción", "fabricación", "extracción", "preparación", "oferta", "oferta para la venta", "distribución", "venta", "entrega", "corretaje", "envío", "envío en tránsito", "transporte", "importación" o "exportación" que se describen en el referido apartado, la posesión se vuelve neutra o simple, es decir, pierde su antijuridicidad.

A pesar de la grosera redundancia en la redacción de las convenciones para no dejar grieta alguna o espacio de libertad, la prenombrada norma parecería subrayar la protección del principio de inocencia al dejar implícitamente excluida de punitividad a la posesión que tenga como interés la realización de actividades de uso o consumo. No obstante, el párrafo 2 del mismo artículo 3 se encarga de sembrar más oscuridad a la interpretación. De este modo, se señala que:

[a] reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales conforme a su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente, la posesión, la adquisición o el cultivo de estupefacientes o sustancias sicotrópicas para el consumo personal en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971.

El doble rasero de la posesión en la Convención de 1988 debe ser resuelto bajo una interpretación restrictiva que asuma el principio del *in dubio pro reo*. Por ello, al prevalecer una interpretación sujeta a la búsqueda del fin o interés de la posesión, tanto la Convención de 1988 como la Constitución de la República exigían la contención de la figura de la posesión descrita en el artículo 62 de la Ley 108. Para este objetivo, el entonces Consejo Nacional para el Control de Sustancias Estupefacientes (CONSEP) emitió en 2013 —por medio de su Secretaría Ejecutiva— la resolución No. 001-CONSEP-CD-2013.¹³ Fueron de este modo creadas las cantidades umbrales tomando como referencia la reforma a las leyes de salud pública y procesal penal que había tenido lugar en México en el año 2009.¹⁴ La función ejecutiva se encargó de acotar la interpretación de la posesión como delito, mediante una fórmula que exige al menos una verificación cuantitativa.¹⁵

¹³ Resolución No. 001 CONSEP-CD-2013, publicada en el Registro Oficial No. 19 del 20 de junio de 2013.

¹⁴ Pérez Correa, Catalina, "Delitos contra la salud y el principio de proporcionalidad en México", en Paladines, Jorge Vicente (coord.), *El equilibrio perdido: drogas y proporcionalidad en las justicias de América*, Defensoría Pública del Ecuador y CEDD, Quito, 2013, pp. 199-233, en especial de la p. 207.

¹⁵ El principal objetivo de las cantidades umbral es alejar al usuario de la justicia penal. Genevieve Harris, *Condenados por los números: cantidades de umbral en políticas de drogas*, TNI y IDPC, Ámsterdam y Londres, 2011, p. 4.

Cantidades umbral para la posesión lícita de drogas en Ecuador	
Sustancia	Umbral en gramos
Marihuana	10 gramos
Pasta base de cocaína	2 gramos
Clorhidrato de cocaína	1 gramo
Heroína	0.01 gramos
MDA	0.15 gramos
MDMA	0.015 gramos
Anfetaminas	0.040 gramos

Fuente resolución 001-CONSEP-CD-2013.

A partir de la promulgación de las cantidades umbral —conocidas en el lenguaje coloquial y jerga judicial del Ecuador como las "tablas"¹⁶— la posesión como figura delictiva se convertiría en el centro de la polémica dentro de la justicia penal. No sólo porque se exige una comprobación judicial cuantitativa, sino también porque se revalora y pone en cuestión el trabajo policial en las calles. Pronto las "tablas" fueron atacadas de abstractas, de propiciar el denominado microtráfico y, por ende, de generar impunidad para beneficiar al crimen organizado.¹⁷ Una crítica esgrimida desde el discurso de la seguridad, dejando de lado los beneficios que en general reporta su aplicación para al menos evitar la criminalización de inocentes, es decir, de usuarios o personas que no tienen ningún interés en traficar con drogas de uso ilícito.

¹⁶ Paladines, Jorge Vicente, *Matemáticamente detenidos, geoméricamente condenados. La punitividad de los umbrales y el castigo al microtráfico*, Friedrich Ebert Stiftung y Parametría, Quito, 2017, p. 12.

¹⁷ En ese sentido, las expresiones del entonces Presidente de la República, Ec. Rafael Correa, donde se señaló lo siguiente: "He pedido que la tabla (de penas) sea mucha más estricta para el caso de la 'H', que está destrozando a nuestros jóvenes, y la dosis mínima sea cero. Y más allá de esa dosis, se vaya (el infractor) más de un año de cárcel y haya prisión preventiva, para que esa gente no vuelva a las calles a envenenar a nuestros jóvenes [...] Vamos a rectificar totalmente esta malhadada, equivocada tabla (de tráfico), para tener 'tolerancia cero' con la heroína." Véase «<https://www.elcomercio.com/actualidad/gobierno-anuncia-tolerancia-cero-tenencia.html>» (Último acceso 16.05.2020).

Los umbrales o tablas como fórmula de la posesión pronto se convertirían en un espacio de tensión. Su rápido enjuiciamiento como herramienta del narcotráfico convirtió a las tablas en una fórmula estéril, negando los efectos constitucionalmente deseados. Debido a que la posesión ha sido históricamente la figura más cómoda para imputar, concibiéndose como una especie de "prueba plena" sin exigir a las agencias de seguridad y ministerios públicos la investigación de acciones de tráfico, las tablas recibirían también esta demoledora mala costumbre. Sin ninguna evidencia de tráfico, la administración de justicia se encargó de atribuirles a las tablas el valor de indicio, cuando éste no era su objetivo político ni jurídico. En efecto, si la simple posesión —sin indicio alguno de tráfico— supera las cantidades descritas en la resolución antes descrita, se reputa la comisión de un delito, esto es, se convierte en una "mala posesión". Adicionalmente, si la posesión no supera o se encuentra muy por debajo del umbral, se imputa de igual modo la sospecha de tráfico, toda vez que puede tratarse de un expendedor en pequeñas cantidades.

La posesión dentro de los umbrales fue rápidamente demonizada. Ninguna persona que cree tener constituido el derecho al libre desarrollo de la personalidad escapa de requisas policiales y de una eventual remisión a la justicia penal. Una vez sospechadas, las personas deben ser "evaluadas" como consumidoras. De este modo, se dio el surgimiento de otros actores que influyen en la decisión judicial sobre la libertad de las y los simples poseedores: el peritaje médico.¹⁸ Si la posesión es "valorada" como *mediata*, se reducen las oportunidades para que una persona sea excarcelada de forma inmediata. Asimismo, si la posesión es "valorada" como *inmediata*, puede haber mayores oportunidades de excarcelación judicial, no significando de modo alguno una ecuación que

¹⁸ Para un estudio en cuanto a la relación entre los peritajes médicos y la política penal de drogas luego de la detención policial, véase el interesante trabajo de Kieninger, Michael, *Narkoanalyse. Historische und rechtliche Aspekte des Einsatzes von Wahrheitsdrogen*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2011, p. 220.

conduzca a la liberación de las y los sospechosos. Por ende, aun así, se impregna sobre la simple posesión la duda del tráfico y no la certeza de una acción inocente. Más grave es el caso de personas que poseen drogas de uso ilícito por primera vez o de forma experimental, donde difícilmente demostrarán su condición de usuarias o consumidoras. Las tablas no sólo se convirtieron de esta manera en una errónea fórmula para pre-determinar el tráfico, sino también en la vara que mide la inocencia de las personas.

IV. La fórmula del tráfico

Tras la vigencia del COIP, los delitos relacionados con las drogas fueron reorganizados a la luz del principio de proporcionalidad penal.¹⁹ Atrás habían quedado las penas que equiparaban cual homicidio agravado la simple posesión descrita en el artículo 62. Se trata ahora de una nueva categorización en función de cuatro criterios de penalidad: mínima, mediana, alta y gran escala. De este modo, el "tráfico ilícito de sustancias sujetas a fiscalización" asume una *escala de castigo* a fin de distinguir el comercio internacional de drogas del que se desarrolla en el ámbito local o doméstico, medido a partir de una fórmula cuantitativa cuyo objetivo es totalmente distinto del descrito en las cantidades umbral. El tipo penal señalado en el artículo 220 del COIP se convierte de este modo en la norma más importante de la gramática penal de la guerra contra las drogas en Ecuador. En su primer numeral se mencionó inicialmente lo siguiente:

La persona que directa o indirectamente sin autorización y requisitos previstos en la normativa correspondiente: 1. Oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte,

¹⁹ La reforma ecuatoriana fue elogiada en su momento en diversos estudios, entre ellos por la Organización de Estados Americanos, *Alternativas al encarcelamiento para delitos relacionados con drogas*, CICAD y Ministerio de Justicia y del Derecho de la República de Colombia, Washington, 2015, pp. 37-38.

comercialice, importe, exporte, tenga, posea o en general efectúe tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, en las cantidades señaladas en las escalas previstas en la normativa correspondiente, será sancionada con pena privativa de libertad de la siguiente manera: a) Mínima escala de dos a seis meses. b) Mediana escala de uno a tres años. c) Alta escala de cinco a siete años. d) Gran escala de diez a trece años.

Aunque el prenombrado tipo penal no menciona ninguna droga de uso ilícito en específico, señala no obstante la cantidad de pena que recibiría de acuerdo con las definiciones que van entre la mínima y gran escala. El contenido de la mínima, mediana, alta y gran escala recayó en el CONSEP, que entonces asumía las competencias de la política pública sobre drogas. De esta manera, fue definido dentro de la resolución No. 002 CONSEP-CD-2014 cada campo de acuerdo con la siguiente delimitación en gramos.²⁰ Por ejemplo: a) para la mínima escala —cuya pena iba 2 a 6 meses—, se entendió inicialmente las cantidades de 0 a 300 (marihuana), de 0 a 50 (cocaína/pasta base de cocaína) o de 0 a 1 (heroína); b) para la mediana escala —cuya pena iba de uno a tres años—, fueron asignadas las cantidades de 300 a 2,000 (marihuana), de 50 a 2,000 (cocaína), de 50 a 500 (pasta base de cocaína) o de 1 a 5 (heroína); c) para la alta escala —cuya pena va entre los cinco y siete años—, se fijaron entre 2,000 y 10,000 (marihuana), entre 2,000 y 5,000 (cocaína), entre 500 y 2,000 (pasta base de cocaína) y entre 5 y 20 (heroína); y, finalmente, d) para la gran escala —cuya pena va entre diez y trece años—, si estableció como exigencia la superación de techo de cada una de ellas, es decir, siempre y cuando sea mayor a 10,000 (marihuana), 5,000 (cocaína), 2,000 (pasta base de cocaína) y 20 (heroína).

Como se observa en la descripción precedente, todas estas cantidades parten de cero. Con ello, las escalas de castigo invaden el umbral de la

²⁰ Resolución del CONSEP No. 002 CONSEP-CD-2014, publicada en el R. O. No. 288 del 14 de julio de 2014.

posesión para el uso o consumo libre. Este eclipse agravó aún más la situación de las personas que mantenían una posesión simple, toda vez que no sólo dejaban de ser excluidas del sistema penal, sino que ahora se asume su posesión como tráfico. Tanto la administración de justicia como las agencias de seguridad extendieron la denominación de las escalas de castigo como "tablas", confundiendo el sentido de las cantidades de umbral (proteger la posesión inocente) con las categorías del COIP (asignar penas proporcionales). Ambas fueron tratadas por la justicia penal, los políticos y los medios de comunicación como las "tablas", derrumbando la importante diferencia que separa la función de una y otra medida.

Ante los imaginarios sociales, las escalas de castigo imponían penas bajas a los traficantes, como pudo al inicio colegirse para el caso del tráfico a mínima escala de marihuana. En consecuencia, el uso o consumo de drogas no es interpretado desde la esfera del derecho a la autonomía de la voluntad, sino desde una fórmula penológica que concibe la posesión como una acción criminógena. El derecho al libre desarrollo de la personalidad queda atrapado en una categoría penal, sin dar lugar a una prioritaria hermenéutica o salida constitucional.

Luego del año de vigencia de la resolución No. 002 CONSEP-CD-2014, el gobierno del Ecuador emprendió una contrarreforma para aumentar las penas y reducir los márgenes de las escalas de castigo en relación con el tráfico de mínima y mediana escala. De esta manera, el tráfico/posesión de drogas en pequeñas cantidades se sujeta a una medida de mayor intervención policial, así como de prolongación del encierro una vez que son sentenciadas las personas procesadas. La nueva resolución No. 001-CONSEP-CD-2015 señala ahora lo siguiente:²¹

²¹ Resolución No. 001-CONSEP-CD-2015, publicada en el Registro Oficial No. 586 del 14 de septiembre de 2015; y, la fe de erratas publicada en el Registro Oficial No. 597 del 29 de septiembre de 2015.

Escalas de castigo reformadas en 2015		
Mínima escala		
Sustancia	Cantidad	Penas
Marihuana	0 a 20 g.	1 a 3 años
Cocaína	0 a 1 g.	1 a 3 años
Pasta base de cocaína	0 a 2 g.	1 a 3 años
Heroína	0 a 0.1 g.	1 a 3 años
Mediana escala		
Sustancia	Cantidad	Penas
Marihuana	20 a 300 g.	3 a 5 años
Cocaína	1 a 50 g.	3 a 5 años
Pasta base de cocaína	2 a 50 g.	3 a 5 años
Heroína	0.1 a 0.2 g.	3 a 5 años

Fuente resolución 001-CONSEP-CD-2015.

La reducción del gramaje, el aumento de las penas y la superposición de la matemática de las escalas de castigo sobre las cantidades umbral, sumado a la cultura exegética de la ley y la práctica de asumir a la posesión como evidencia, deja menos lugar a una interpretación favorable o proclive a la inocencia del usuario o consumidor. En lugar de propiciar la despoblación carcelaria y la racionalidad de la justicia penal en cuanto al tráfico de drogas, los reajustes políticos sobre la fórmula legal del tráfico podrían significar un punto sin retorno. Una matemática que se pervierte en nombre de la seguridad y de la lucha contra el crimen.

V. El ataque y defensa a los umbrales

Desde una perspectiva policial y prohibicionista, las cantidades umbral se convierten en la piedra en el zapato para la lucha contra el tráfico de drogas, entendida también como el castigo que se merece la posesión de

drogas de uso ilícito en cualquiera de sus formas y presentaciones. La determinación de cantidades admisibles para el uso libre de drogas es, simplemente, inadmisibile dentro de una lógica que busca combatir la delincuencia a toda costa, aunque para ello se corra el riesgo de condenar también a personas inocentes. Por el contrario, la lógica de un Estado de Derecho que maximiza la libertad personal es garantizar la presunción de inocencia, incluso bajo la premisa de liberar a un culpable y de generar impunidad. Se trata de dos posiciones contrapuestas que adquieren eco de acuerdo con el entorno comunicativo entre lo político y lo social.

En algunos casos, la asunción de una política de umbrales ha sido subsumida dentro de la compleja denominación de descriminalización.²² En otros, se la coloca en la esfera del derecho administrativo, donde se reproduce nuevamente la disputa entre las atribuciones de las agencias sociales (salud) y de seguridad (policía).²³ No obstante, la policía es la primera institución del Estado en tomar contacto con quienes se encuentran en posesión de drogas. De ahí que la potestad de decidir en gran medida sobre la libre movilidad humana o libertad ambulatoria o de tránsito de las personas está motivada por la percepción policial sobre la posesión.

²² Una reciente interpretación sobre la definición de "descriminalización" asociaría la necesidad de incorporar los contextos, mecanismos y resultados. Por *contextos* se entenderían los factores condicionantes, estructurales y culturales como el diseño institucional, la aplicación de las sanciones, la prioridad de la política y persecución penal, el mercado de drogas, entre otros. Los *mecanismos* a su vez están atados al papel de los sistemas legales en cuanto a las normas, justicia penal y servicios sociales o acceso a la salud. Finalmente, los *resultados* se vinculan al tipo y nivel de uso de drogas, así como la integración social (no estigmatización) de los usuarios. Véase Alex Stevens *et. al.*: "Depenalization, diversion and decriminalization: A realist review and programme theory of alternatives to criminalization for simple drug possession", en *European Journal of Criminology*, European Society of Criminology, Sage Publications, London, noviembre de 2019, pp. 1-26, en especial de la p. 8. Disponible en: «<https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1477370819887514>» (Último acceso 6 de enero de 2020).

²³ En particular, se trata de las acciones que ciertos Estados emprenden luego de proclamar la descriminalización de las drogas. En este sentido, cabe destacar el caso portugués, donde el órgano encargado de administrar la descriminalización está integrado por las *Comissões para a Dissuasão da Toxicoddependência* (CDT), como lo señala la Ley No. 30/2000 (artículo 5).

Aunque muchas veces se confundan las tareas de prevención del delito con las estrictamente procesales, es decir, entre aquellas que coadyuvan a la investigación dirigida por los ministerios públicos, la lógica policial de luchar a toda costa contra el tráfico/posesión de drogas migra muchas veces hacia la percepción de los operadores de justicia. En este sentido, se entiende entonces que el fin del proceso penal es la seguridad en los términos de la guerra contra las drogas, en lugar de la búsqueda de la verdad para evitar la condena de una persona inocente.

Cuando las premisas policiales se traslapan con las judiciales, la justicia penal corre el riesgo de policializarse.²⁴ En efecto, en 2017 un órgano jurisdiccional de la provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas (centro-norte de la costa del Ecuador) presentó ante la Corte Constitucional una consulta a fin de que se pronuncie sobre la legitimidad de las cantidades umbral descritas en la resolución No. 001-CONSEP-CD-2013. Es decir, con objeto de abolir su vigencia, toda vez que:

[...] dentro de la audiencia de procedimiento directo, la Fiscalía argumentó que el peso de cocaína con el que se detuvo al procesado, sobrepasó el límite fijado en la Tabla de cantidades máximas permitidas de conformidad con la Resolución No. 001-CONSEP-CD-2013 ("la Tabla"). Según la Fiscalía, esto era prueba suficiente del cometimiento del delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización por parte del procesado. Finalmente, la Fiscalía sostuvo que "así [el procesado] tenga una adicción un problema de salud pública, no puede estar sobre la ley"; haciendo referencia a que debía declararse la culpabilidad del procesado como micro-traficante, por el solo hecho de haber sobrepasado el límite fijado en la Tabla.²⁵

²⁴ Sobre la expansión del poder policial en la justicia penal, véase Paeffgen, Hans-Ulrich, "¿'Verpolizeilichung' des Strafprozesses — Chimäre oder Gefahr?", en Wolter, Jürgen (Hgs.), *Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts*, Luchterhand, Berlín, 1995, pp. 13-47.

²⁵ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 7-17-CN/19, Quito (2 de abril de 2019), párrafo 6.

La consulta parte de la premisa de que la posesión para el uso o consumo de drogas es *per se* ilegítimo. Asimismo, que la sola superación del límite descrito en el umbral convierte a la posesión en tráfico, sin importar que la sustancia esté destinada al consumo ni que la o el poseedor sea usuario o consumidor. Con ello, se asume que la máxima de la legislación antidrogas es combatir el tráfico, aunque signifique el sacrificio de la presunción de inocencia. Por ende, el solo hecho de traspasar el umbral transforma a la posesión en delito. En contrapartida, la Corte señaló que:

[...] no resultaría constitucional la aplicación de sanciones penales en contra de personas que tengan y utilicen sustancias estupefacientes y psicotrópicas sólo para su consumo, y no para traficarias; sin perjuicio de que en ciertos casos, la misma persona que incurre en la conducta delictiva de traficar dichas sustancias, al mismo tiempo puede ser consumidor.²⁶

La respuesta de la Corte Constitucional sustenta su análisis en dos pilares argumentativos. Por un lado, en la legitimidad del órgano encargado de elaborar las definiciones de las así denominadas "tablas" o cantidades umbral. En este sentido, el COIP señala dentro del artículo 228 que "[l]a tenencia o posesión de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, para consumo personal, será regulada por la normativa correspondiente". En consecuencia, por efecto del principio de reserva de la ley, el órgano competente fue el CONSEP. De otra parte, la Corte advierte la obligación de la agencia fiscal de probar la acción de tráfico, esto es, de no asumir como plena evidencia la simple superación de las cantidades umbral. De forma interesante, la Corte Constitucional subraya que "[l]a presunción de inocencia no se desvanece por el solo hecho de superar la cantidad máxima admisible establecida en la Resolución del CONSEP. Por tanto, en todos los casos se deberá probar la intención de traficar".²⁷

²⁶ *Ibidem*, párrafo 15.

²⁷ *Ibidem*, párrafo 25.

La sentencia No. 7-17-CN/19 de la Corte Constitucional del Ecuador confirmó por primera vez la validez y legitimidad jurídica de las cantidades umbral, denotando su importancia para garantizar la presunción de inocencia de las personas, así como la forma en que las y los operadores de justicia deben interpretarla. En consecuencia, "[s]i el detenido supera las cantidades máximas admisibles de tenencia para consumo personal, corresponde a los operadores de justicia establecer que la persona en tenencia de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, tenga la intención de traficar en lugar de consumir, en el marco del derecho al debido proceso".²⁸

A pesar de no invocar la referencia señalada en la Convención de 1988 sobre la exigencia de valorar la posesión ilícita en cuanto a la intención de traficar, así como de asimilar la "tenencia" con la "posesión", la Corte Constitucional le dio el justo lugar a las denominadas "tablas"; esto es, como garantía de la presunción de inocencia. De este modo, la defensa de las cantidades umbral se halla blindada por el momento en rango constitucional, aunque existan otros medios que amenacen con criminalizar de manera manifiesta la posesión con fines de consumo.

VI. A modo de conclusión: una nueva amenaza

A fines del año 2018 la Asamblea Nacional de la República del Ecuador recibió un controvertido proyecto de ley. Se trata de una propuesta que promueve el esquema de la política prohibicionista en territorio, es decir, a modo de descentralización y cercana a las políticas adoptadas por los Estados federales. A pesar de que Ecuador se concibe constitucionalmente como un Estado unitario, la propuesta en mención adopta como emblema la restricción total del uso o consumo de drogas en el espacio público. De este modo, la negación de las prácticas de consumo para ser relegadas al ámbito residencial o privado.

²⁸ *Ibidem*, párrafo 27.2.

Antes de cerrar el presente artículo, la Asamblea Nacional remitió para segundo y definitivo debate el informe del denominado proyecto de Ley Orgánica contra el consumo y microtráfico de drogas.²⁹ En este proyecto se plantean reformas a varios cuerpos de ley, entre ellos a la i) Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socio Económico de las Drogas y de Regulación y Control del Uso de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización (Ley de Prevención de Drogas); ii) Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; iii) Ley Orgánica de Régimen Especial de la Provincia de Galápagos; iv) Ley Orgánica de Movilidad Humana; y v) Ley Orgánica de Comunicación.

De ser promulgado en una ley, el consumo libre de drogas quedaría prohibido en todos los municipios del país, sin que se promuevan al menos espacios regulados para el uso de drogas. Adicionalmente, se atribuye por definición cualquier violación a una acción de tráfico, tal como se establece en la propuesta de agregado al artículo 7 de la Ley de Prevención de Drogas. El proyecto de ley plantea en definitiva una estocada final a los umbrales, mediante la expansión desagregada y en territorio de la prohibición. Ninguna usuaria o usuario de drogas podría ejercer el libre derecho al desarrollo de la personalidad; y, aún más, el derecho al hábitat que le corresponde como miembro de la ciudad. De esta manera, se priva no sólo de la autonomía de la voluntad, sino también del espacio de vida (*Lebensraum*) que tiene todo ser humano.

. . .

La posesión de drogas como figura legal expone no sólo las contradicciones entre los programas de Derechos Humanos y las leyes que ponen en marcha la política de guerra contra las drogas. Refleja además las permanentes tensiones políticas y culturales entre los Estados y sus sociedades.

²⁹ Asamblea Nacional de la República del Ecuador, Comisión Especializada Permanente de Gobiernos Autónomos Descentralizados, Competencias y Organización del Territorio, Memorando No. AN-CGAD-2020-0004-M, del 27 de abril de 2020.

Aunque en Ecuador se hayan dado grandes pasos en favor de la contención de la abstracta posesión, lo cierto es que se presentan varias amenazas y desafíos resumidos de la siguiente manera:

- a) La ambivalencia en el plano de las convenciones internacionales. Esto es, en los enunciados que se destacan en la misma Convención de 1988 en cuanto a la definición de la posesión ilícita de drogas. No obstante, a pesar de que se deja abierta la puerta a la criminalización de la posesión simple, existen enunciados que también cierran cualquier posibilidad de penalizar acciones tendientes a llevar a cabo el uso o consumo legítimo de drogas. En este sentido, se debe tomar la palabra a las normas internacionales desde la perspectiva del *in dubio pro reo* e interpretación *in bonam partem*.
- b) La posesión como delito debe orientarse al tráfico. Hoy en día los ordenamientos jurídicos apegados a los criterios del Estado de Derecho no admiten la criminalización de usuarios de drogas. Hacerlo implicaría el socavamiento de la presunción de inocencia; por ende, del sentido mismo del Estado. La protección de las y los ciudadanos se enmarca a la exigencia de taxatividad de las normas. En materia penal, este principio se lleva a cabo mediante la correcta interpretación del tipo penal a través del trabajo que deben realizar los órganos jurisdiccionales. Una simple o exegética interpretación de la ley viola los derechos fundamentales. En consecuencia, la tarea de las agencias encargadas de la investigación penal es demostrar la existencia de tráfico, evitando que la simple posesión se convierta en la "prueba plena" o *per se* del proceso penal.
- c) Las cantidades umbral ofrecen una mayor garantía del principio de presunción de inocencia. En muchos países los umbrales se asocian también como criterios para distinguir el *quantum* de la pena. No obstante, se debe mejorar la calidad y límites de su formulación a fin de que sirvan para demarcar la esfera de protección de derechos de la órbita del sistema penal. Asimismo, las cantidades

umbral deben orientar el trabajo de las agencias de seguridad. Por ende, se insiste en la pedagogía de los umbrales, evitando de este modo que éstos sean vistos como trabas en la lucha contra la delincuencia.

- d) Finalmente, en Ecuador se ha consagrado la defensa de los umbrales y la importancia de su aplicación. La Corte Constitucional ha generado un interesante precedente que destaca la necesidad de anteponer, ante una sospecha de tráfico, la presunción de posesión para consumo. Ésta es la mirada que no sólo debe formar parte de la aplicación del proceso, sino también del patrullaje policial en las calles. Aquí entonces el gran reto, que por ahora presenta las alertas de radicalizar aún más a la prohibición por medios territoriales. Mientras tanto, la posesión con fines de uso seguirá siendo el tendón de la justicia penal, y la inocencia, una fórmula que se muestra y se defiende de forma dosificada.

3. Las Cortes de Ecuador frente al consumo de cannabis

María Cristina Meneses Sotomayor*

José Cristóbal Álvarez Ramírez**

SUMARIO: I. Introducción. II. El Estado Constitucional, Altas Cortes y Fuentes. III. El consumo como problema de salud pública. Avances y retrocesos. IV. El paradigma de la argumentación jurídica y la deuda de la magistratura. V. Conclusión.

I. Introducción

En torno a lo relacionado con el tratamiento del autocultivo, portación y consumo de drogas, y haciendo un balance general previo, podemos afirmar que a partir de la declaración del Estado ecuatoriano como constitucional, las altas cortes ecuatorianas, encarnadas por la Corte Constitucional y la Corte Nacional de Justicia, han desempeñado un papel positivo y protagónico, aunque también hay que reconocer que éste ha sido un poco lento y que en el caso particular de la Corte Nacional

* Licenciada en Ciencias Políticas, Sociales y Económicas, abogada y Doctora en jurisprudencia. Es Magíster en Ciencias Penales, título obtenido por la Universidad Nacional de Loja y Magíster en Derecho Administrativo en la Universidad Técnica de Loja. Actualmente es la titular de la Defensoría Pública de Loja. Asimismo, forma parte del grupo de trabajo de Mujeres Encarceladas por Delitos de Drogas de WOLA.

** Abogado y Licenciado en Ciencias Sociales, Políticas y Económicas; Doctor en Jurisprudencia; Magíster en Derechos e Investigación Jurídica y Magíster en Ciencias Penales. Ha trabajado como docente en la Universidad Nacional de Loja y en la Universidad Internacional de Ecuador. Se desempeñó como Procurador Síndico del Municipio del Cantón Gonzanamá-Provincia de Loja, Ecuador y como Delegado de la Defensoría del Pueblo en la misma ciudad. Desde el año 2012 hasta la actualidad, Juez del Tribunal de Garantías Penales de Loja.

de Justicia, dicho papel ha tenido algunos altibajos. Como parte de este trabajo, antes de referirnos a las principales líneas jurisprudenciales que se han creado sobre esta temática, nos hemos propuesto hacer una breve caracterización del proceso de elaboración de jurisprudencia de ambas cortes, así como de su alcance, lo que nos permitirá finalmente describir más adelante con mayor exactitud, la forma en que se plasma el trabajo jurisprudencial de las altas cortes en la práctica diaria.

II. El Estado Constitucional, Altas Cortes y Fuentes

Así tenemos que, con la vigencia de la Constitución del año 2008, el proceso de creación judicial de derecho alcanza notables progresos. Un gran generador de este cambio resultó ser la declaración del Ecuador como un Estado constitucional de derechos, que conforme al paradigma que implica este modelo garantista:

[...] no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la "racionalidad formal" y la "racionalidad material" weberianas.¹

Aquello implica que todos los derechos de la Constitución son justiciables y se crean una serie de mecanismos y de garantías para asegurar su plena eficacia y evitar así que sean considerados letra muerta o derechos con un simple significado retórico. En este novedoso sistema la Corte Constitucional pasa a desempeñar un papel preponderante por su calidad de intérprete judicial privilegiado de la Constitución, llegando a convertirse en el órgano de cierre en dicha materia. Por su parte, la Corte Nacional de Justicia, denominada antes de esa Constitución como Corte Suprema de Justicia, se mantiene como máximo órgano de la

¹ Ferrajoli, L., "Derecho como sistema de garantías", *Jueces para la Democracia*, núm. 16-17, 1992.

jurisdicción ordinaria, encargada de resolver, mediante el recurso de casación, aspectos de legalidad de las sentencias.

Una situación novedosa se presenta en la relación entre ambas Altas Cortes, debido a que través de la acción extraordinaria² de protección, la Corte Constitucional puede revisar las sentencias dictadas por la sala de casación penal de la Corte Nacional de Justicia, cuando se acusa la violación de un derecho en su dimensión constitucional. Aunque el pleno de cada una de las Cortes puede crear jurisprudencia obligatoria en el ámbito que le corresponde a cada una, debemos anotar que en Ecuador no existe la posibilidad de que se produzca el fenómeno denominado "choque de trenes" o aquel conflicto en el que las sentencias de ambas Cortes se contradicen y se duda cuál deba ser aplicada o prevalece, esto, porque se encuentra plenamente reconocido que la Corte Nacional de Justicia debe acatar las decisiones que toma la Corte Constitucional cuando declara que la primera, en un recurso de casación, ha violado la Constitución pues la jurisprudencia que emite la Corte Constitucional es de obligatorio cumplimiento y se ubica al mismo nivel que la Constitución.³ Aquello deja abierta la posibilidad a que en caso de que la Corte Nacional de Justicia se aparte de lo decidido por la Corte Constitucional, los interesados puedan proponer una acción extraordinaria de protección si la inaplicación se da en una sentencia, o proponer una acción pública de inconstitucionalidad, si es que ésta se presenta al emitir una normativa con efectos *erga omnes*.⁴

² Artículo 94 de la Constitución de la República.

³ Sentencia No. 001-16-PJO-CC, caso No. 0530-10-JP. Corte Constitucional Ecuatoriana: "25. De lo cual se colige entonces que todas los criterios de decisiones jurisdiccionales, esto es sentencias de acciones extraordinarias de protección, de incumplimiento, por incumplimiento, consultas de norma, control de constitucionalidad, de interpretación constitucional, dirimencia de competencias, y dictámenes constitucionales emanados por este órgano de administración de justicia, son de obligatorio cumplimiento, en virtud de que la Corte Constitucional al interpretar la Constitución al decidir cada caso crea normas jurisprudenciales que se ubican al mismo nivel que la Constitución".

⁴ Sentencia No. 071-16-SEP-CC, caso 1933-15-EP. Corte Constitucional Ecuatoriana: "Cabe precisar que estos criterios fijados por la Corte Constitucional en sus reiterados precedentes, han sido producto de un ejercicio de interpretación de la Constitución y de una interpretación conforme de las disposiciones normativas infraconstitucionales relacionadas al recurso de casación, en armonía

Ahora, adentrándonos un poco más en el proceso de creación del derecho jurisprudencial tenemos en primer término, que la Corte Constitucional ha determinado que es su propia obligación y la de la Corte Nacional de Justicia la de respetar el principio *stare decisis* horizontal, es decir, que ambas cortes se encuentran obligadas a mantener y a guardar coherencia con las decisiones adoptadas y aplicarlas en los fallos posteriores.⁵ Lo anotado guarda relación con lo dispuesto en el Código Orgánico de la Función Judicial que señala que es obligación de los jueces y las juezas propender a la unificación de criterios.⁶ Naturalmente que esto no obsta a que en un determinado momento, sobre la base del discurso práctico y previo un correcto ejercicio argumentativo, una misma corte pueda alejarse de sus propios criterios o el de una corte superior. Es decir, tanto en lo que respecta al efecto horizontal como al efecto vertical de los precedentes, si bien la regla es que las cortes deben sujetarse a aquéllos, eso no los torna inderrotables, cuando dada la naturaleza de fuente dinámica de los mismos deban acoplarse a la cambiante realidad social si se presentan nuevas particularidades o se requiere actualizar un criterio sobre el mismo asunto, caso en el cual se exige una fuerte carga argumentativa.⁷ Lo dicho hasta aquí se refiere a un tipo de normativa judicial que nace del análisis de la *ratio decidendi* sobre una situación fáctica determinada y que aunque no se ha sujetado a formalidades para su certificación conforme al trámite al que nos referiremos a continuación, debe ser observada.⁸ Ahora, como acabamos de anunciar, existe un tipo especial o reforzado de derecho judicial que se denomina jurisprudencia obligatoria, término con el que se conoce a las líneas que nacen de la reiteración por parte de la Corte Nacional de Justicia de una opinión en fallos de

con la Constitución de la República. En consecuencia, dichos criterios se ubican al mismo nivel de la Constitución de la República, y prevalecerán sobre cualquier fuente normativa infraconstitucional que sea contraria a estos lineamientos de carácter vinculante".

⁵ Sentencias No. 139-SEP-CC, caso No. 1096-12-EP y sentencia No. 112-14-SEP-CC, caso No. 2204-11-EP, Corte Constitucional del Ecuador.

⁶ Código Orgánico de la Función Judicial de Ecuador.

⁷ Sentencias No. 213-14-SEP-CC, caso No. 589-13-EP y sentencia No. 140-15-SEP-CC, caso No. 581-13-EP, Corte Constitucional del Ecuador.

⁸ Sentencias No. 040-14-SEP-CC, caso No. 1127-13-EP y No. 030-15-SEP-CC, caso No. 0849-13-EP, Corte Constitucional del Ecuador.

casación sobre un mismo punto de derecho por tres ocasiones. Al respecto, existe un trámite prescrito en la Constitución que señala que la existencia de tres reiteraciones obligan a remitir el fallo al Pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en el plazo anotado el pleno no se pronuncia, o si se ratifica el criterio, esta opinión pasa a constituir jurisprudencia obligatoria. En cambio, para alejarse de este tipo de jurisprudencia cuando ya ha sido certificada, se requiere un solo fallo de la sala racionalmente argumentado, el que deberá ser aprobado en forma unánime⁹ y luego debe ser remitido al Pleno, el cual decidirá si se deja o no sin efecto el precedente obligatorio cuyo criterio se ha cambiado, o si se trata de una cuestión nueva que no se halla comprendida en dicho precedente.¹⁰ Este tipo de jurisprudencia tiene efectos generales y obligatorios,¹¹ así lo ha señalado la misma Corte Nacional de Justicia, al menos para los jueces y las juezas inferiores, pues las Salas de la Corte Nacional podrán sujetarse al procedimiento descrito recientemente con el que se podría generar un cambio de criterio.¹² Es necesario acotar, que en el campo penal no existe una norma que señale como causal de casación el hecho de no haberse aplicado un precedente o línea jurisprudencial,¹³ sin embargo, para estos casos, cabe la acción extraordinaria de protección para ante la Corte Constitucional por violación del principio de tutela judicial efectiva, el principio de igualdad y el de seguridad jurídica. Probablemente, el hecho de que la Asamblea Nacional no considere la inobservancia de precedentes jurisprudenciales al momento de regular el recurso de casación en materia penal, sea producto de la cultura demasiado legalista conforme

⁹ Artículo 185 de la Constitución de la República del Ecuador.

¹⁰ Artículo 184 del Código Orgánico de la Función Judicial.

¹¹ Oyarte, R. Rafael, *Derecho constitucional ecuatoriano y comparado*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2015, p. 860. "[...] este tipo de decisiones generales y obligatorias en caso de oscuridad de las leyes, no constituyen decisión judicial, no tienen fuerza de sentencia, sino que tienen carácter normativo [...]".

¹² Resolución No. 07-2013 de 14 de agosto de 2013, Corte Nacional de Justicia del Ecuador.

¹³ El artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal señala que procede el recurso de casación en esa materia contra las sentencias, cuando se haya violado la ley, ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente.

la misma Asamblea Nacional lo ha reconocido en el preámbulo del Código Orgánico Integral Penal, en adelante COIP, cuando señala que uno de los justificativos de la emisión de ese cuerpo normativo, es el hecho de que mientras en otros países de la región la doctrina y la jurisprudencia han sido claves para la actualización del derecho penal, en Ecuador dicho proceso ha resultado fallido, debido precisamente a la cultura legalista de las juezas y los jueces.¹⁴ Este antecedente será citado integralmente a continuación por la importancia que tiene al momento de comprender la conducta de magistratura ecuatoriana al momento de crear o no crear derecho.

4. Actualización doctrinaria de la legislación penal.

El auge del constitucionalismo en las democracias contemporáneas ha sido precedido de una renovación teórica y conceptual. Parte del nuevo instrumental jurídico, producido no solo por la doctrina sino también por la jurisprudencia de tribunales constitucionales y penales, nacionales e internacionales, son: la imprescriptibilidad de ciertos delitos que tienen particular gravedad en el mundo entero; el estado de necesidad en sociedades en las que hay extrema pobreza y exclusión, como es la nuestra; las penas prohibidas, para evitar arbitrariedades; la revisión extraordinaria de la condena; la suspensión condicional de la pena; supresión de delitos que pueden merecer mejor respuesta desde el ámbito civil o administrativo; la proscripción de un derecho penal de autor; la supresión de la presunción de derecho del conocimiento de la ley, entre otros.

En este contexto, se adecúa la legislación ecuatoriana a los nuevos desarrollos conceptuales que se han producido en el mundo y en la región, como mecanismo para asegurar un correcto funcionamiento de la justicia penal. Si bien es cierto, en otros países se ha dejado en manos de la doctrina y la jurisprudencia este

¹⁴ Código Orgánico Integral Penal. Exposición de Motivos.

desarrollo conceptual, en el caso ecuatoriano, este proceso ha resultado fallido.

Las y los jueces penales han estado sometidos a una concepción excesivamente legalista. A esto hay que sumar la crisis del sistema de educación superior y la carencia de investigaciones en todas las áreas del derecho penal y criminología. Todo esto ha dado como resultado un limitado desarrollo conceptual, teórico y técnico.

Todo apunta a que la Asamblea también cayó presa del culto excesivo a la ley al omitir señalar la inobservancia de la jurisprudencia como causal de casación en materia penal, aunque como hemos anotado, la forma de exigir que las cortes respeten las líneas jurisprudenciales creadas por ellas mismas es la acción extraordinaria de protección, que corresponde a la justicia constitucional.

Ya hemos dicho que de acuerdo a la Corte Constitucional toda su jurisprudencia es vinculante, y que, por tanto, los jueces y las juezas deben sujetarse al principio *stare decises*, según el cual, deben respetar los precedentes que en esa materia se han emitido y que ese principio tiene efecto tanto en sentido horizontal como vertical. Resta decir, que esta atribución nace de la Constitución de la República, que señala en el artículo 436.6 que la Corte Constitucional tiene competencia para expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, *habeas corpus*, *habeas data*, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.

De tal manera que podemos concluir que, tal como ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, todas sus sentencias son de obligatorio cumplimiento; y a diferencia de lo que sucede con la Corte Nacional de Justicia, no existe ningún procedimiento formal para certificación como jurisprudencia obligatoria o vinculante, que no sea la sola emisión de sus resoluciones en los distintos procedimientos que sustancie.

III. El consumo como problema de salud pública. Avances y retrocesos

Ahora, ya respecto a la evolución de la jurisprudencia ecuatoriana que se ha vertido en torno al consumo, siembra y porte de drogas en general, tenemos que, como hemos advertido al inicio de este trabajo, éste ha presentado en los últimos años un cambio que se puede calificar de positivo. Es indiscutible que buena parte de los avances se derivan del hecho de que el Ecuador se declarara como un Estado constitucional de derechos y de la prohibición de la criminalización de las adicciones también consagrada en un nivel constitucional, cuando se señala que:

Las adicciones son un problema de salud pública. Al Estado le corresponderá 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.¹⁵

Este nuevo esquema constitucional ya no concordaba con la normativa preconstitucional, lo que generó cambios, aunque los mismos no ocurrieron de manera inmediata y directa como era de esperarse acorde al paradigma de Estado constitucional. Hasta antes del mes de agosto del año 2014 estuvo vigente la ley 108, denominada Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, aprobada en 1990 y su codificación posterior, que sancionaba con pena de 12 a 16 años de reclusión,¹⁶ el porte,

¹⁵ Artículo 364 de la Constitución de la República.

¹⁶ La Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas se promulga el 17 de septiembre de 1990 en el Registro Oficial No. 523. Mediante publicación realizada en el *Suplemento del Registro Oficial* No. 490 del 27 de diciembre de 2004, el Congreso Nacional procede a codificar la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, asignando al delito de tenencia y posesión ilícita de sustancias estupefacientes el artículo 62 de dicha codificación, sin que exista modificación en la descripción del hecho punible que se tipifica. En dicho cuerpo legal, en el artículo 64, se procede a tipificar como infracción penal la tenencia ilícita de sustancias estupefacientes; para ello dicha disposición estatuye como delito a: "Quienes sin autorización legal o despacho de receta médica previa, posean o tengan, con su consentimiento expreso o tácito, deducible de una o más circunstancias, sustancias

tenencia, tráfico, transporte de drogas, sin hacer distinción al tipo de drogas ni a su cantidad. En consecuencia, se trataba de una norma desproporcionada, pues daba lo mismo que a las personas procesadas se les encontraran toneladas, kilos o unos pocos gramos de droga o que estas fueran drogas denominadas duras como la heroína o blandas como el cannabis o marihuana, pues al final, el juzgador debía sujetarse a una banda que iba de 12 a 16 años para establecer la sanción punitiva. Con atenuantes, la banda de 12 a 16 años podía ser modificada a una banda punitiva de 8 a 12 años, caso en el que también la base era 8 años sin importar la cantidad ni el tipo de drogas. Es decir, 8 años era la pena mínima que el juez podía imponer, aunque la droga aprehendida fuesen unos pocos gramos de marihuana. El criterio jurisprudencial constitucional que se observó durante toda la vigencia de la referida ley, era de que el juez, pese a que considerara desproporcionada una pena, debía sujetarse a la banda punitiva creada por el legislador en ejercicio del principio *pro legisladore*,¹⁷ por tanto, no podía imponer una sanción que fuera inferior o superior. Todo este panorama cambia, con la vigencia del Código Orgánico Integral Penal a partir del mes de agosto del año 2014, en donde se crean nuevos tipos penales y se establece una dosimetría de la pena que distingue el tipo y la cantidad de la droga. Para regular la

estupefacientes o psicotrópicas, en sus personas, ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio del que sean propietarios, arrendatarios, tenedores u ocupantes a cualquier título, o que esté bajo su dependencia o control, serán sancionados con la pena de doce a diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales".

¹⁷ La ex Corte Constitucional para el Período de Transición, en sentencia No. 006-12-SCN-CC dictada el 19 de enero de 2012 en el caso No. 0015-11-CN, en un proceso de consulta de constitucionalidad del tipo penal en mención sobre la proporcionalidad en la pena, menciona lo siguiente: "Este principio de proporcionalidad se encuentra íntimamente ligado al principio de legalidad en el viejo aforismo latino del *nullum crimen sine lege, nullam pena sine lege*, es decir que la infracción y la pena deben estar previamente establecidas en la ley [...]. Es evidente que la pena con la que se sanciona a este tipo de delito responde a los presupuestos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, pues no se puede negar que la misma es una medida adecuada y óptima para proteger el bien jurídico tutelado, esto es, la salud pública, a la par que se hace necesaria, pues limita el cometimiento de la figura penal tipo de la tenencia y posesión ilícita de drogas, y en cuanto a la proporcionalidad propiamente dicha, es lógico que la restricción al derecho a la libertad y la necesidad de la imposición de la pena frente a un ataque a la salud pública, conlleva la protección mayoritaria de este derecho; máxime aún cuando nos encontramos frente a una tipicidad abierta, a favor de la cual debe esgrimirse el principio *pro legislatore*".

proporcionalidad de la sanción, la nueva tipificación establece cuatro escalas con sus correspondientes penas: mínima escala con una sanción de uno a tres años; mediana escala con pena de tres a cinco años; alta escala con pena de cinco a siete años; gran escala con sanción de diez a trece años. Para distinguir el tipo de droga, se faculta al denominado en aquel tiempo CONSEP,¹⁸ para que elabore una tabla con las cantidades que se van a considerar para diferenciar cada una de las escalas. La primera versión de la tabla fue:

SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES								
ESCALA (GRAMOS) PESO NETO	Heroína		Pasta base de cocaína		Clorhidrato de cocaína		Marihuana	
	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo
Mínima escala	0	0.1	0	2	0	1	0	20
Mediana escala	0.1	0.2	2	50	1	50	20	300
Alta escala	0.2	20	50	2000	50	5000	300	10.000
Gran escala	20		2000		5000		10.000	

SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS						
ESCALA (GRAMOS) PESO NETO	Anfetaminas		Metilendioxifenetilamina (MDA)		Éxtasis	
	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo
Mínima escala	0	0.090	0	0.090	0	0.090
Mediana escala	0.090	2.5	0.090	2.5	0.090	2.5
Alta escala	2.5	12.5	2.5	12.5	2.5	12.5
Gran escala	12.5		12.5		12.5	

¹⁸ El CONSEP o Consejo Nacional de Control de Sustancias Psicotropicas y Estupefacientes, hoy denominado Secretaría Técnica de Drogas, es un organismo adscrito a la Procuraduría General del Estado encargado de las políticas relacionadas con las drogas.

Con la reforma también se establece que la tenencia o posesión de sustancias estupefacientes o psicotrópicas para uso o consumo personal en cantidades previamente establecidas no constituye delito, en consecuencia, se faculta al CONSEP para que fije esa cantidad, cuya primera versión fue: marihuana hasta 10 gramos; pasta base de cocaína hasta 2 gramos, clorhidrato de cocaína 1 gramo, heroína 0.1 gramos. Justamente, es al momento de aplicar la normativa recién expuesta donde surgen algunos problemas prácticos que se buscan solucionar jurisprudencialmente. La primera gran novedad que se presentó fue la necesidad de determinar si cuando una persona realiza alguno de los verbos rectores que tiene el tipo penal (almacenar, distribuir, comprar, vender, enviar, transportar, comercializar, importar, exportar, tener, poseer o en general efectuar tráfico ilícito) respecto a diferentes sustancias estupefacientes o sicotrópicas, se acumularían o no las penas correspondientes a cada sustancia. Ante la existencia de varios fallos emitidos por los jueces y las juezas de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia que reiteraban¹⁹ el criterio de que las penas debían acumularse, el Pleno de la referida corporación, citando como antecedente algunas sentencias de la Corte Constitucional que catalogan al narcotráfico como delito de lesa

¹⁹ Las sentencias que sirvieron para emitir la resolución fueron: 1) Resolución No. 1140-2015, correspondiente a la sentencia dictada el 6 de agosto de 2015, a las 08h10, en el proceso No. 0385-2014, por recurso de casación. Tribunal conformado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional ponente, doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional, y doctor Edgar Flores Mier, Conjuez Nacional; 2) Resolución No. 1211-2015, correspondiente a la sentencia dictada el 25 de agosto de 2015, a las 12h05, en el proceso No. 396-2014, por recurso de casación. Tribunal conformado por la Jueza Nacional doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional, doctora Zulema Pachacama Nieto, Conjueza Nacional, y doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional ponente; 3) Resolución No. 1223-2015, correspondiente a la sentencia dictada el 27 de julio de 2015, a las 08h00, en el proceso No. 0598-2014, por recurso de revisión. Tribunal conformado por la Jueza Nacional doctora Gladys Terán Sierra, doctor Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional ponente, y doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional; 4) Resolución No. 1255-2015, correspondiente a la sentencia dictada el 31 de agosto de 2015, a las 10h00, en el proceso No. 1962-2014, por recurso de casación. Tribunal conformado por la Jueza Nacional ponente doctora Gladys Terán Sierra, doctor Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional, y doctor Edgar Flores Mier, Conjuez Nacional; 5) Resolución No. 1256-2015, correspondiente a la sentencia dictada el 31 de agosto de 2015, a las 08h15, en el proceso No. 1133-2014, por recurso de revisión. Tribunal conformado por la Jueza Nacional ponente doctora Gladys Terán Sierra, doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional, y doctor Roberto Guzmán Castañeda, Conjuez Nacional.

humanidad,²⁰ mediante la resolución No. 12-2015, estableció como jurisprudencia vinculante la siguiente norma que establecía la acumulación:

Al tratarse de las descripciones típicas contenidas en el Código Orgánico Integral Penal, artículo 220.1, la persona que con un acto incurra en uno o más verbos rectores, con sustancias estupefacientes, sicotrópicas o preparados que las contengan, distintos y en cantidades iguales o diferentes, será sancionada con pena privativa de libertad acumulada según sea la sustancia sicotrópica o estupefaciente, o preparado que la contenga, y su cantidad; pena, que no excederá del máximo establecido en el artículo 55 del Código Orgánico Integral Penal.²¹

Apenas apareció la citada norma, llamó la atención porque en sus considerandos o antecedentes, la misma Corte Nacional de Justicia reconocía que la situación fáctica que se venía presentando era diferente de los casos de concurso real o ideal de infracciones que estaban establecidos en la ley, por lo que se aprestaba a determinar la idoneidad del tipo penal para acumular la punición y garantizar la proporcionalidad de la pena, con lo que evidentemente, corría el riesgo de adentrarse en un ámbito reservado para el legislador.

Este criterio despertó el rechazo de muchos juristas, a tal punto que el Colegio de Abogados de Pichincha presentó una acción de inconstitucionalidad contra la resolución, en donde argumentaba que el razonamiento de la Corte era lógico y jurídicamente incorrecto, pues equivaldría a considerar como infracciones autónomas a varias cuchilladas propinadas por una persona a la misma víctima por el hecho de que se hubieran

²⁰ Las sentencias que el Pleno cita son: sentencia No. 001-12-SCN-CC de 5 de enero de 2012, dictada en el caso No. 0023-09-CN; sentencia No. 002-10-SCN-CC del 14 de febrero de 2010, publicada en el *Suplemento del Registro Oficial* No. 159 de 26 de marzo de 2010, replicada en la sentencia No. 028-10-SCN-CC del 14 de octubre de 2010, publicada en el *Suplemento del Registro Oficial* No. 319 de 12 de noviembre del 2010.

²¹ Resolución No. 12-2015, publicada en el *Suplemento del Registro Oficial* No. 592 de 22 de septiembre de 2015.

utilizado diferentes cuchillos; además, sostenía que rompe la regla lógica del tercero excluido, pues si hay concurso es porque hay pluralidad de infracciones y si no cabe concurso, como la misma Corte lo reconoce, entonces no habría pluralidad de infracciones y no puede señalarse que no hay concurso pero sí pluralidad de infracciones. En la práctica, la resolución de la Corte Nacional de Justicia equivalía a que si la o las personas procesadas cometían alguno de los verbos rectores del tipo con más de una sustancia estupefaciente o sicotrópica, las penas se podían acumular hasta por 40 años. Pero no sólo eso, sino que tomando un ejemplo expuesto en la demanda presentada por el Colegio de Abogados de Pichincha, si a una sola persona se le encontraban 0.3 gramos de heroína, 5 gramos de base de cocaína, 3 gramos de cocaína y 22 gramos de marihuana (3 cigarros), equivalía a cuatro delitos de tráfico a mediana escala de drogas y podía enfrentar una pena acumulada de 16 años; mientras tanto, una persona a la que se le encontrara en poder de cuatro o más toneladas de cualquiera de las sustancias señaladas podría recibir una pena máxima de 13 años por tráfico a gran escala. Regresaba entonces el fantasma de la falta de proporcionalidad, pues si bien las penas señaladas en el ejemplo podían ser modificadas con base en atenuantes o en agravantes, sin embargo, las bandas básicas nos sirven suficientemente para ilustrar que esta situación afectaba al principio de proporcionalidad de las penas y al principio de legalidad, pues la misma Corte Nacional reconocía que una situación así no estaba regulada por las normas que se refieren al concurso real e ideal de infracciones.

Como habíamos anotado al hacer una breve caracterización del proceso de creación de derecho judicial en el Ecuador, una resolución de este tipo tiene efectos generales y la forma de dejarla sin efectos son dos: la una, que sean los jueces y las juezas de la Sala de la Corte Nacional de Justicia quienes en forma unánime se aparten de él y envíen un informe al Pleno de la Corte para que ratifiquen o cambien el precedente obligatorio; el otro, que se proponga una acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, acción que ya había sido planteada por el gremio de abogados de Pichincha.

Esta situación finalmente fue superada cuando luego de casi cuatro años de vigencia, y teniendo como antecedentes varios fallos²² que se apartaban de la resolución en mención, la misma Corte Nacional de Justicia emite la resolución No. 02-2019, en la que cambia de criterio y resuelve declarar como precedente jurisprudencial obligatorio el siguiente punto de derecho:

En los casos relacionados con sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, y cuya conducta delictiva se realice por medio de uno o varios verbos rectores constantes en el artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal, atribuibles a una misma persona en unidad de tiempo y acción, se debe aplicar el concurso ideal de delitos, por el que se punirá únicamente la conducta más severamente sancionada en el tipo penal, conforme el principio de absorción que rige este modelo concursal.

Para adoptar esta resolución, la Corte acudió a la doctrina del concurso de delitos según la cual, el caso que nos ocupa podría tener las siguientes soluciones:

i) Que cada una de las infracciones realizadas se penen por separado, acumulándose las sanciones que resulten (principio de acumulación) –lo cual se venía realizando con la aplicación de la resolución No. 12-2015; ii) Que se imponga la pena correspondiente al delito más grave, haciéndola objeto de una agravación (principio de asperación); iii) Que se condene a la pena que corresponde al delito más grave, sin tomar en consideración las correspondientes a los otros delitos realizados (principio de

²² Los fallos que motivaron el presente precedente jurisprudencial fueron: a) Juicio No. 17721-2016-1110, recurso de casación, sentencia de fecha 2 de agosto de 2018. Juez Nacional Ponente, doctor Edgar Flores Mier; Juez y Conjueces Nacionales doctor Marco Rodríguez Ruiz y doctor Richard Villagómez Cabezas. b) Juicio No. 17282-2016-05465, recurso de casación, sentencia de fecha 9 de enero de 2019. Juez Nacional Ponente, doctor Marco Rodríguez Ruiz; Jueces Nacionales doctores Luis Enríquez Villacrés e Iván Saquicela Rodas. c) Juicio No. 17282-2016-00494, recurso de casación, sentencia de fecha 17 de octubre de 2018. Conjuez Nacional Ponente, doctor Richard Villagómez Cabezas; Jueces Nacionales doctores Edgar Flores Mier e Iván Saquicela Rodas.

absorción); y, iv) Que se imponga una pena determinada, distinta a la que está conminada para cada uno de los delitos realizados, independientemente del número de estos y de la forma en que concurren (principio de la pena unitaria) [...]

Como se ve, finalmente la Corte se inclinó por el principio de absorción y estableció que el artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal tiene una estructura polinuclear que concentra varios verbos rectores, pero tales acciones no son varios delitos ni tampoco autónomos e independientes, dando por solucionado definitivamente este *impasse*.

Otro de los problemas a los que se enfrentó la justicia ecuatoriana es el relacionado con qué sucede cuando se encuentre a una persona con una cantidad de droga superior a la determinada en la tabla del CONSEP, que en concordancia a lo señalado en el COIP establece la cantidad de droga que se les permite portar a los consumidores, pues se asumía por cierto sector de los operadores jurídicos que el solo hecho de portar una cantidad de droga superior a la establecida en la tabla constituía haber cometido delito, aunque para otro sector, al aplicar aquella tabla se estaba descontextualizando su espíritu y vulnerando lo previsto en el artículo 364 de la Constitución de la República respecto a que no se debía criminalizar el consumo de drogas. Además, se cuestionaba sobre si era constitucional que una tabla creada por un organismo administrativo por remisión de la ley respetaba el principio de legalidad. Entonces el dilema llegó a conocimiento de la Corte Constitucional por una consulta sobre constitucionalidad formulada por un juez de primer nivel.²³

El antecedente de la consulta trata de que una persona fue procesada por encontrarse en posesión de 4.5 gramos de peso neto de pasta base de cocaína. En la audiencia de calificación de flagrancia se le formularon

²³ Resolución No. 001-CONSEP-CD2013 expedida por el Consejo Nacional de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas CONSEP, publicada en el *Registro Oficial Suplemento* No. 19 de 20 de junio de 2013, la que contenía la tabla para evitar la criminalización de los consumidores

cargos por el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, tipificado y sancionado en el artículo 220, numeral 1, literal b), del Código Orgánico Integral Penal. De conformidad con lo previsto en el artículo 640 del cuerpo legal antes mencionado, debía ser juzgado en procedimiento directo, que es una especie de procedimiento *exprés* o rápido que se aplica a determinados delitos cuando hay flagrancia.²⁴ En la audiencia, la Fiscalía argumentó que el peso de la cocaína incautada al procesado, sobrepasó el límite fijado en la tabla de cantidades máximas permitidas portar a los consumidores de conformidad con la resolución en mención y que, en consecuencia, el solo exceso, era prueba suficiente del cometimiento del delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización por parte del procesado, argumentando además que el hecho de que tuviera una adicción, considerado por la Constitución como "un problema de salud pública, no podía estar sobre la ley". La Defensa, por su parte, argumentó que su defendido era consumidor de cocaína y presentó como prueba pericias psicosomáticas y toxicológicas.

²⁴ Artículo 640 del Código Orgánico Integral Penal. El procedimiento directo deberá sustanciarse de conformidad con las disposiciones que correspondan al presente Código y las siguientes reglas:

1. Este procedimiento concentra todas las etapas del proceso en una sola audiencia, la cual se regirá con las reglas generales previstas en este Código.
2. Procederá en los delitos calificados como flagrantes sancionados con pena máxima privativa de libertad de hasta cinco años y los delitos contra la propiedad cuyo monto no exceda de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general calificados como flagrantes. Se excluirán de este procedimiento las infracciones contra la eficiente administración pública o que afecten a los intereses del Estado, delitos contra la inviolabilidad de la vida, integridad y libertad personal con resultado de muerte, delitos contra la integridad sexual y reproductiva y delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar
3. La o el juez de garantías penales será competente para sustanciar y resolver este procedimiento.
4. Una vez calificada la flagrancia, la o el juzgador señalará día y hora para realizar la audiencia de juicio directo en el plazo máximo de diez días, en la cual dictará sentencia.
5. Hasta tres días antes de la audiencia, las partes realizarán el anuncio de pruebas por escrito.
6. De considerar necesario de forma motivada de oficio o a petición de parte la o el juzgador podrá suspender el curso de la audiencia por una sola vez, indicando el día y hora para su continuación, que no podrá exceder de quince días a partir de la fecha de su inicio.
7. En caso de no asistir la persona procesada a la audiencia, la o el juzgador podrá disponer su detención con el único fin de que comparezca exclusivamente a ella. Si no se puede ejecutar la detención se procederá conforme a las reglas de este Código.
8. La sentencia dictada en esta audiencia de acuerdo con las reglas de este Código, es de condena o ratificatoria de inocencia y podrá ser apelada ante la Corte Provincial.

Al resolver el caso la Corte, en la sentencia No. 007-17-CN/19²⁵ estimó que el objeto del control constitucional era verificar o descartar la armonía que guarda la resolución No. 001-CONSEP-CD-2013 con la Constitución y con los instrumentos internacionales de derechos humanos, a fin de garantizar la existencia de un sistema jurídico coherente y el principio de supremacía constitucional. Para el efecto, se plantearon dos problemas jurídicos. El primero fue enunciado así:

¿La resolución No. 001-CONSEP-CD-2013, expedida por el Consejo Nacional de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas —CONSEP—, publicada en el Registro Oficial No. 19 de 20 de junio de 2013, que contiene la tabla de cantidades máximas admisibles de tenencia para el consumo personal, contraviene el artículo 364 de la CRE?

Esta cuestión se resolvió en el sentido de que la tabla es producto del espacio no normado por el legislador y constituye un control respecto al máximo de tenencia para consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, por lo que, a criterio de la Corte, no transgrede lo dispuesto en el artículo 364 de la Constitución de la República del Ecuador²⁶ ni al artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal.²⁷

Asimismo la Corte acota que el espíritu del constituyente está orientado a evitar criminalizar las adicciones y extraer de la esfera delictiva un problema de salud pública, señalando expresamente que no resultaría constitucional la aplicación de sanciones penales para consumidores que utilicen sustancias psicotrópicas para consumirlas y no para traficarlas.

²⁵ Sentencia No. 007-17-CN/19, publicada en el *Registro Oficial* de 29 de abril de 2019. Corte Constitucional Ecuatoriana.

²⁶ Artículo 364 de la Constitución de la República: "Las adicciones son un problema de salud pública. Al Estado le corresponderá 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 [...]".

²⁷ Artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal inciso final: "[...] tenencia o posesión de sustancias estupefacientes o psicotrópicas para uso o consumo personal en las cantidades establecidas por la normativa correspondiente, no será punible".

El otro problema fue planteado así:

¿Cuál es la aplicación de la tabla para que guarde conformidad con lo establecido en el artículo 364 de la CRE?

Aquí la Corte señaló que, para determinar la constitucionalidad de la aplicación de la tabla, el criterio que debe primar, según el artículo 364 de la CRE, es la no punibilidad de la tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para el consumo. Estableció que es importante entender que, si bien la tabla contiene los máximos de tenencia, en el evento de que una persona se encuentre en posesión de una cantidad superior a la establecida en la tabla, le corresponde al fiscal buscar elementos de prueba de cargo y descargo a fin de determinar la expectativa de tráfico, para que de llegar a la etapa del juicio, esas pruebas solicitadas, ordenadas, practicadas e incorporadas en el juicio, sean valoradas por la autoridad juzgadora. También resaltó la importancia de entender que en el supuesto de que a una persona se le encuentre en tenencia de una cantidad de droga superior a la establecida en la tabla, corresponde a la justicia el establecer si la conducta se subsume en el tipo penal para determinar su eventual responsabilidad; en fin, que la presunción de inocencia no se desvanece por el solo hecho de superar la cantidad máxima admisible establecida en la resolución del CONSEP y por tanto, en todos los casos se deberá probar la intención de traficar y que en consecuencia, la tabla no puede ser vista como una herramienta que reemplaza el deber de la justicia de sustanciar un proceso penal que garantice el derecho a la defensa de toda persona procesada, es decir, no es una herramienta que excluya o supla la práctica de otras pruebas que se presenten en el proceso penal y que sirvan de insumo para determinar la decisión del juzgador. Finalmente, el criterio de la Corte se plasmó así:

1. La tabla respecto a cantidades máximas admisibles de tenencia para consumo personal establecida en la Resolución No. 001-CONSEP-CD-2013 es compatible con el artículo 364 de la CRE.
2. El inciso final del artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal es compatible con el artículo 364 de la CRE, en lo que

atañe al objeto de esta sentencia, interpretándose en el sentido que el hecho de superar las cantidades máximas establecidas, no es constitutivo del tipo penal de tenencia y posesión, no establece indicio ni presunción de responsabilidad penal. Si el detenido supera las cantidades máximas admisibles de tenencia para consumo personal, corresponde a los operadores de justicia establecer que la persona en tenencia de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, tenga la intención de traficar en lugar de consumir, en el marco del derecho al debido proceso.

Hasta aquí hemos revisado las principales sentencias de las Altas Cortes en materia de drogas, de donde se desprende que para que resuelvan sobre asuntos que son evidentemente violatorios de los derechos de las personas procesadas, han tenido que pasar varios años desde la vigencia de cada norma cuestionada hasta ser afinadas conforme a la Constitución. En el caso de la Corte Nacional de Justicia, primero hizo una interpretación a todas luces ultrapunitiva de la ley que permitió la acumulación de penas. Tal vez lo anotado se deriva de la presión mediática y social que existe en torno a este tipo de casos; no nos olvidemos que la seguridad es una de las mayores preocupaciones en nuestros países, situación de la que se aprovechan los asesores en *marketing* político y la toman como insumo para promocionar a los aspirantes a cargos públicos, quienes terminan proponiendo agravar las penas de todo lo relacionado a drogas, sin importar llevarse de por medio a quienes son víctimas del delito en calidad de consumidores o a personas que son las típicas "mulas" del narcotráfico, a las cuales se les aplican penas desproporcionadas. También merece especial atención la ya mencionada cultura legalista de los jueces y las juezas, reconocida en los antecedentes del COIP y que fue mencionada anteriormente. Esto determina que las soluciones a los problemas cotidianos que ofrecen los tipos penales relacionados con la droga —al tratar de llenarse el espacio que la ley de carácter general no colma— sean solucionados con respuestas que van más acorde con la política criminal inquisitiva que reclama el populacho y el poder mediático y político electorero, pero que no necesariamente guarda coherencia a las exigencias de los derechos humanos y el respeto a la dignidad humana.

IV. El paradigma de la argumentación jurídica y la deuda de la magistratura

Tal vez éste sea uno de los puntos más álgidos en el proceso de creación de derecho judicial. No nos olvidemos que en el actual paradigma de la argumentación jurídica hay espacios que no avanza a regular la ley y debe ser llenado por el juez. Este criterio que a muchos les puede parecer una herejía para el campo penal, es corroborado por Herman Galán Castellanos, quien, en su libro *Teoría del delito*, preparado para la Escuela de la Judicatura Rodrigo Lara Bonilla de Colombia, señala que:

Se debe superar el simplismo jurídico de la subsunción mecánica entendiendo que cuando el tipo legal describe acciones u omisiones está haciendo referencia a un ámbito situacional determinado, por lo que la tipicidad, consecuentemente es la configuración de una realidad, así que el Juez no simplemente enfrenta una conducta positiva o negativa, sino que afronta la complejidad del caso. El Juez debe sobreponerse a lo formalmente jurídico para interpretar mediante la emisión de un juicio de razonabilidad y conforme al paradigma de la argumentación jurídica tanto el supuesto de hecho normativo como el caso realmente ocurrido con lo cual entra en el fascinante campo de la creación del derecho.²⁸

De ahí que es de vital importancia que, a fin de que la situación cambie drásticamente, los jueces y las juezas entiendan que su verdadero rol va más allá de ser la boca parlante por donde se expresa la asamblea legislativa, como lo sostenía Montesquieu. Para ejemplarizar citamos una sentencia de un tribunal de primer nivel de la región sur del Ecuador, que al año 2013, esto es unos seis años antes de que la Corte Constitucional se pronunciara sobre la tabla de drogas, ya sostuvo que dicha tabla es referencial y que el hecho de que una persona consumidora porte una cantidad de drogas que se exceda o que sea menor, no es suficiente

²⁸ Galán Castellanos, Herman, *Teoría del delito*, primera edición, 2010, p. 34.

para dar por justificado ni para descartar la comisión del delito, sino que además deben existir además pruebas con las que se justifiquen la expectativa de tráfico.

Ahora, es cierto que el peso decomisado a la acusada es de apenas 4.9 gramos y que el Art. 364 de la Constitución señala que no se criminalizará el consumo de drogas por ser un problema de salud pública y que la tabla referencial emitida por el CONSEP establece como referencia un peso de 2 gramos para base de cocaína como parámetro máximo para considerar consumidor a una persona, sin embargo, del análisis de la prueba en su conjunto conforme a las reglas de la sana crítica, no hay duda alguna que la tenencia era con expectativa al tráfico pues entre otros indicios se ha descartado que la acusada sea dependiente al consumo de drogas. Es cierto también que la tabla referencial del CONSEP es apenas referencial y no significa que por haberse excedido, automáticamente deba considerarse que existe expectativa al tráfico, ni que, porque alguien porte menos de la cantidad señalada, automáticamente se descarte el delito; sin embargo, aquí se ha valorado todos los elementos en su conjunto y se ha determinado que la sustancia no era para su propio consumo. Respecto de la cantidad como un indicio, las sentencias del Supremo español, que bien nos puede servir como referente doctrinario, señala en la sentencia STS 7242/2009, de 1 de diciembre: "[...] las SSTS. 492/99 de 26.3, 2371/2001 de 5.12, 900/2003 de 17.6, declaran que este criterio, el del exceso de las necesidades del autoconsumo, es meramente orientativo y muy discutible y de dudosa eficacia si se quiere implantar de modo genérico. No cabe, consecuentemente, considerar que la detención de una determinada cantidad de sustancia tóxica, evidencia, sin más, su destino al tráfico, pues se hace preciso comprobar en cada caso concreto las circunstancias concurrentes. Entre ellas, el lugar de la detención, la distribución de la sustancia, las pautas de consumo del detentador, etc., a través de las cuales declarar razonable su destino al tráfico basado en la mera ocupación de la sustancia. [...] Consecuentemente puede concluirse en relación

a la cantidad de droga ocupada, que debe excluirse que pueda apreciarse de un modo automático su destino al tráfico cada vez que se comprueba la tenencia de una cantidad más o menos similar a la fijada por la jurisprudencia, por cuanto tal entendimiento supondría, en realidad una modificación del tipo objetivo del delito extendiendo a supuestos de tenencia de determinadas cantidades, lo que en realidad implicaría una verdadera extensión analógica del tipo penal, ya que lo que la Ley incrimina es la tenencia para el tráfico, no la tenencia de una determinada cantidad, aunque sea para el propio consumo. Por ello, siendo el fin de tráfico un elemento del tipo debe quedar tan acreditado como cualquier otro, sin que pueda deducirse mecánicamente de una cantidad que aparentemente excede del propio consumo; y b) en segundo lugar, que la tenencia de cantidades inferiores a esos baremos orientativos —como serían las que fueron ocupadas al recurrente al ser detenido (3,48 gramos con pureza 42 %)— no es obstáculo para la condena, si otras pruebas acreditan que el destino de aquellas sustancias era su distribución a terceros". Analizada entonces la citada jurisprudencia, como referente doctrinario, concluiremos que es trascendental la determinación del elemento subjetivo plasmado en el ánimo de traficar sea a título de venta, donación u otra forma de traslado del dominio de la droga, elemento subjetivo que debe determinarse por vía de inducción pues como también nos dice la jurisprudencia comparada, que otra vez nos sirve como referente doctrinario "en el esfuerzo encaminado al descubrimiento y revelación de la oculta y recóndita voluntad del agente, habrán de formularse juicios de valor por el juzgador con apoyo en los datos circunstanciales con que se cuente. La intencionalidad escapa la material verificación, requisitos subjetivos solo constatables merced a la inferencia o deducción, a través del juego de las presunciones, siempre que en los datos que suministre el relato (hecho base) y el fin de especulación a tráfico, puede establecerse un enlace lógico, con arreglo a las reglas del criterio humano. No es indispensable la tenencia material de la droga para que pueda hablarse de posesión pues esta situación se equipara a la existencia de poder de disposición de la misma vinculada a la voluntad del sujeto activo"

(Sentencia No. 1401-22-2007, del Tribunal de Sensuntepeque, El Salvador, de 20 de marzo del 2007). De ahí que para confirmar lo ya dicho anteriormente, encontramos que en el presente caso la cantidad de la droga viene a ser solo uno de los varios indicios, que se suman a otros como la forma de su presentación en sobres (12).²⁹

La sentencia en mención, que data del año 2013 y que para tomar posición toma como referente doctrina jurisprudencial comparada, desde nuestro punto de vista es legítima y apegada a la Constitución, no sólo por lo que luego se dice en el preámbulo del COIP que es aprobado un año después respecto a la cuestionada cultura excesivamente legalista de los jueces y las juezas, sino porque el Código Orgánico de la Función Judicial ya vigente, establecía en su artículo 28, inciso final, que los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia. Asimismo, acorde al principio que consagra al Estado ecuatoriano como constitucional de derechos, el mismo Código, en sus artículos 4 y 5 reconoce los principios de supremacía de la Constitución y de aplicación directa e inmediata de sus preceptos por parte de los jueces y las juezas. Entonces, estimamos que comprender cuál debe ser el rol de la magistratura conforme al paradigma de la argumentación jurídica y a las cláusulas que declaran a un Estado como constitucional de derechos es de vital importancia para que el derecho judicial creado en cada país, se genere acorde con los estándares internacionales de derechos humanos, con la doctrina jurisprudencial comparada y la doctrina en general, obviamente, dentro del espacio en el que les es legítimo a las juezas y los jueces actuar sin invadir áreas que les corresponden a las otras funciones del Estado.

²⁹ Sentencia del Tribunal Primero de Garantías Penales de Loja. Proceso No. 11901- 2013-0042.

Lo dicho hasta aquí referente a los problemas relacionados con el porte, es aplicable, para al cultivo pues —si bien en el Ecuador no es un país productor de droga o donde se cultive su materia prima y por tanto no han existido problemas jurídicos relevantes ni pronunciamientos jurisprudenciales al respecto— pensamos que para los casos de cultivos de cantidades destinadas a autoconsumo, son aplicables los precedentes citados anteriormente. En cuanto al consumo, como ya hemos anotado anteriormente, este no es criminalizado.

V. Conclusión

De ahí que podemos concluir que si bien el ordenamiento constitucional determina que no se deba criminalizar el consumo de drogas y que se cuentan con mecanismos constitucionales para asegurar la plena eficacia de ese mandato, sin embargo, la presión mediática y electorera, los prejuicios, así como la cultura demasiado legalista de las personas encargadas de aplicar la ley, han determinado que los avances se den a paso muy lento, aunque hay que reconocer que hoy el derecho judicial se ha acoplado muy bien a los mandatos constitucionales que establecen que no deban criminalizarse el consumo de drogas y a las normas relacionadas a la proporcionalidad de las penas.

V. MÉXICO

1. Contexto nacional

La República Mexicana, al norte del continente americano, colinda al norte con los Estados Unidos y al sur con Centroamérica. Su población, de acuerdo con el último censo del INEGI, es de 119,038,473 habitantes. México ha sido tradicionalmente considerado un país de cultivo, producción y tránsito de sustancias psicoactivas que, en su mayoría, se dirigen a los Estados Unidos, el país con mayores índices de consumo de drogas en el mundo. La ubicación geográfica ha resultado estratégica para el trasiego de drogas, la siembra y el cultivo de plantas como la amapola y la marihuana, la producción de drogas sintéticas, así como el surgimiento de grandes y poderosos cárteles desplegados en territorio nacional.¹ Esta posición ha mantenido al Estado mexicano bajo el paradigma de la prohibición desde mediados del siglo XX, generando en las últimas décadas una escalada de la violencia, así como una crisis de derechos sin precedentes.

¹ Cfr. Corona Ojeda, Gabriel Alejandro, *Breve historia de la guerra contra el narcotráfico y la regulación del cannabis en México*, Programa de Política de Drogas, Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), primera edición, 2019, p. 9.

El cannabis en México se cultiva principalmente en el estado de Sinaloa y en estados aledaños que conforman el llamado "Triángulo Dorado".² Para 2016, según datos del Departamento de Estado de los Estados Unidos, México se posicionó como la principal fuente de abastecimiento de cannabis para dicho país.³ Las estimaciones de Naciones Unidas ubicaban en el año 2013 a México como el segundo productor de cannabis después de Afganistán.⁴

No obstante, frente a la medición del cultivo y la producción de dicha planta, se observan diversas dificultades para obtener información veraz, debido a que la producción "presenta importantes limitaciones, ya que no permite conocer la productividad de los cultivos ni los contenidos de THC de las plantas cultivadas".⁵ Asimismo, el cultivo de cannabis crece en una variedad de condiciones mucho más grande que las amapolas y la hoja de coca, lo cual dificulta mucho más calcular los ingresos. Respecto al mercado local, según datos publicados por la Comisión Interamericana para el Control y Abuso de Drogas (CICAD), el cannabis se vende en México en aproximadamente US\$40 la libra (\$80 el kilo).⁶

Si bien la posición de país productor ha marcado debate público en materia de política de drogas y la prevalencia de consumo en el último año es inferior al resto de los países en la región,⁷ las cifras oficiales dan

² De acuerdo con el International Narcotics Control Strategic Report, elaborado por el Bureau of International Narcotics and Law Enforcement Affairs del Departamento de Estado estadounidense, la producción de marihuana se concentra, principalmente, en las zonas rurales de Sinaloa, Chihuahua, Durango, Guerrero y, en menor medida, en los estados de Sonora, Nayarit, Michoacán y Oaxaca. Pérez Correa, Catalina y Ruiz Ojeda, Andrés, *Marihuana en México: el peso de la prohibición*, Programa de Política de Drogas, Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), primera edición, 2018, p. 31.

³ UNODC. Reporte Mundial de Drogas 2018, p. 40. Disponible en: «https://www.unodc.org/wdr2018/prelaunch/WDR18_Booklet_3_DRUG_MARKETS.pdf».

⁴ UNODC. Reporte Mundial de Drogas 2013. Disponible en: «https://www.unodc.org/unodc/secured/wdr/wdr2013/World_Drug_Report_2013.pdf».

⁵ Romero, Jorge Javier, "La dimensión desconocida de la producción de drogas en México", en Atuesta, L. y Madrazo A (comps.), *Las violencias*, 2018.

⁶ Cfr. CICAD, *El programa de las drogas en las Américas. Estudios. La economía del narcotráfico*, 2013, p. 40. Disponible en: «http://www.cicad.oas.org/drogas/elinforme/informeDrogas2013/laEconomicaNarcotrafico_ESP.pdf».

⁷ Véase UNODC, World Drug Report, 2016, 2017 y 2018.

cuenta de un aumento en el consumo de sustancias psicoactivas en territorio mexicano. Según la Encuesta Nacional de Drogas, Alcohol y Tabaco (ENCODAT), en el año 2011, 1.2 millones de personas habían consumido alguna droga declarada ilícita en los últimos 12 meses anteriores a la realización de la encuesta. Para el 2016, dicha cifra aumentó a 2.3 millones de personas.⁸ De acuerdo con el último informe de la Secretaría de Salud, las cifras de la ENCODAT 2016-2017 evidenciaron que:

[...] la prevalencia del consumo de cualquier droga alguna vez en la vida y en el último año en la población general fue de 10.3% (hombres, 16.2% y mujeres, 4.8%) y de 2.9% (hombres, 4.6% y mujeres, 1.3%), respectivamente. Para el primer caso, esto representó un aumento significativo respecto a la encuesta previa de 2011, tanto para hombres como para mujeres y, particularmente, para los rangos de edad más jóvenes. Para el segundo escenario de prevalencias, es decir, en el último año, el incremento también fue significativo, sobre todo en el caso de las mujeres más jóvenes (12 a 17 años), en los hombres este incremento ocurrió en el estrato correspondiente a los 18 a 34 años. Por otra parte, se identificó que quienes habían desarrollado dependencia a cualquier droga correspondía a un 0.6% de la población, población, que representa un aproximado de 546 mil personas (1.1% de los hombres y 0.2% de las mujeres).⁹

Dicha encuesta reveló a su vez, que la droga de mayor consumo en México es el cannabis, el cual tuvo un aumento significativo de 2011 a 2016 en territorio nacional en comparación con el resto de las sustancias psicoactivas.¹⁰ Esta información es fundamental, ya que "permite ubicar

⁸ Encuesta Nacional de Drogas, Alcohol y Tabaco (ENCODAT). Disponible en: https://encuestas.insp.mx/ena/encodat2017/reporte_encodat_drogas_2016_2017.pdf. Véase también Pérez Correa, Catalina y Ruiz Ojeda, Andrés, *op. cit.*, p. 17.

⁹ Informe sobre la Situación del Consumo de Drogas en México, 2019. Disponible en: «https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/477564/Informe_sobre_la_situacion_n_de_las_drogas_en_Mexico.pdf».

¹⁰ Según cifras de la ENCODAT 2016-2017, se observaron aumentos de consumo de marihuana de hombres en la región sur de 8.4% a 14%. En el caso de las mujeres se observaron aumentos en la

la magnitud y dinámica del uso de drogas a partir de lo cual se deben articular y fortalecer las estrategias en materia de salud pública".¹¹

El ordenamiento jurídico en México incorporó integralmente el sistema de fiscalización de drogas previsto en las Convenciones de Naciones Unidas de 1961, 1971 y 1988. Bajo la premisa de proteger el derecho a la salud, establecido en el artículo 4o. constitucional, la legislación mexicana trata la política de drogas como una temática de salud pública.¹² No obstante, la implementación de ésta, sustentada en la prohibición, se regula a partir del poder punitivo del Estado y la calificación de conductas relacionadas con drogas como delitos contra la salud.¹³

El recorrido legislativo en materia de política de drogas muestra cómo en México la posesión y el consumo de sustancias psicoactivas siempre se ha mantenido en la esfera del derecho penal.¹⁴ Si bien el consumo de drogas declaradas ilícitas en México no es considerado un delito desde 1994, actualmente si lo son casi todas las conductas previas al mismo, como la posesión, suministro, distribución, producción, cultivo, cosecha, entre otras, lo cual ha expuesto a las personas usuarias de drogas a ser criminalizadas.¹⁵ Como señalan Pérez Correa y Silva:

El derecho mexicano ha tenido una relación ambivalente con los consumidores de sustancias ilícitas, tratándolos algunas veces como delincuentes, y otras como enfermos, incapaces de elegir libremente sobre su consumo. En el primer caso podemos cons-

región occidental (de 1.1% a 4.2 %); en la región noro-central (de 1.1% a 4.2%); en la noroccidental (de 1% a 3.6%); en la región sur (de 1% a 2-8%) y del centro sur (de 1% a 2.6%).

¹¹ CDHDF, Informe Especial Drogas y derechos humanos en la ciudad de México 2012-2013, primera edición, 2014, p. 107.

¹² *Cfr. Ibidem*, p. 73.

¹³ Véase Ley General de Salud, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de febrero de 1984.

¹⁴ Véase, por ejemplo, el artículo 195 del Código Penal en 1968; el artículo 198 del Código Penal en 1974.

¹⁵ Pérez Correa, Catalina y Silva, Karen, *Consumo y consumidores de drogas de uso ilícito en México en busca de los derechos: usuarios de drogas y las respuestas estatales en América Latina*, Colectivo de Estudios Drogas y Derecho, primera edición, julio de 2014, p. 110.

tatar en la historia de nuestra legislación una progresión punitiva para sancionar, cada vez más severamente, a toda persona involucrada en cualquier conducta relacionada con sustancias psicoactivas, incluido, en los hechos el consumo.¹⁶

La criminalización de las conductas relacionadas con sustancias psicoactivas se recrudeció durante el sexenio de Felipe Calderón. La estrategia del gobierno federal a partir de 2006 no sólo militarizó el país en nombre de la llamada "guerra contra el narcotráfico", sino también fortaleció el poder punitivo del Estado, especialmente para combatir la venta de sustancias al menudeo. Para ello, en 2009, vía decreto, se realizaron un conjunto de reformas, adiciones y derogaciones de diversas disposiciones de la Ley General de Salud, del Código Penal Federal y del Código Federal de Procedimientos Penales, así como la publicación de la Ley de Narcomenudeo.¹⁷ Esta última transfirió la responsabilidad de perseguir el tráfico de drogas en pequeña escala y el tratamiento de las personas consumidoras a las 32 entidades federativas de la República Mexicana.¹⁸

Con este Decreto, el Congreso de la Unión por vez primera hacía uso de sus facultades para fijar las condiciones en que las entidades federativas participarán en la persecución de delitos en materias concurrentes.¹⁹ Asimismo estableció que, "en materia de delitos contra la salud, la federación es quien debe decidir qué y quién se persigue y qué tanto se sanciona, pero responsabilizó a las entidades federativas de cómo, cuándo y de qué formas perseguirlos."²⁰

¹⁶ *Ibidem*, p. 19.

¹⁷ Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Salud, del Código Penal Federal y del Código Federal de Procedimientos Penales, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de agosto de 2009.

¹⁸ Suárez Ávila, Alberto Abad, "El nuevo paradigma regulatorio del cannabis en México", *Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional*, núm. 6, IJ-UNAM, primera edición, 3 de mayo de 2019, p. 24.

¹⁹ Alonso, Fernanda, "Legalizar la marihuana en el DF: los valores constitucionales en juego", *Revista Nexos*, 17 de febrero de 2014.

²⁰ Madrazo, Alejandro, "La ley", en Aguilar Camín, Héctor, *et al. Informe Jalisco: más allá de la guerra de las drogas*, México DF, Nexos, 2012, pp. 207-244.

En materia de consumo, dentro del paquete de reformas, destaca la incorporación en la Ley General de Salud de una "tabla de orientación de dosis máximas y consumo personal".²¹ Con dicha herramienta se establecieron dosis para consumo personal que no son sancionadas con penas de prisión. De igual forma, se incorpora dentro de las sanciones penales la figura del narcomenudeo, considerada como la posesión de sustancias por encima del umbral de dosis personal y sin rebasarlo mil veces. Al superar dicha cantidad, se considera narcotráfico y queda bajo competencia del ámbito federal. Estas adiciones a la normativa tenían como propósito diferenciar a las personas usuarias de drogas de quienes se dedicaban a actividades delictivas como el microtráfico.

Para el caso específico del cannabis, la tabla de orientación fijó como dosis máxima la cantidad de 5 gramos. Por tanto, si la cantidad supera dicho umbral y es menor a cinco kilos se encuadra el delito de narcomenudeo. La tipificación incluye la posesión simple sin fines de comercialización con una pena de diez meses a tres años de prisión. El cultivo también está sancionado así no sea con fines de tráfico y la pena va de diez a veinticinco años. Respecto a los verbos de producción, tráfico, comercio y suministro, aun de manera gratuita, la pena también es de diez a veinticinco años de prisión.²²

Frente a las cantidades previstas para la posesión de cannabis y la penalización de las conductas conexas, se observa que la figura del narcomenudeo adoptada por el Estado mexicano mantiene, dentro del ordenamiento jurídico, la criminalización en perjuicio de las personas usuarias de drogas. Como ha identificado Pérez Correa y Silva se mantiene la criminalización de *iure* y de *facto*:

[...] el aparato penal se pone en marcha: la policía detiene al consumidor y lo presenta ante el Ministerio Público [...] los con-

²¹ Artículo 479 de la Ley General de Salud.

²² Véase Artículos 193 a 199 del Código Penal Federal y el artículo 245 de la Ley General de Salud.

sumidores siguen inmersos en el sistema penal, con todos los riesgos y costos que ello conlleva —desde estar sujetos a detenciones por instituciones que frecuentemente han sido ligadas a violaciones de debido proceso y corrupción hasta los costos que implica para las instituciones procesar cada caso—. Existe criminalización de facto porque la Tabla de Orientación contiene dosis máximas tan bajas que su aplicación implica, de facto, que consumidores sean acusados de posesión y castigados como si se tratara de narcomenudistas.²³

Es importante señalar que la Ley General de Salud prevé alternativas a la privación de la libertad incorporando a las entidades de salud, las cuales con base en el artículo 193 BIS de ésta "deberán citar al farmacodependiente o consumidor, a efecto de proporcionarle orientación y conminarlo a tomar parte en los programas contra la farmacodependencia o en aquellos preventivos de la misma". De igual forma, prevé que al tercer reporte del Ministerio Público el tratamiento del farmacodependiente será obligatorio.²⁴ Dicha disposición refleja que la calificación de los tipos de consumo recae en el sistema penal de justicia, sin diferenciar sobre tipos de consumo.

La guerra contra el narcotráfico y la utilización del derecho penal para combatir la oferta ha tenido diversos costos constitucionales.²⁵ Como han señalado la academia y la Comisión Global de Política de Drogas:

La prohibición y su aplicación han tenido efectos devastadores en México. Como política, ha fracasado para proteger la salud pública o individual y en cambio ha socavado las instituciones

²³ Pérez Correa, Catalina y Silva, Karen, *op. cit.*, p. 26.

²⁴ Artículo 193 de la Ley General de Salud.

²⁵ Alejandro Madrazo Lajous ha propuesto contabilizar los costos constitucionales de pretender que se cumpla la prohibición de las drogas no sólo en términos de dinero y sangre, sino también en lo que respecta a los efectos jurídicos y políticos que esta "guerra" ha tenido en la configuración de nuestras comunidades políticas. Véase *Los costos constitucionales de la guerra contra las drogas: una primera aproximación (desde México)*, Programa de Política de Drogas, Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE). Primera Edición, 2014, p. 5.

del Estado. La decisión del gobierno mexicano de hacer más intensa la prohibición y perseguir a las organizaciones delictivas con los medios más violentos a su alcance en lugar de minar su acceso a los enormes recursos económicos que hay en los mercados ilegales ha llevado la violencia a niveles nunca antes registrados en la historia moderna del país y ha afectado dramáticamente la vida de muchas personas y de sus comunidades.²⁶

Estas consecuencias se observan desde dos frentes. Por un lado, la militarización del país y la violencia extrema de los grupos de la delincuencia organizada han generado graves violaciones a derechos humanos en todo el país; organismos regionales de protección de derechos humanos y organizaciones de la sociedad civil han dado cuenta de más de 250,000 mil asesinatos de personas; 40 mil personas desaparecidas, cientos de miles de personas desplazadas forzosamente y una serie de vulneraciones al debido proceso en nombre de la prohibición.²⁷

Por el otro, la política vigente ha afectado de manera desproporcionada a grupos en situación de vulnerabilidad que se vinculan a la cadena de producción de drogas por situación de pobreza y violencia por parte de grupos de la delincuencia organizada. En ese sentido, la instrumentación del derecho penal ha generado que miles de personas sean privadas de la libertad por el simple hecho de portar sustancias psicoactivas.

Según datos de la entonces Procuraduría General de la República, de 2009 hasta mayo de 2013 fueron detenidas en todo el país 140,860 personas por consumo de drogas.²⁸

²⁶ Zedillo Ponce de León, Ernesto; Madrazo Lajous, Alejandro, *et. al*, *La política de drogas en México: Causa de una tragedia nacional. Una propuesta radical e indispensable para remediarla*, septiembre, 2018.

²⁷ Véase, por ejemplo: CIDH, Situación de los Derechos Humanos en México, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 44/15 31 diciembre 2015; Atrocidades Innegables. Confrontando Crímenes de Lesa Humanidad en México, Open Society Foundations, 2016 y, Violaciones Graves a Derechos Humanos en la Guerra contra las Drogas en México, CMPDPDH. Disponible en: «<http://www.cmdpdh.org/publicaciones-pdf/cmdpdh-violaciones-graves-a-ddhh-en-la-guerra-contra-las-drogas-en-mexico.pdf>».

²⁸ Pérez Correa, Catalina y Silva, Karen, *op. cit.*, p. 110.

Las cifras oficiales del Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistemas Penitenciarios Estatales de 2016 evidencian, según los estudios realizados por el Programa de Política de Drogas del CIDE, una priorización frente a los delitos relacionados con la posesión de sustancias psicoactivas, conducta que vincula directamente a las personas usuarias. En el ámbito federal, de los delitos relacionados con drogas, de 16,884 delitos, el 30.18% corresponde a posesión de narcóticos. En el fuero común se refleja que, de 13,730 delitos, el 30.67% es por narcomenudeo en la modalidad de posesión simple.²⁹ Frente a las personas privadas de la libertad en cárceles estatales por tipo de droga, las cifras dan cuenta que el 32% se relaciona con cannabis índica, sativa o marihuana.

Las personas que se encuentran privadas de la libertad por delitos de drogas demuestran en cifras el impacto diferenciado que la prohibición ha tenido en ciertos grupos sociales. La población reclusa son en su mayoría hombres jóvenes de sectores económicamente desaventajados, seguidos de mujeres jóvenes con hijos y fuertes desventajas sociales. La población carcelaria proviene de contextos violentos y con un escaso nivel de educación.³⁰

Los efectos de la política de drogas en México han abierto tanto en el plano internacional, como en los tres niveles de gobierno, el debate sobre la urgencia de dar pasos para transitar hacia una política de drogas con enfoque de derechos y salud pública. En el marco de la discusión en Naciones Unidas sobre este cambio de enfoque, el Estado mexicano desempeñó un papel fundamental en la celebración de la UNGASS 2016 y las posteriores discusiones sobre la necesidad de salvaguardar los derechos de las personas usuarias y reinterpretar las convenciones sobre drogas a la

²⁹ Véase Pérez Correa, Catalina y Ruiz Ojeda, Andrés, *op. cit.*, pp. 55 y ss.

³⁰ Pérez Correa, C. y Azaola, E., *Resultados de la Primera Encuesta a Población Interna en Centros Federales de Readaptación Social*, México: CIDE. Véase también Chaparro Hernández, Sergio y Pérez Correa, Catalina, *Sobredosis carcelaria y política de drogas en América Latina*, CEED/Dejusticia, Documentos 41. Disponible en: «<http://www.drogasyderecho.org/wp-content/uploads/2017/12/SobredosiscarcelariaypoliticaadedrogasenAmericaLatina.compressed.pdf>».

luz de las obligaciones contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos.³¹

En el ámbito nacional se han construido diferentes esfuerzos a fin de generar cambios a la política vigente donde sin duda, el Poder Judicial, específicamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), ha cumplido un papel fundamental. Lo anterior, se observa tanto en las decisiones sobre uso medicinal del cannabis, que impulsó recientemente la reglamentación del uso,³² como en el litigio estratégico por parte de la sociedad civil, que permitió generar jurisprudencia con base en un discurso de derechos, liderado por el libre desarrollo de la personalidad. Esto dio pie a la inconstitucionalidad del uso adulto del cannabis y a la orden al Congreso de la Unión para regular la materia.³³

Las decisiones de la SCJN y la reciente regulación del cannabis para uso adulto en países como Uruguay, Canadá y algunos estados en los Estados Unidos de América, han dado pie en los últimos años a diversas iniciativas para regular el mercado. Las puertas de dicho discurso se abrieron en 2017 con las reformas a la Ley General de Salud para regular el uso medicinal del cannabis.³⁴ Asimismo, como ha recopilado la organización México Unido contra la Delincuencia, de 2014 a la fecha se han presentado en el Congreso más de 60 iniciativas de ley, que se enfocan en distintos temas, como los usos medicinales, el cáñamo, la despenalización efectiva, beneficios a poblaciones afectadas y la creación de un mercado a nivel nacional.³⁵ Actualmente, el Congreso cuenta con un plazo que

³¹ La UNGASS sobre el problema mundial de las drogas: Reporte. IDPC, 1 de septiembre de 2016. Disponible en: «<https://idpc.net/es/publications/2016/09/la-ungass-sobre-el-problema-mundial-de-las-drogas-reporte>».

³² SCJN. Primera Sala. Amparo en Revisión 57/2019. M. Ponente. Eduardo Medina Mora.

³³ Véase SCJN, Consumo de Marihuana con fines Lúdicos y Recreativos, Disponible en: «<https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/ResultadosV2.aspx?Clase=SemanaarioBL&Orden=3&Apartado=Tesis&SemanaId=201908&Instancia=1&TATJ=2&Dominio=Tesis%20%20publicadas%20el%20viernes%2022%20de%20febrero%20de%202019.%20Primera%20Sala>».

³⁴ Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Salud y del Código Penal Federal, 19 de junio de 2017.

³⁵ Ramírez, Tania, "La 'foritis' como pretexto: el caso de la marihuana en México", *Animal Político*, 25 de septiembre de 2019. Disponible en: «<https://www.animalpolitico.com/seguridad-justicia-y-paz/la-foritis-como-pretexto-el-caso-de-la-marihuana-en-mexico/>».

fenece en abril de 2020 para regular los verbos rectores relacionados con el uso lúdico del cannabis. Este contexto de cambio incluso llegó al Poder Ejecutivo con el inicio de la administración de Andrés Manuel López Obrador quien, en el Plan Nacional de Desarrollo,³⁶ reconoció el fracaso de la guerra contra las drogas y la necesidad de generar un cambio de estrategia.

En ese sentido, el desafío actual se enmarca en la materialización en el plano nacional de un nuevo paradigma en materia de política de drogas que permita generar procesos responsables de regulación de cannabis, desprender el uso de drogas del sistema de justicia penal y garantizar una política con enfoque de salud pública y respeto de los derechos de las personas usuarias.

³⁶ Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024. Disponible en: «<https://www.gob.mx/cenace/acciones-y-programas/plan-nacional-de-desarrollo-2019-2024-195029>».

2. Marihuana y derechos humanos: Análisis e implicaciones de la doctrina de la SCJN

José Ignacio Morales Simón*

Carlos Gustavo Ponce Núñez**

SUMARIO: I. Introducción. II. La prohibición del consumo de marihuana en la ley. III. Consumo lúdico de marihuana. IV. Comercialización de marihuana. V. Consumo terapéutico. VI. Prohibición penal de la marihuana. VII. Conclusiones.

I. Introducción

En México se ha adoptado una política prohibicionista en materia de drogas. En el plano legislativo está prohibido el consumo de marihuana y tipificados penalmente su posesión y tráfico. A lo anterior, se debe sumar que en 2006 el entonces presidente Felipe Calderón Hinojosa declaró

* Es Secretario de Estudio y Cuenta de la Coordinación General de Asesores de Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Es maestro en derecho por la Universidad de Oxford, así como de Génova. Realizó sus estudios de licenciatura en la Escuela Libre de Derecho, donde actualmente imparte el curso de Teoría del Derecho. También ha sido profesor en el ITAM y en la Universidad Iberoamericana.

** Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Cuenta con estudios de posgrado en Derecho Constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad Complutense de Madrid y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, así como en Justicia Criminal por la Universidad Carlos III de Madrid. Actualmente es Secretario de Estudio y Cuenta en la Coordinación de Asesores del Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en donde labora desde el año 2014. Entre otras actividades académicas y profesionales, ha sido profesor de la clase de Juicio de Amparo en la especialidad de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional Autónoma de México; de las clases de Derechos Humanos y Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la Barra Nacional de Abogados, y del seminario de Teoría General del Proceso en el Instituto Tecnológico Autónomo de México. En el año 2012 fue pasante en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

la guerra a los cárteles de la droga, por lo que, desde ese entonces, el ejército (y ahora la Guardia Nacional) han estado involucrados en velar por la observancia de ese régimen.

Aunque dicha estrategia fue (y sigue siendo) duramente criticada por varios sectores de la sociedad civil,¹ la misma se justificó en su momento con base en dos argumentos principales. En primer lugar, se dijo que México había dejado de ser un país de tránsito, para convertirse en un país consumidor de drogas; y, en segundo lugar, que la inseguridad y la violencia relacionadas con el mercado de estas sustancias, había llegado a niveles intolerables.²

En ese sentido, durante más de nueve años, la retórica pública en materia de drogas en México giró fundamentalmente en torno a esos dos ejes: la protección de la salud pública y el combate a la inseguridad y la violencia. Sin embargo, en 2015 la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (o "SCJN") decidió un asunto que vino a cambiar radicalmente este discurso, así como la forma de ver la política pública en materia de drogas en México,³ pues por primera vez se reconoció en el ámbito institucional que la política de drogas debe hacerse cargo también de los derechos humanos de todas las personas involucradas, especialmente de las personas consumidoras.

¹ Véanse entre muchos otros *Perpetuar el fallido modelo de seguridad*, 2a. ed., México, Centro de Derechos Miguel Agustín Pro Juárez, abril de 2018; *La Magnitud de la Crisis de Derechos Humanos en México*, México, Centro de Derechos Miguel Agustín Pro Juárez, agosto de 2016; *Ni Seguridad, ni Derechos. Ejecuciones, desapariciones y tortura en la "guerra contra el narcotráfico" de México*, México, HRW, 9 de noviembre de 2011; *Impunidad Uniformada. Uso indebido de la justicia militar en México para investigar abusos cometidos durante operativos contra el narcotráfico y de seguridad pública*, México, HRW, 29 de abril de 2009; *Los Desaparecidos de México. El Persistente Costo de una Crisis Ignorada*. México, HRW, 20 de febrero de 2013.

² Sobre este punto véase Morales Oyarvide, César, "La Guerra contra el narcotráfico en México. Debilidad del estado, orden local y fracaso de una estrategia", *Aposta*, Revista de Ciencias Sociales, núm. 50, julio-septiembre, 2011, pp. 1-35. Disponible en: «<https://www.redalyc.org/pdf/4959/495950246005.pdf>».

³ Amparo en revisión 237/2014, aprobado por la Primera Sala, el 4 de noviembre de 2015, por mayoría de 4 votos de los señores Ministros Zaldívar Lelo de Larrea, Sánchez Cordero, Cossío Díaz y Gutiérrez Ortiz Mena.

En efecto, en ese asunto la SCJN determinó que la prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana violaba el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues no se trata de una medida necesaria ni proporcional. Este asunto no sólo modificó sustancialmente la manera en la que las instituciones se habían acercado al problema del consumo de drogas, sino que también abrió un debate público importante al respecto. Al poner sobre la mesa que la política de drogas tenía que pensarse desde la perspectiva de los derechos humanos, se dio un giro de 180 grados. Así, aunque los alcances de una sola sentencia ciertamente son limitados, la importancia de ese precedente radica en el debate que generó a su alrededor y en obligar a que el legislativo tomara una postura frente a ella.

En ese orden de ideas, partiendo de la base de que la aproximación adoptada por la Corte es el punto de inicio del debate tanto en sede legislativa como judicial en materia de política de drogas, en este artículo se realiza una descripción detallada de la doctrina de la SCJN sobre el derecho a consumir marihuana con fines lúdicos y se exploran las implicaciones que este reconocimiento tiene, especialmente en el derecho penal y en la comercialización de la cannabis.

Debe aclararse que en este trabajo no se pretende discutir, de ninguna manera, si la sentencia fue correcta o si la Corte pudo haber adoptado una mejor decisión. Lo que se busca es explicar la doctrina constitucional existente, identificar las áreas de oportunidad pendientes y explorar de qué manera dicha doctrina puede impactar en debates futuros en la materia.

En este sentido, en el artículo se describen: (i) la prohibición del consumo de marihuana en la ley; (ii) la doctrina sobre el derecho a consumir marihuana con fines lúdicos y recreativos; (iii) las implicaciones de la doctrina en la comercialización de marihuana; (iv) el derecho a consumir marihuana con fines terapéuticos; y (v) las implicaciones de la doctrina en la prohibición penal de la posesión y consumo de marihuana.

II. La prohibición del consumo de marihuana en la ley

Como se mencionó en la introducción, las y los legisladores mexicanos han adoptado una política prohibicionista en materia de drogas. Así, han optado por un sistema de prohibiciones absolutas a nivel administrativo y por tipificar la posesión y el tráfico de drogas. Aunque el sistema así descrito parece simple, la realidad es que la regulación de drogas en México es compleja —y en algunas partes confusa—, por lo que vale la pena explicarla con detalle para poder comprender en qué contexto surge la doctrina constitucional de la Suprema Corte.⁴

A nivel constitucional la materia de salud es concurrente, por lo que tienen competencia tanto la federación, como los estados y los municipios. No obstante, la Constitución le da a la federación la facultad exclusiva de expedir una "ley general" que coordine esa concurrencia.⁵ Esto significa que las y los legisladores federales pueden establecer en dicha ley general qué competencias corresponden a los otros órdenes de gobierno, así como las reglas y los principios que deben atender todas las autoridades del país. Así, los estados y municipios están obligados a respetar la ley general que expida el Congreso federal.

La Ley General de Salud clasifica al cannabis como uno de los estupefacientes y uno de los psicotrópicos que "tienen algún valor terapéutico, pero constituyen un grave problema para la salud pública".⁶ Sin embargo, las consecuencias de esta clasificación no son tan claras: el artículo 250

⁴ Se debe aclarar que tuvieron lugar reformas importantes en la materia desde el momento en que se resolvió el primer asunto sobre marihuana en 2015. Sin embargo, se describirá el sistema normativo vigente ya que la finalidad de este trabajo es estudiar las implicaciones de esa doctrina en el estado o situación actual.

⁵ Artículo 4.- [...] Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

⁶ Artículo 234.- Para los efectos de esta Ley, se consideran estupefacientes: [...]

CANNABIS sativa, índica y americana o mariguana, su resina, preparados y semillas.

de la Ley General de Salud dispone que a las sustancias que "tienen algún valor terapéutico, pero constituyen un grave problema para la salud pública" les son aplicables las disposiciones del capítulo V del mismo título, el cual regula a todos los estupefacientes. Por su parte, el artículo 235 de dicho capítulo sólo permite la siembra, cultivo, cosecha, elaboración, preparación, acondicionamiento, adquisición, posesión, comercio, transporte en cualquier forma, prescripción médica, suministro, empleo, uso, consumo y, en general, todo acto relacionado con estupefacientes para fines médicos y científicos.⁷ Por tanto, se entiende que están prohibidos todos esos actos cuando se realizan para fines lúdicos y recreativos, y que el consumo de marihuana está prohibido salvo para fines terapéuticos o de investigación científica.

Cabe señalar que los artículos 478 y 479 de la Ley General de Salud establecen que no se ejercerá acción penal contra quien posea 5 gramos de marihuana o menos, por lo que podría entenderse que está permitido el consumo siempre que no se posea más de esa cantidad.⁸ Sin embargo,

Artículo 244.- Para los efectos de esta Ley, se consideran sustancias psicotrópicas las señaladas en el artículo 245 de este ordenamiento y aquellas que determine específicamente el Consejo de Salubridad General o la Secretaría de Salud.

Artículo 245.- En relación con las medidas de control y vigilancia que deberán adoptar las autoridades sanitarias, las sustancias psicotrópicas se clasifican en cinco grupos:

II.- Las que tienen algún valor terapéutico, pero constituyen un problema grave para la salud pública, y que son:

TETRAHIDROCANNABINOL, las que sean o contengan en concentraciones mayores al 1%, los siguientes isómeros: Δ6a (10a), Δ6a (7), Δ7, Δ8, Δ9, Δ10, Δ9 (11) y sus variantes estereoquímicas. Y sus sales, precursores y derivados químicos.

⁷ Artículo 235.- La siembra, cultivo, cosecha, elaboración, preparación, acondicionamiento, adquisición, posesión, comercio, transporte en cualquier forma, prescripción médica, suministro, empleo, uso, consumo y, en general, todo acto relacionado con estupefacientes o con cualquier producto que los contenga queda sujeto a: [...]

Los actos a que se refiere este artículo sólo podrán realizarse con fines médicos y científicos y requerirán autorización de la Secretaría de Salud.

⁸ Artículo 478.- El Ministerio Público no ejercerá acción penal por el delito previsto en el artículo anterior, en contra de quien sea farmacodependiente o consumidor y posea alguno de los narcóticos señalados en la tabla, en igual o inferior cantidad a la prevista en la misma, para su estricto consumo personal y fuera de los lugares señalados en la fracción II del artículo 475 de esta Ley. La autoridad ministerial informará al consumidor la ubicación de las instituciones o centros para el tratamiento médico o de orientación para la prevención de la farmacodependencia. El Ministerio Público hará reporte del no ejercicio de la acción penal a la autoridad sanitaria de la entidad federativa donde se adopte la resolución con el propósito de que ésta promueva la correspondiente orientación médica

la Suprema Corte ha entendido que se trata de una excluyente de responsabilidad, que no afecta el régimen de prohibiciones administrativas antes descrito.⁹

En este sentido, es posible afirmar que la Ley General de Salud únicamente permite el consumo terapéutico de marihuana,¹⁰ siempre que se haga mediante receta médica que expida una persona profesional autorizada, para tratamientos no mayores de 30 días y que la cantidad máxima se ajuste a las indicaciones terapéuticas del producto.¹¹ En cambio, el consumo de esta sustancia para fines lúdicos está absolutamente prohibido por la ley.

Ahora bien, además de este sistema de prohibiciones administrativas, el legislador mexicano también ha previsto un sistema de prohibiciones y sanciones penales respecto de la posesión y otros actos relacionados con la marihuana.

El Código Penal Federal tipifica en los artículos 193 a 196 varias conductas relacionadas con la tenencia y el tráfico de drogas bajo el título de "delitos contra la salud". Al respecto, la SCJN ha señalado que estas conductas no constituyen diversos delitos, sino que conforman las diversas modalidades en las que puede presentarse el delito contra la salud.¹²

o de prevención. La información recibida por la autoridad sanitaria no deberá hacerse pública, pero podrá usarse, sin señalar identidades, para fines estadísticos.

⁹ Amparo en revisión 237/2014, *op. cit.*, p. 28.

¹⁰ Artículo 235 Bis.- La Secretaría de Salud deberá diseñar y ejecutar políticas públicas que regulen el uso medicinal de los derivados farmacológicos de la cannabis sativa, india y americana o marihuana, entre los que se encuentra el tetrahidrocannabinol, sus isómeros y variantes estereoquímicas, así como normar la investigación y producción nacional de los mismos.

¹¹ Artículo 241.- La prescripción de estupefacientes se hará en recetas especiales, que contendrán, para su control, un código de barras asignado por la Secretaría de Salud, o por las autoridades sanitarias estatales, en los siguientes términos:

I. Las recetas especiales serán formuladas por los profesionales autorizados en los términos del artículo 240 de esta ley, para tratamientos no mayores de treinta días, y
 II. La cantidad máxima de unidades prescritas por día, deberá ajustarse a las indicaciones terapéuticas del producto.

¹² *Cfr.* Tesis 1a./J. 84/2012 de rubro: DELITO CONTRA LA SALUD EN LA MODALIDAD DE NARCÓMENEDEO. LA POSESIÓN SIMPLE DE DOS O MÁS NARCÓTICOS DE LOS PREVISTOS EN

A saber: a) conductas relacionadas con el tráfico de drogas, como son la producción, comercio, transporte, suministro, importación, entre otras (artículo 194); b) *posesión con fines* de tráfico (artículo 195), y c) *posesión simple*, es decir, la que se entiende destinada para exclusivo consumo personal (artículo 195 bis).

Hasta 2009 los tipos y las sanciones penales sobre el tráfico y la tenencia de drogas se ubicaban únicamente en el Código Penal Federal y la competencia para perseguirlos y sancionarlos era exclusivamente federal. No obstante, en ese año se aprobó una reforma a la Ley en General de Salud que tuvo por objeto crear un sistema concurrente para perseguir el *narcomenudeo*. Así, mediante dicha reforma i) se crearon tipos penales específicos sobre la posesión, comercio y suministro de drogas en bajas cantidades (artículos 475, 476 y 477); ii) se dio competencia a las autoridades locales para perseguir y sancionar la posesión, el comercio y suministro de drogas, cuando no se rebasen las cantidades previstas en la Ley General de Salud y no se trate de delincuencia organizada (artículo 474); y iii) se estableció una tabla de dosis máximas para consumo personal e inmediato (artículo 479).¹³

Adicionalmente, en el artículo 478 de dicha ley se estableció que el Ministerio Público no ejercerá acción penal por el delito de posesión simple en contra de quien sea farmacodependiente o consumidor y posea alguno de los narcóticos de la tabla en igual o inferior cantidad a la prevista en la misma, siempre que la droga sea para su estricto consumo personal (es decir, que no sea con fines de venta o distribución) y no se ubique en ciertos lugares.¹⁴ En tales casos, la autoridad debe limitarse a informar al

LA TABLA DE ORIENTACIÓN DE DOSIS MÁXIMAS DE CONSUMO PERSONAL E INMEDIATO PREVISTA EN EL ARTÍCULO 479 DE LA LEY GENERAL DE SALUD, CONSTITUYE UN SOLO DELITO QUE DEBE SANCIONARSE COMO UNA UNIDAD DELICTIVA.

¹³ Cabe aclarar que dicha tabla no establece todas las drogas prohibidas. Únicamente se encuentran previstos: el opio, diacetilmorfina o heroína, cannabis sativa, índica o mariguana, cocaína, LSD, MDA, MDMA y metanfetamina. En los demás casos, se entiende que no hay dosis máxima permitida.

¹⁴ Centros educativos, asistenciales, policiales o de reclusión, o dentro del espacio comprendido en un radio que diste a menos de trescientos metros de los límites de la colindancia del mismo con quienes a éstos acudan.

consumidor la ubicación de las instituciones o centros para el tratamiento médico o de orientación para la prevención de la farmacodependencia.

En el caso específico de la marihuana, el límite de consumo personal e inmediato de personas farmacodependientes y consumidoras, según la tabla prevista en el artículo 479, es de 5 gramos. Esto quiere decir que, si una persona es encontrada en posesión de 5 gramos o menos de marihuana, aunque puede ser detenida, no puede ser sancionada penalmente. En cambio, si la posesión rebasa esa cantidad, la persona puede ser detenida y sancionada conforme al artículo 477 de la Ley General de Salud, cuando se trate de menos de 5 kg, o conforme al 195 bis del Código Penal Federal, si la cantidad es mayor.¹⁵ Ello, aun y cuando se demuestre que la droga era para su consumo personal.

Ahora bien, previo al análisis sobre el consumo lúdico de marihuana y el desarrollo de la doctrina relativa, se debe resaltar que el 4 de marzo de 2020, las Comisiones Unidas de Justicia, Salud y Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores, aprobaron un dictamen en el que se propone expedir una Ley para la Regulación del Cannabis y reformar la Ley General de Salud.¹⁶ De aprobarse ese dictamen, cambiaría por completo la regulación de marihuana. En efecto, en el dictamen se proponen, entre otros temas: (i) permitir a las y los mayores de edad consumir marihuana con fines lúdicos y recreativos, así como su venta y comercialización —atendiendo a una regulación y límites específicos—; (ii) crear asociaciones de consumo que, sin tener fines de lucro, satisfagan las necesidades de sus asociados y asociadas; (iii) regular el uso de marihuana para

¹⁵ El artículo 477 establece que se sancionará con pena de 10 meses a 3 años de prisión a quien posea alguno de los narcóticos de la tabla en cantidad inferior a la que resulte de multiplicar por mil las previstas en dicha tabla, sin la autorización correspondiente, cuando la posesión no se entienda destinada al comercio o suministro. Pasando esa cantidad, la posesión de drogas es sancionable conforme al artículo 195 bis del Código Penal Federal, con penas de 4 a 7 años 6 meses de prisión.

¹⁶ Cámara de Senadores LXIV Legislatura, "Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia, Salud y Estudios Legislativos, Segunda, con opinión de la Comisión de Seguridad Pública, por el que se expide la Ley para la Regulación del Cannabis y Reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley General de Salud y del Código Penal Federal", 4 de marzo de 2020.

fines industriales; (iv) ampliar la regulación sobre el uso de marihuana para fines científicos y médicos; y por último (v) crear el Instituto Mexicano del Cannabis, como un organismo descentralizado que emita regulación sobre el tema y verifique el cumplimiento de la ley.

Si bien se trata de un proceso sumamente interesante y con distintos puntos que podrían discutirse, su análisis ameritaría un estudio aparte. Además, no existe ninguna garantía de que el dictamen será aprobado por el Congreso, mucho menos que lo sea en esos términos. Por tales razones, en el resto del presente artículo sólo se toma en consideración la legislación vigente.

III. Consumo lúdico de marihuana

La primera ocasión en la que la Suprema Corte se pronunció sobre la constitucionalidad de la prohibición del uso lúdico de marihuana, fue en el amparo en revisión 237/2014. Este asunto tiene la peculiaridad de que es de los pocos casos de litigio estratégico que se han llevado a la Corte. En él, la Sociedad Mexicana de Autoconsumo Responsable y Tolerante, A.C., (conocida como "SMART") y varios de sus asociados y asociadas, solicitaron a la Comisión Federal para la Protección de Riesgos Sanitarios (en adelante "COFEPRIS"),¹⁷ que les autorizara consumir personal y regularmente marihuana con fines lúdicos y recreativos, así como los actos correlativos a ella, en específico "la siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento, posesión, transporte, empleo, uso y, en general, todo acto relacionado con el consumo lúdico y personal de marihuana".¹⁸

Cabe señalar que la estrategia de la asociación era que la COFEPRIS negara la autorización con base en los artículos de la Ley General de

¹⁷ La COFEPRIS es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud que tiene la función de llevar a cabo la regulación, control y fomento sanitarios.

¹⁸ Amparo en revisión 237/2014, *op. cit.*, p. 2.

Salud que prohibían de manera absoluta el consumo de marihuana,¹⁹ para poder iniciar un litigio constitucional y cuestionar la validez de dichas normas.²⁰ Además, al tratarse de leyes federales y su interpretación, el caso podía terminar en segunda instancia directamente ante la Suprema Corte.

Lo anterior fue precisamente lo que sucedió. La COFEPRIS negó la solicitud, lo cual le permitió a SMART y a las personas a ella asociadas impugnar, vía juicio de amparo, la constitucionalidad de los artículos 235, último párrafo, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo, y 248 de la Ley General de Salud vigentes en ese momento. En primera instancia, se les negó el amparo, por lo que interpusieron recurso de revisión, el cual fue resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte.

Es importante tener en cuenta los antecedentes del asunto, porque al derivar de una negativa administrativa —lo cual era atípico, ya que en ese momento no resultaba usual solicitar autorizaciones de ese tipo, puesto que podía anticiparse que serían negadas—, nunca hubo aplicación de normas penales —lo cual, en realidad, era mucho más común—. Así, en el asunto no se planteó ni estudió la constitucionalidad del régimen penal, sino la prohibición administrativa absoluta de consumir marihuana con fines lúdicos y recreativos.

Como se analizará más adelante, esto último tiene implicaciones importantes en cómo se debe leer el precedente y cómo se ha desarrollado la doctrina. En efecto, como se expondrá en el apartado VI, existen diferencias importantes entre el régimen administrativo y penal de la prohibición de la marihuana, por lo que las afirmaciones y los argumentos del

¹⁹ Se debe recordar que la solicitud se presentó en 2013, cuando la prohibición de consumo de marihuana era incluso más amplia y sólo se permitía adquirir marihuana para fines de investigación científica.

²⁰ En México, para que proceda el amparo contra normas que se emitieron con una antelación considerable, es necesario que exista un acto de aplicación. Así, lo que se buscaba era que se aplicaran las normas en su perjuicio para poder impugnarlas.

amparo en revisión 237/2014, y los demás precedentes en los que se reiteró ese criterio, no son automáticamente trasladables a la materia penal.

Ahora bien, como se indicó al inicio de este trabajo, en este asunto la Suprema Corte decidió que la prohibición absoluta de la marihuana viola el libre desarrollo de la personalidad, por lo que ordenó que se les otorgara a los quejosos y las quejosas la autorización que habían solicitado. De esta manera, por primera vez en la historia constitucional de México, la Suprema Corte cuestionó y analizó la regulación en materia de drogas desde una perspectiva de derechos humanos. Como se dijo, este precedente se ha convertido en un parteaguas en la discusión pública sobre el tema y ha generado un cambio de discurso institucional sobre un tema que había sido abordado desde una perspectiva puramente prohibicionista. Además, a partir de ese caso, la Corte comenzó a generar una doctrina sobre lo que es constitucionalmente permisible al hacer una política pública de drogas.

En ese sentido, vale la pena destacar varios argumentos de la sentencia que nos ayudarán después a explorar las implicaciones del precedente. Con ese fin explicaremos: (i) cómo se construyeron los alcances del derecho al libre desarrollo de la personalidad; (ii) las implicaciones de haber analizado el sistema a través de un *test* de proporcionalidad; y (iii) la manera en la que se aplicó ese *test*. Posteriormente, analizaremos cómo se desarrolló el criterio en las sentencias ulteriores.

1. El derecho al libre desarrollo de la personalidad

Después de narrar los antecedentes y exponer el marco regulatorio aplicable, el primer problema que resolvió la Primera Sala en el amparo en revisión 237/2014 fue si la prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana afectaba el libre desarrollo de la personalidad.

El libre desarrollo de la personalidad es un derecho que no está expresamente previsto en la Constitución, sino que ha sido desarrollado ju-

risprudencialmente por la Suprema Corte. Ésta ha entendido que del derecho a la dignidad previsto en el artículo 1o. constitucional y de los tratados internacionales se puede desprender que las personas tienen el derecho "a elegir en forma libre y autónoma, su proyecto de vida, la manera en que logrará[n] las metas y objetivos que, para [ellas], son relevantes".²¹

En esta tesitura, el propio Tribunal ha argumentado que la Constitución y los Tratados Internacionales protegen distintas "libertades", por ejemplo: la libertad de expresión, asociación, religión, tránsito, trabajo y reproductiva. En este sentido, el libre desarrollo de la personalidad "brinda protección a un 'área residual de libertad' que no se encuentra cubierta por las otras libertades públicas."²²

De esta manera, el derecho al libre desarrollo de la personalidad protege que las personas tengamos control sobre nuestra vida y desarrollemos un proyecto personal que podamos cumplir sin interferencias. Por tanto, dicho derecho protege las decisiones más fundamentales sobre nuestra vida, como lo son el reconocimiento legal de la identidad de género,²³ la decisión de permanecer o no casado,²⁴ usar tatuajes,²⁵ y decidir con quién tener relaciones sexuales.²⁶

En ese sentido, al hacer el estudio de si una decisión o actividad está protegida por ese derecho, implícitamente la SCJN ha reconocido que no todas están protegidas por él. Así, por ejemplo, en México el libre desarrollo de la personalidad difícilmente protegería conductas crueles,

²¹ Amparo directo 6/2008, aprobado por el Tribunal Pleno, el 6 de enero de 2009, por unanimidad de once votos de los Señores Ministros Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Mariano Azuela Güitrón, Sergio A. Valls Hernández, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Juan N. Silva Meza y Presidente Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, p. 86.

²² Amparo en revisión 237/2014, *op. cit.*, p. 32.

²³ Amparo directo 6/2008, *op. cit.*

²⁴ Amparos directos en revisión 917/20089 y 1819/2014, así como la contradicción de tesis 73/2014.

²⁵ Amparo directo en revisión 4865/2018.

²⁶ Amparo directo en revisión 183/2017.

como matar a alguien, o decisiones banales, como caminar sobre la banqueta derecha y no la izquierda.

Esta concepción, utilizando la distinción de Isaiah Berlin, se conecta con una visión positiva de la libertad; esto es, la idea de que cada quien debe ser dueño de su propia vida y tener control sobre ella.²⁷ En esta concepción de la libertad, no resulta posible sostener que alguien tiene libertad para tener un trabajo sólo porque alguien no se lo prohíbe, sino que es necesario que tenga los medios para poder llevar a cabo ese plan y que sea una posibilidad real tenerlo. Además, para poder diseñar ese plan también es necesario que pueda imaginarse los distintos escenarios y optar entre ellos. De esta manera, el Estado no sólo debe abstenerse de interferir con los planes de vida de las personas, sino que también debe asegurar que ellas estén en posibilidad de ser dueños de su vida.

Como el énfasis radica en que cada uno debe ser dueño de su destino, lo que se protege es el plan de vida y que ese plan se adopte autónomamente. Por tanto, es razonable sólo proteger aquellas decisiones que se conecten con ese plan. En esa línea, Raz sostiene que la autonomía exige que haya varias opciones valiosas, por lo que no se afecta la misma cuando se eliminan opciones perversas.²⁸ Así, para Raz, si una persona que tiene que decidir entre ser esclava, sicaria o vivir en la calle, no tiene verdadera autonomía porque no tiene ninguna opción genuina, que sea deseable, sino que sólo puede elegir la "menos mala". En cambio, alguien que decide entre ser carpintera, doctora, mesera o ingeniera puede decidir entre varios caminos que son valiosos y está proyectando su personalidad y teniendo control sobre su vida.

Raz argumenta que la autonomía tampoco exige que todas las personas tengan disponibles todas las opciones; sino que lo único que se requiere

²⁷ Berlin, Isaiah, "Two Concepts of Liberty", en Hardy, Henry (ed.), *Four Essays on Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 178. Para otra visión de la libertad positiva véase Raz, Joseph, *Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1988, p. 408.

²⁸ *Ibidem*, pp. 381 y 411.

es que haya suficientes opciones adecuadas para que cada persona pueda tomar una decisión.²⁹ Regresando al ejemplo, no es que una persona, en cualquier momento, deba tener la posibilidad real de dedicarse a todas las profesiones (por ejemplo, ninguno de los autores tenía la posibilidad real de ser luchador de sumo profesional), sino que es suficiente que tenga varias opciones valiosas a su alcance. Como se ve, la concepción del libre desarrollo de la personalidad acuñada por la Corte es coherente con algunas concepciones serias sobre la libertad.

Ahora bien, ciertamente es discutible que el libre desarrollo de la personalidad sólo deba proteger las decisiones que permiten desarrollar un plan de vida y no cualquier decisión. De acuerdo con las concepciones negativas de la libertad, cualquier obstáculo externo que limita la actividad de una persona constituye una restricción a la libertad.³⁰ En este sentido, Mill, por ejemplo, argumenta que toda coerción es contraria a la libertad y que sólo podría justificarse para evitar daños a terceros.³¹ Por tanto, bajo esta concepción cualquier limitación del Estado debería ser justificada desde el principio del daño, aunque la decisión sea banal o cruel.

Incluso, desde una visión positiva de la libertad también podría argumentarse que todas las decisiones deben estar protegidas por la libertad. Por ejemplo, Kai Möller ha argumentado que, como el Estado tiene un deber de proteger todos los proyectos de vida (por el sólo hecho de que una persona lo quiere), no puede restringir ninguno de ellos salvo que tenga buenas razones para hacerlo, incluso cuando éste sea claramente inmorales u ofensivo. Así, según él, si una persona quiere coleccionar estampas o matar, el Estado sólo le muestra respeto y consideración si le proporciona buenas razones para prohibirle hacerlo.³²

²⁹ *Ibidem*, pp. 410-411.

³⁰ Berlin, Isaiah, "Two Concepts of Liberty", *op. cit.*, p. 169.

³¹ Mill, John Stuart, *On Liberty*, Acukland, The Floating Press, 2009, pp. 18-19.

³² Möller, Kai, *Global Model of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 84-87.

Ahora bien, aunque resolver esta disputa filosófica excedería los alcances del presente artículo,³³ vale la pena pensar en las implicaciones que tendría que la Corte hubiera aceptado esta segunda concepción de la libertad. Aceptar que toda la actividad humana está protegida por el libre desarrollo de la personalidad nos lleva a aceptar que cualquier coerción o deber que imponga el Estado debe ser ponderado para determinar su constitucionalidad. Esta vía obliga a darle protección y valor a conductas que es difícil aceptar que las tienen. Por ejemplo, conforme a esta visión, tendría que aceptarse que la prohibición de la tortura afecta la libertad, porque hay personas a quienes les puede divertir torturar. Más allá de que estas prohibiciones pasen el *test* de proporcionalidad (el cual se explicará con más detalle en el próximo apartado) o se justifiquen porque protegen a terceros de daños, puede ser objetable que un Tribunal Constitucional le dé valor al interés que se afecta y exija una justificación robusta (como lo hace el *test* de proporcionalidad) para limitarlo.

Algo similar sucede con las decisiones banales: por ejemplo, estimar que se debe justificar robustamente cerrar una de las banquetas de una calle —porque alguna persona quiere caminar precisamente en esa banqueta— implica también darle peso a una decisión que no parece tener la misma importancia que decidir a quién queremos amar.

Como se dijo, no pretendemos resolver aquí este debate. Sin embargo, este breve recuento de la discusión nos permite conocer mejor qué concepción adoptó la Corte sobre la libertad. Además, la discusión también

³³ Sobre este punto hay una vasta literatura, pero recomendamos consultar, además: Bentham, Jeremy, "Manual of Political Economy", en Stark, W. (ed.), *Jeremy Bentham's Economic Writings*, Londres, Allen and Unwin, 1952; Ronald, Dworkin, *Sovereign Virtue*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2000; Hayek, Friedrich, *The Constitution of Liberty*, Chicago, University of Chicago Press, 1960; Nozick, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, Nueva York, Basic Books, 1974; Pettit, Philip, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Oxford University Press, 1997; Rawls, John, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1996; Sandel, Michael, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982; Taylor, Charles, 'What's Wrong with Negative Liberty,' Ryan, A. (ed.), *The Idea of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1979; Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Astrea, 1989.

nos ayuda a entender el problema al que se enfrentaba la Primera Sala para determinar si el consumo lúdico de marihuana está protegido por el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Alguien podría argumentar que cómo nos entretenemos o qué hacemos con nuestro tiempo libre, ya que no es fundamental para nuestros proyectos de vida. Además, aunque el Estado estaba privando a las personas de manera absoluta de una opción lúdica, lo cierto es que existían otras formas de recreación. Sin embargo, al resolver el asunto, la Suprema Corte decidió que la prohibición del consumo de marihuana sí incidía en el libre desarrollo de la personalidad porque:

[...] [l]a elección de alguna actividad recreativa o lúdica es una decisión que pertenece indudablemente a la esfera de autonomía personal que debe estar protegida por la Constitución. Esa elección puede incluir, como ocurre en el presente caso, la ingesta o el consumo de sustancias que produzcan experiencias que en algún sentido "afecten" los pensamientos, las emociones y/o las sensaciones de la persona. En esta línea, se ha señalado que la decisión de fumar marihuana puede tener distintas finalidades, entre las que se incluyen "el alivio de la tensión, la intensificación de las percepciones o el deseo de nuevas experiencias personales y espirituales". Así, al tratarse de "experiencias mentales", éstas se encuentran entre las más personales e íntimas que alguien pueda experimentar, de tal manera que la decisión de un individuo mayor de edad de "afectar" su personalidad de esta manera con fines recreativos o lúdicos se encuentra tutelada *prima facie* por el derecho al libre desarrollo de ésta.³⁴

Esta decisión parece razonable y coherente con la teoría adoptada por la Corte sobre la autonomía, sobre todo si se tiene en cuenta que una de las mayores expresiones de la personalidad se materializa al decidir qué hacer con el tiempo libre. Especialmente cuando se trata del uso de

³⁴ Amparo en revisión 237/2014, *op cit.*, p. 41.

drogas que, como bien identifica la sentencia, implican "experiencias mentales" bastante personales.

2. La decisión de aplicar un *test* de proporcionalidad

Después de decidir que las normas impugnadas incidían en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la Primera Sala procedió a analizar si esa afectación podía justificarse mediante un *test* de proporcionalidad.

Al respecto, es importante señalar que aunque el *test* de proporcionalidad es ampliamente utilizado en los tribunales constitucionales e internacionales, existe otra alternativa metodológica: la estrategia interpretativa. Esta segunda estrategia entiende que los derechos son absolutos salvo ocasiones extraordinarias en las que pueden ser limitados.³⁵ Conforme a esta metodología, se pone un mayor énfasis en la etapa interpretativa del derecho (por eso su denominación), para que el derecho proteja sólo los intereses fundamentales que difícilmente puedan ser limitados.³⁶

La Suprema Corte de los Estados Unidos ha seguido esta metodología,³⁷ la cual se ha asociado con el concepto de Dworkin de los "derechos como triunfos".³⁸ En esta metodología, la regla —en lugar de la excepción— sería lo que sucede en México con el derecho a no ser torturado, respecto al cual entendemos que no admite límites ni excepciones por lo que la mayoría del trabajo argumentativo se hace al determinar si un acto constituye o no tortura y no en si el acto fue o no justificado —ya que la tortura nunca puede justificarse—.

³⁵ Greene, Jamal, "Foreword: Rights as Trumps?", *Harvard Law Review*, EUA, vol. 132, núm. 1, noviembre de 2018, p. 30.

³⁶ *Idem*.

³⁷ *Ibidem*, pp. 38-56.

³⁸ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Marta Guastavino (trad.), Barcelona, Ariel, 1977. Para un debate sobre qué implica esa concepción véanse Pildes, Richard H, "Dworkin's Two Conceptions of Rights", *The Journal of Legal Studies*, vol. 29, núm. 1, enero de 2000, pp. 309-315; y Waldron, Jeremy, "Pildes on Dworkin's Theory of Rights", *The Journal of Legal Studies*, vol. 29, núm. 1, enero de 2000, pp. 301-307.

En cambio, en la metodología del *test* de proporcionalidad se asume lo contrario: que todos los derechos tienen límites, salvo casos excepcionales en los que son absolutos.³⁹ Así, el énfasis argumentativo del *test* de proporcionalidad está en la justificación del Estado.⁴⁰ Dicho de otra forma, en esta metodología se asume que todos los derechos pueden limitarse, por lo que aunque una medida o una acción de la autoridad los afecte, no será en automático inconstitucional, sino que se debe ponderar la finalidad que perseguía el Estado frente a la afectación al derecho. De esta manera, se permite hacer una construcción más extensiva de los derechos y permitir que entren en conflicto con otras finalidades que se consideren valiosas.

Ahora bien, el problema de la aproximación interpretativa es que exige construir de manera precisa los contornos de los derechos y, en esa medida, no es muy adecuada para resolver problemas de conflictos entre derechos. Conforme a esta metodología, para resolver un conflicto de este tipo es necesario argumentar que la contraparte no tiene derecho para que sólo uno de los derechos prevalezca. Por ejemplo, en el caso en el que una persona le niegue a una pareja homosexual un servicio con base en sus creencias religiosas, la metodología interpretativa exige que se delimiten los derechos para que sólo uno de ellos triunfe, ya que la metodología interpretativa no puede aceptar que colisionen los derechos, porque estos dejarían de ser absolutos.⁴¹

De esta manera, el tribunal debe argumentar que el prestador del servicio no tenía derecho a objetar con base en sus creencias religiosas o que la

³⁹ Jamal Greene, *Foreword: Rights as Trumps?*, *op. cit.*, p. 30. Incluso, la Suprema Corte expresamente ha sostenido esto en la tesis 1a./J. 2/2012 (9a.), publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, libro V, tomo 1, febrero de 2012, p. 533: "RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS. Ningún derecho fundamental es absoluto y en esa medida todos admiten restricciones. Sin embargo, la regulación de dichas restricciones no puede ser arbitraria. [...]".

⁴⁰ Jamal Greene, "Foreword: Rights as Trumps?", *op. cit.*, p. 30.

⁴¹ Según Jamal Green esto es precisamente lo que sucedió en el caso de *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colo. Civil Rights Comm'n*, 138 S. Ct. resuelto por la Suprema Corte de EUA en el que una persona se rehusó a hacer un pastel para la boda de una pareja homosexual. *Ibidem*, pp. 30-31.

pareja homosexual no tenía derecho a no ser discriminada.⁴² En cambio, si se asume la metodología del *test* de proporcionalidad, se puede asumir que ambas partes tienen el derecho que alegan, pero que, en ese caso, alguno de los derechos puede ceder ante el de su contraparte.

Con todo, el *test* de proporcionalidad también tiene varios problemas e, incluso, existe un amplio debate sobre su pertinencia.⁴³ Francisco Urbina, por ejemplo, sostiene que el *test* es irracional porque pretende comparar dos intereses que son inconmensurables entre ellos, esto es, que no pueden ponerse en la misma balanza por lo que es imposible determinar si la afectación a un principio es proporcional a la satisfacción de otro (sobre todo cuando es un interés público contra uno individual, como sucede con la salud pública frente a la libertad de una persona). Dicho autor también argumenta que no existe una razón para querer maximizar los intereses en lugar de proteger derechos, cuando los derechos deben proteger los intereses que son valiosos en ellos y no simplemente maximizarlos por el solo hecho de maximizarlos.

Por último, Urbina cree que, si entendemos el *test* como una forma de razonamiento moral, en el que el Tribunal simplemente tiene en cuenta los intereses en juego y decide qué es lo mejor, el derecho deja de cumplir el papel de dirigir la actividad de los jueces y las jueces en asuntos moralmente complicados. Por ejemplo, una jueza no tiene que decidir

⁴² *Ibidem*, pp. 32-34.

⁴³ Para más sobre este debate véase Barak, Aharon, "Proportionality and Principled Balancing", 4 *Law & Ethics of Human Rights* 1; Alexy, Robert; *Teoría de los derechos fundamentales*, Bernal Pulido, Carlos (trad.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; Endicott, Timothy, "Proportionality and Incommensurability", en Huscroft, Grant, Miller, Bradley y Webber, Gregoire (eds.), *Proportionality and the Rule of Law Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014; Ekins, Richard, "Legislating Proportionately", en Huscroft, Grant, Miller, Bradley y Webber, Gregoire (eds.), *Proportionality and the Rule of Law Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014; Rivers, Julian "Proportionality and Variable Intensity of Review", *Cambridge Law Journal*, 65, 174, 2006; Möller, Kai "Proportionality: Challenging the critics", *International Journal of Constitutional Law*, 10(3), 709-731; Craig, Paul, "Proportionality, rationality and review", *New Zealand Law Review*, 2, 2010, 265-301; y Schauer, Frederick, "Proportionality and the Question of Weight", en Huscroft, Grant, Miller, Bradley y Webber, Gregoire (eds.), *Proportionality and the Rule of Law Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

si la democracia representativa es la mejor forma de gobierno, ya que la Constitución le resuelve ese problema y simplemente debe proteger esa forma de gobierno. Pero según Urbina, si entendemos al *test* de proporcionalidad como una forma de razonamiento moral, los jueces y las juezas tienen que decidir esa cuestión por sí mismos, lo cual además de imponerles una tarea sumamente difícil, pone bajo presión su legitimidad.⁴⁴

De nueva cuenta, resolver cuál de dichas metodologías deben utilizar los tribunales nos alejaría demasiado de los temas centrales de este artículo. Sin embargo, es importante destacar las estrategias metodológicas que podría haber adoptado la Primera Sala para entender mejor las implicaciones del precedente.

Como se dijo, el énfasis argumentativo del *test* de proporcionalidad está en analizar la justificación de la medida y ésta es sensible a las particularidades del caso. Por tanto, el *test* de proporcionalidad evita adoptar decisiones demasiado generales, que abarquen supuestos no previstas en el caso concreto. En este sentido, al aplicar el *test* en este caso, la Suprema Corte no sólo tomó en consideración la existencia de una intromisión en el libre desarrollo de la personalidad, sino que además ponderó la intensidad de la intromisión frente a los daños a la salud que causa la marihuana. De esta manera, implícitamente se aceptó que una afectación menor al libre desarrollo de la personalidad, que causara más daños a la salud, podría estar justificada.

Así, una ventaja de haber adoptado el *test* de proporcionalidad como metodología de estudio es que éste le permite a la Corte ir construyendo una doctrina incremental, que haga posible el estudio de distintos modelos de regulación de drogas sin imponerle una visión al legislador.⁴⁵

⁴⁴ Al respecto, véase Urbina, Francisco J., "A critique of proportionality", *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 57, 2012, pp. 49-80.

⁴⁵ La idea de una doctrina incremental proviene de Jeff King, *Judging Social Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

3. Aplicación del *test* de proporcionalidad

En el amparo en revisión 237/2014 la Primera Sala aplicó un *test* de proporcionalidad en 4 gradas, a saber: (i) finalidad constitucionalmente válida; (ii) idoneidad; (iii) necesidad; y (iv) proporcionalidad en sentido estricto. A continuación, se explica cómo se aplicó cada una de ellas.

En cuanto al primer paso relativo a la *finalidad*, se identifica cuál es la medida que persiguió el legislador y si esa finalidad justifica la limitación a un derecho fundamental. En esta parte la Corte acepta que no cualquier finalidad puede justificar la limitación a un derecho fundamental, por ejemplo, cuidar la "pureza de la raza", en ningún caso y bajo ningún motivo podría justificar limitaciones a derechos humanos. Así, en el caso concreto, la Corte afirma tajantemente que "las intervenciones basadas en *finis perfeccionistas* no encuentran protección constitucional, pues el Estado no puede exigir a las personas que se conduzcan de acuerdo con un determinado modelo de virtud".⁴⁶

Sin embargo, la Primera Sala consideró que la protección a la salud y el orden público son finalidades constitucionalmente válidas para limitar el libre desarrollo a la personalidad. Incluso, acepta que se pueden tomar medidas que limiten ese derecho, que procuren la "salud de los *consumidores* de drogas y prote[an] a la *sociedad* de las consecuencias perniciosas derivadas del consumo de las drogas".⁴⁷

Por tanto, en la sentencia se admite como finalidad constitucionalmente válida proteger la salud de la persona consumidora, pero no su integridad moral. De esta manera, se permite prohibir sustancias que causen daños severos a la salud, aunque no causen daños a terceros. Es importante tener claro que no es suficiente que se cumpla la finalidad para que la medida sea constitucional, sino que la medida también debe ser idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.

⁴⁶ Amparo en revisión 237/2014, *op. cit.*, p. 45.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 48.

Ahora bien, esta decisión parte de una comprensión específica de la libertad y se puede retomar lo mencionado en el apartado III.1. No obstante, es posible justificar medidas que protejan la salud de la persona consumidora desde la libertad. Endicott argumenta, por ejemplo, que prohibir a una persona venderse como esclava no afecta su libertad, porque el gobierno debe maximizar la autonomía y alguien que se vende como esclava la pierde por completo.⁴⁸

Se podría hacer un argumento similar para el caso de las drogas. Tal vez una droga que cause daños irreparables y trascendentes a la salud o que genere una adicción tan fuerte que la persona consumidora ya sólo vivirá para satisfacer esa necesidad (lo cual no sucede con la marihuana y no sabemos si suceda con alguna otra), podría provocar una mayor disminución de la autonomía que prohibir el consumo de la droga. Claramente, hay concepciones de la libertad que no admitirían este fin,⁴⁹ pero sólo queremos enfatizar que la decisión de la Primera Sala es razonable a la luz de la concepción de la libertad que ella adopta.

La consecuencia práctica de esta decisión —que podría ser atractiva o no dependiendo de la concepción de la libertad que se adopte—, es aceptar que la libertad se puede limitar para proteger la salud del individuo, lo que permite declarar la constitucionalidad de medidas de seguridad y de políticas que pueden parecer deseables. De esta manera, se puede justificar la obligación de conducir con cinturón de seguridad, obligar a las y los pasajeros de un avión a no colocar cosas sobre sus piernas para que puedan salir inmediatamente en caso de emergencia o gravar las bebidas de alto contenido de azúcar con fines extrafiscales.

Por otra parte, se debe insistir que en el caso se discuten prohibiciones administrativas y no sanciones penales. Por tanto, de este precedente no

⁴⁸ Endicott, Timothy, "The logic of freedom and power", en Besson, Samantha y Tasioulas, John (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 245-259.

⁴⁹ Entre otros, John Stuart Mill sólo acepta limitaciones a la libertad cuando provoquen daños a terceros, no a la persona. Mill, John Stuart, *On liberty*, op. cit.

se sigue necesariamente que pueda privarse de la libertad a una persona para proteger su propia salud. Alguien podría coherentemente sostener que es constitucional multar a alguien por no usar el cinturón de seguridad, pero que es inconstitucional que le metan a la cárcel por esa razón. Sobre este punto ahondaremos en el apartado VI.

Ahora bien, por lo que hace a la *idoneidad*, en esta etapa se analiza si la medida impugnada es adecuada para lograr el fin perseguido. Al respecto, la Primera Sala aclara que, para que la medida sea idónea, no debe depender de su efectividad en la reducción del consumo, sino de si es un medio para lograr los fines que se identificaron, en este caso, la salud pública o el orden público.

Hacer depender la constitucionalidad de una medida de su eficacia sería problemático. Pueden existir medidas justificadas que no están logrando su finalidad porque no son observadas. En esos casos, lo que se necesita más bien es crear mecanismos que garanticen que la medida será observada, no desaparecerla. Así, por ejemplo, no sería adecuado declarar la invalidez del tipo de feminicidio porque siguen matando a mujeres por razones de género.

Así, después de hacer un estudio extensivo de la evidencia científica disponible,⁵⁰ la Corte concluye que la marihuana puede producir daños a la salud, aunque considera que son daños leves. En esta línea, la Primera Sala estima que la marihuana: (i) produce daños respiratorios leves; (ii) aumenta la probabilidad de sufrir esquizofrenia o depresión si se comienza a consumir en la adolescencia; y (iii) puede generar dependencia (aunque menos severa que el alcoholismo). Por tanto, se argumenta que esto es suficiente para que la medida supere este estadio.

⁵⁰ Existe un debate sobre si la Corte debe hacer un análisis oficioso de la evidencia científica sobre un tema. Sin embargo, este problema es ajeno a la materia del artículo, pues se trata de un debate procesal sobre la forma en la que se puede introducir evidencia en amparo y no sobre la doctrina constitucional relacionada con drogas.

No obstante, la Primera Sala consideró que la medida no era *necesaria* ni *proporcional*. En cuanto al estadio de *necesidad*, concluyó que la medida no era necesaria porque las limitaciones a los lugares de consumo, la prohibición de conducir vehículos o instrumentos peligrosos cuando se está bajo el influjo de marihuana, así como campañas educativas y de salud logran, incluso con mayor eficacia, la finalidad que se persigue. Debe enfatizarse que la Suprema Corte no estima que ésa sea la política pública que las y los legisladores están obligados a adoptar constitucionalmente, sino que, al ser alternativas menos lesivas e igualmente idóneas, demuestran que no era necesario restringir con tanta intensidad el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Por último, aunque la Primera Sala ya había decidido que la medida no era necesaria,⁵¹ también estimó que no era *proporcional* en sentido estricto porque al tratarse de una prohibición absoluta se afecta el libre desarrollo de la personalidad de una manera "*muy intensa*" mientras que los daños a la salud que ocasiona la marihuana son menores. Así, la sentencia concluye que "[la medida] es *desproporcionada* en estricto sentido, toda vez que genera una protección mínima a la salud y orden público frente a la intensa intervención al derecho de las personas a decidir qué actividades lúdicas desean realizar".⁵²

Por todas esas razones, como se mencionó al principio, la Primera Sala determinó que la prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana violaba el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Por lo tanto, decretó la inconstitucionalidad de los artículos correspondientes de la Ley General de Salud.

⁵¹ En efecto, si hay otra forma de lograr la misma finalidad, en la misma medida, pero restringiendo menos el derecho en cuestión, no se justificaría haber optado por la medida más restrictiva y se debe declarar la inconstitucionalidad de la norma impugnada. Técnicamente, sólo si no existe esa opción se debe determinar si la medida es proporcional en sentido estricto, esto es, si la satisfacción del fin que se persigue es proporcional al detrimento en el derecho. Es decir, el estadio de necesidad determina si la colisión entre principios era inevitable.

⁵² Amparo en revisión 237/2014, p. 82.

4. Desarrollo de la doctrina en sentencias posteriores

En México existe un sistema de precedentes bastante particular. Entre otras peculiaridades, para que una sentencia de la Suprema Corte sea obligatoria para los demás tribunales del país, es necesario que el criterio sea reiterado en cinco ocasiones. Por esa razón, más personas promovieron amparos siguiendo exactamente la misma estrategia procesal. De esta manera, las consideraciones del amparo en revisión 237/2014 fueron retomadas literalmente en los amparos en revisión 1115/2017, 623/2017, 548/2018 y 547/2018.

Es importante destacar que el 19 de septiembre de 2017 se reformó la Ley General de Salud, por lo que al resolverse los asuntos antes mencionados la legislación ya era distinta (y es la que actualmente se encuentra vigente y que fue descrita en el apartado II del artículo). Sin embargo, en tanto la prohibición del consumo lúdico seguía vigente, las consideraciones del amparo en revisión 237/2014, eran aplicables.

No obstante, una nota distintiva de los amparos en revisión 623/2017, 548/2017 y 547/2018 radica en que las y los quejosos también solicitaron la autorización para importar marihuana y adquirir semillas. En cuanto a la adquisición de semilla se argumentó que, al tratarse del "primer eslabón en la cadena de autoconsumo", era aplicable la *ratio decidendi* del amparo en revisión 237/2014, por lo que debía reconocerse que tenían derecho a adquirir la semilla. En este sentido, la Primera Sala ordenó que, como ya existían vías legales para adquirir semillas para fines médicos y científicos, la COFEPRIS debía determinar la modalidad y cantidad máxima de adquisición.⁵³

⁵³ Al respecto, en la sentencia se señaló de manera ejemplificativa que podría ser a través del otorgamiento de permisos especiales y/o tenedores legales con los controles administrativos conducentes.

Sin embargo, por razones procesales, no se le reconoció el derecho a importar marihuana. La Corte señaló que el artículo 290 de la Ley General de Salud (que establece un catálogo de sujetos autorizados para importar sustancias psicotrópicas) no había sido impugnado, por lo que decidió que su constitucionalidad no podía formar parte de la *litis*. Además, a manera de *obiter*, se sostuvo que constitucionalmente le corresponde al presidente de la República la rectoría económica del Estado.

Por último, debe destacarse que la Segunda Sala también ha desarrollado la doctrina sobre consumo lúdico de marihuana. En el amparo en revisión 1163/2017, concedió el amparo para que se le permitiera importar marihuana a una persona. Ese caso había seguido la misma secuela procesal que todos los asuntos antes mencionados; sin embargo, el juez de distrito en primera instancia concedió el amparo y ordenó que se le autorizara realizar todos los actos solicitados, menos adquirir e importar semillas de cannabis.

Por esa razón, el pronunciamiento de la Segunda Sala se limitó a esas cuestiones. En la sentencia se considera que es contrario a la congruencia interna de la sentencia otorgar el amparo para consumir marihuana con fines lúdicos, sin darlo también para importar o adquirir semilla. En la resolución se sostiene que:

[...] si por la concesión del amparo los quejosos pueden sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer y transportar cannabis sativa, índica o americana, sus derivados y productos, ¿cómo realizarán esas actividades si en la propia sentencia de amparo no fueron autorizados para adquirir las semillas de cannabis de cualquiera de sus variedades en el territorio nacional o importarlas?

Por lo tanto, según el criterio, la concesión es ilusoria si se reconoce el derecho a consumir marihuana, pero no para adquirir los insumos necesarios. Así, para la Segunda Sala el derecho a importar o adquirir semillas es una "implicación lógica" del derecho a consumir marihuana.

IV. Comercialización de marihuana

Como se mencionó en el segundo apartado, la Ley General de Salud prohíbe tanto el consumo personal de marihuana como el comercio (salvo que ambos se hagan con fines terapéuticos).⁵⁴ Se debe destacar que a la fecha no hay un pronunciamiento de la Suprema Corte sobre la constitucionalidad de la prohibición de comerciar con marihuana. Lo anterior es así porque no se le ha planteado esa cuestión al Tribunal. En efecto, en los precedentes de consumo lúdico antes referidos, las y los quejosos alegaban su derecho a consumir marihuana de manera personal, aclarando expresamente que no pretendían comercializar, por lo cual, procesalmente, la Corte no podía conceder algo que no se le solicitó.

No obstante, vale la pena pensar si el derecho a consumir marihuana con fines lúdicos y recreativos implica el derecho a comprarla y, por lo tanto, a que exista un mercado de cannabis. Un derecho podría tener esa implicación si esta segunda actividad es necesaria para ejercerlo; esto es, si se reconoce un derecho a una cosa, también se debe tener derecho a todo lo que sea necesario para ejercerlo. Así, si una persona tiene derecho a que se le atienda una enfermedad en un hospital, también debe tener derecho a trasladarse a él, ya que para poder ser atendida es necesario que esté ahí. Dicho de otra forma, sería contradictorio decirle a una persona que "tiene derecho a tratarse en el hospital" pero que "tiene prohibido trasladarse al hospital".

Para el caso específico de la marihuana, como se refirió en el apartado anterior, la Segunda Sala ya hizo un argumento de este tipo en el amparo en revisión 1163/2017. En ese asunto, sostuvo que "una implicación lógica" del derecho a consumir marihuana era el adquirirla (ya sea en territorio nacional o vía importación). Así, para la Corte es una contradicción lógica sostener que una persona "tiene derecho a consumir

⁵⁴ Artículos 234, 235, 245, fracción II, y 250 de la Ley General de Salud.

marihuana" pero "tiene prohibido adquirirla". Efectivamente, una condición necesaria para el consumo de marihuana es adquirirla, ya que no se puede consumir algo que no se tiene.

Sin embargo, de ello no se sigue que la venta de marihuana entre particulares esté amparada por el derecho a consumir marihuana. Como se dijo, el consumo exige la adquisición; sin embargo, puede haber muchos esquemas para garantizar el acceso a la marihuana sin necesidad de que exista un mercado de cannabis. Por ejemplo, el Estado podría asumir el monopolio de la producción de marihuana y establecer mecanismos administrativos para poder acceder gratuitamente a ella. Incluso, podría permitir las donaciones, pero prohibir la venta de cannabis.

Para la SCJN lo importante era que el quejoso pudiera tener semilla, sin que fuera relevante cómo la adquiriría. Por esa razón, la Segunda Sala no amparó al quejoso para que se le permitiera importar "y" adquirir la semilla en territorio nacional, sino que ordenó que se le diera acceso a la semilla por cualquiera de las dos vías.

Lo anterior no significa que la prohibición de venta sea constitucional. Únicamente significa que su inconstitucionalidad no se sigue, en automático, del reconocimiento a consumir marihuana con fines lúdicos y recreativos. Por tanto, para estudiar su constitucionalidad deberá hacerse un estudio independiente.

Ese estudio no se ha llevado a cabo y sería difícil predecir qué resolvería la Corte si se le presentara ese problema. Sin embargo, se puede destacar que en el amparo en revisión 163/2018 la Primera Sala, para resolver la constitucionalidad de la prohibición de las peleas de gallos, ponderó la libertad del trabajo frente a la protección del bienestar de los animales. Así, aunque ese asunto no se refiere a la materia que ahora nos interesa, ahí se reconoció que la libertad de trabajo permite que cada persona pueda dedicarse a la actividad profesional que más le plazca y que el Estado sólo puede limitar ese derecho si la medida supera un *test* de proporcionalidad.

En ese sentido, podría argumentarse que la prohibición de vender marihuana limita la libertad del trabajo al impedirle a una persona dedicarse a ello. Por tanto, en consonancia con el precedente citado en el párrafo anterior, habría que analizar si dicha prohibición se encuentra justificada a la luz de un *test* de proporcionalidad.

Ahora, como se dijo, sería aventurado intentar predecir cómo aplicaría el Corte ese *test* y no hay precedentes que la obliguen a resolver en un sentido específico. Aunque hay argumentos del amparo en revisión 237/2014 que podrían trasladarse para el caso —como lo es el análisis de las afectaciones a la salud—; los fines que pueden justificar una limitación a la libertad de trabajo y la intensidad en la afectación, no son necesariamente los mismos. Con todo, resulta interesante resaltar que, aunque no existe un criterio sobre si la prohibición del comercio es constitucional, lo que hasta ahora ha dicho la SCJN sienta las bases para que en un futuro se tenga ese debate.

V. Consumo terapéutico

Como ya se ha mencionado, originalmente estaba prohibido el consumo terapéutico de marihuana. El artículo 245 de la Ley General de Salud clasificaba al THC como una sustancia con "valor terapéutico escaso o nulo", por lo que se prohibía de manera absoluta cualquier acto relacionado con ésta. Esta prohibición se reiteraba de manera tajante en el artículo 237 de esa ley. En consecuencia, bajo ese régimen, sólo podía obtenerse y utilizarse la marihuana con fines de investigación científica.

No obstante, el 19 de septiembre de 2017, se reformó la Ley General de Salud para permitir el consumo terapéutico de marihuana, siempre que se haga mediante receta médica que expida una persona profesional autorizada, para tratamientos no mayores de 30 días y que la cantidad máxima se ajuste a las indicaciones terapéuticas del producto.⁵⁵ A pesar

⁵⁵ Artículo 241 de la Ley General de Salud.

de ello, no existían mecanismos claros para que las personas pudieran acceder al cannabis con fines terapéuticos.

Así, en el amparo en revisión 57/2019 se resolvió el caso de una persona que nació de manera prematura con problemas de asfixia y que, por esa razón, tenía constantes ataques epilépticos por los cuales resultaba común que tuviera dos internamientos hospitalarios al año. Ante ese cuadro, un pediatra recomendó que se le suministrara un aceite farmacológico con CBD (que es uno de los dos componentes más abundantes en la planta de cannabis), lo cual redujo significativamente los ataques epilépticos y mejoró considerablemente su estado de salud. Lo anterior le permitió, a los 13 años, acudir por primera vez a la escuela.

Sin embargo, el niño comenzó a generar cierta tolerancia al CBD, por lo que el médico recomendó sustituir la dosis de CBD puro por una preparación que contuviera THC (que es el otro componente de la cannabis). Nuevamente el niño generó resistencia a ese extracto, por lo que se tuvieron que buscar otras opciones para preservar esa mejoría. Ante la falta de reglamentación del THC, la madre comenzó a adquirir semillas en una página de internet para preparar su propia mezcla.

Así, el menor promovió juicio de amparo en contra de la omisión del Poder Ejecutivo de armonizar los reglamentos y normatividad en el uso terapéutico de THC, para poder hacer efectiva la reforma a la Ley General de Salud. En primera instancia, el juez de distrito determinó que la demanda era improcedente, lo cual fue combatido mediante el recurso de revisión del que conoció la Segunda Sala.

En este sentido, la Segunda Sala determinó que efectivamente existía una omisión absoluta de emitir la reglamentación que hiciera operativo el acceso al cannabis con fines terapéuticos. En efecto, como sólo se podía acceder a ese tipo de tratamientos por medio de distintos sujetos especializados (médicos, productores, farmacéuticas, etc.) era necesario que éstos contaran con reglas precisas. Así, la Segunda Sala determinó que esa omisión violaba los derechos a la seguridad jurídica y a la salud.

Por todo lo anterior, la Segunda Sala ordenó a la Secretaría de Salud que armonizara sus reglamentos y normatividad, para preparar la reforma a la Ley General de Salud que autoriza el uso terapéutico de cannabis. Por otra parte, decretó a la COFEPRIS que también desplegara sus facultades para cumplir con dicha reforma. Por último, dispuso que se le diera al niño el tratamiento médico que necesitara, escuchando su opinión y garantizándole el acceso a los medicamentos prescritos.

VI. Prohibición penal de la marihuana

1. Panorama general

Como se explicó, hasta ahora la doctrina de la SCJN sobre el consumo de marihuana y el libre desarrollo de la personalidad se ha aplicado únicamente a normas de carácter administrativo. Sin embargo, a la fecha no existe un pronunciamiento de la Corte sobre la compatibilidad de las normas penales que sancionan la posesión y otros actos relacionados con la marihuana con este derecho.

Esta situación no deja de ser paradójica si se toma en consideración que una buena parte de las detenciones y sentencias condenatorias en México, en el ámbito federal como local, son por delitos contra la salud, y de éstas una gran cantidad están relacionadas con la marihuana. Según los datos más recientes con los que se cuenta, en 2012 el 62% de las personas internas en centros federales lo estaba por delitos contra la salud, de las cuales 58.7% habían sido sentenciadas por un delito relacionado con la marihuana.⁵⁶ Asimismo, 62.4% de las detenciones reportadas en 2016 por 11 entidades federativas fue por posesión de marihuana.⁵⁷

⁵⁶ Véase en ese sentido, Pérez Correa, Catalina y Romero Vadillo, Jorge, *Marihuana: Cómo*, disponible en: «<https://www.nexos.com.mx/?p=28051>».

⁵⁷ En efecto, si bien existen precedentes de la SCJN sobre la constitucionalidad de los tipos penales que sancionan la posesión y tráfico de drogas, éstos se han centrado, casi en su mayoría, en determinar si los mismos son suficientemente claros o taxativos; si las penas previstas para dichos delitos

Por otra parte, debe señalarse que, como ya se adelantó, el hecho de que la SCJN haya declarado la inconstitucionalidad del sistema de prohibiciones administrativas sobre el consumo de marihuana, no significa que el sistema de prohibiciones penales en automático también lo sea. En el amparo en revisión 237/2014 y los que le siguieron, la Corte precisó que no se prejuzgaba sobre la validez de las normas penales que sancionan la posesión y otros actos relacionados con la marihuana, pues estas últimas no fueron impugnadas y no forman parte del sistema de prohibiciones administrativas.

Como se explicó en el primer apartado, en México la regulación de la marihuana —y de las drogas en general— es de dos tipos: administrativa y penal. Así, aunque ambos sistemas están relacionados, regulan y persiguen objetivos distintos: mientras que las normas administrativas se ocupan del control y vigilancia de estupefacientes y psicotrópicos por parte de la autoridad sanitaria, así como de las autorizaciones correspondientes, las normas penales tienen por objeto disuadir, a través de la amenaza de la sanción, la tenencia y tráfico ilegal de drogas.

Por tanto, al no existir un pronunciamiento de la Corte sobre el sistema de normas penales que sancionan la posesión y tráfico de drogas, éstas siguen siendo vigentes.⁵⁸ Esto quiere decir que las autoridades siguen teniendo un fundamento legal para detener y procesar a las personas que posean y realicen otras conductas relacionadas con la marihuana, cuando no cuenten con la autorización de la autoridad de salud correspondiente⁵⁹

son proporcionales, así como si el legislador observó el principio de igualdad. Por lo demás, vale señalar que en todos estos asuntos la Corte ha reconocido la constitucionalidad de dichas normas.

⁵⁸ Como se explica al final de este apartado, si bien en la Primera Sala se ha discutido la constitucionalidad de la posesión simple de marihuana, no se ha llegado a un consenso.

⁵⁹ Desde el amparo en revisión 237/2014 la Corte ha señalado que la concesión del amparo a los quejosos, para el efecto de que la autoridad sanitaria emita una autorización para llevar a cabo conductas relacionadas con el autoconsumo de marihuana, tiene como consecuencia que éstos no podrán incurrir en los delitos contra la salud previstos en los artículos 194, fracción I, 195, 195 Bis y 196 Ter del Código Penal Federal, así como en los artículos 475, 476 y 477 de la Ley General de Salud. Lo anterior, pues todos ellos cuentan con un elemento típico de carácter normativo consistente en que la conducta debe realizarse "sin la autorización correspondiente".

(la cual, por cierto, por ahora sólo puede ser obtenida vía amparo cuando se solicita para fines lúdicos).

Ahora bien, con esto no se pretende decir que las sentencias de la SCJN sobre la inconstitucionalidad del sistema de prohibiciones administrativas al consumo de marihuana no debieran tener ninguna trascendencia en la constitucionalidad del sistema de prohibiciones penales. Ciertamente, al haberse reconocido un derecho a cultivar, poseer y consumir marihuana, incluso para fines lúdicos, parece contraintuitivo que tales conductas sigan siendo sancionadas penalmente. Para utilizar una expresión del Tribunal Constitucional español, "los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito".⁶⁰

Sin embargo, antes de trasladar la doctrina de la Corte sobre el libre desarrollo de la personalidad al sistema de prohibiciones penales, conviene tener presentes los límites de la propia doctrina, así como el diseño y la estructura de los tipos penales que sancionan los delitos contra la salud.

En ese sentido, una primera cuestión que debe tomarse en consideración es que los precedentes de la Corte únicamente han reconocido un derecho al autoconsumo de la marihuana, pero no al comercio, suministro o cualquier otro acto dirigido a la enajenación o distribución de esta droga. Por ende, los únicos tipos penales que en su caso podrían verse afectados por dicha doctrina son aquellos que sancionan la "posesión simple" (es decir, la posesión para consumo estrictamente personal), no así aquellos que sancionan la "posesión con fines", u otras conductas relacionadas con el tráfico de estupefacientes (comercio, suministro, transporte, etcétera).⁶¹

⁶⁰ Véanse en ese sentido las SSTC 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 3, y 177/2015, de 22 de julio, FJ 2.

⁶¹ En todo caso —como se explicó al analizar el tema de la venta— para poder sostener la inconstitucionalidad de los tipos penales que sancionan la posesión con fines o el tráfico de la marihuana habría que dar argumentos distintos que no se encuentran en los precedentes.

En segundo lugar, debe tomarse en consideración que los tipos penales previstos en la Ley General de Salud y el Código Penal Federal no sólo sancionan conductas relacionadas con la marihuana, sino con una gran cantidad de drogas, cuyos efectos no han sido analizados aún por la Corte. Así, en congruencia con los precedentes, para que dichas normas puedan ser declaradas inconstitucionales tendría que analizarse, a la luz de la evidencia disponible, cuáles son los daños concretos, tanto individuales como sociales, que pueden producir todas y cada una de las drogas existentes, antes de determinar si su prohibición es, en general, proporcional.

Así, con estas precisiones en mente a continuación, se analizan algunas implicaciones que podrían extraerse de la aplicación de los precedentes en la materia penal.

2. Algunas implicaciones de la doctrina sobre el consumo de marihuana en el ámbito penal

Como se explicó, la Corte determinó que el sistema de prohibiciones administrativas absolutas al consumo de marihuana es inconstitucional luego de aplicar un *test* de proporcionalidad. Así, señaló que dicha medida, si bien busca proteger fines constitucionales legítimos (como son la salud de los propios consumidores y de terceros), no es necesaria ni proporcional, pues existen modelos regulatorios menos lesivos a la autonomía del individuo que permiten garantizar tales fines y la intensidad a la afectación al libre desarrollo de la personalidad no es proporcional a los beneficios que se obtienen con la medida.

En ese orden de ideas, una primera cuestión que vale la pena observar en relación con la aplicación de dicha doctrina y del *test* de proporcionalidad en el ámbito penal (específicamente a la criminalización de la posesión para consumo de marihuana) es que si bien es cierto que la protección de la salud de los propios consumidores podría ser un fin legítimo que justifique medidas administrativas que limiten la libertad del individuo,

es discutible que ello resulte igualmente válido tratándose de medidas de naturaleza penal.

Como se explicó en el apartado III, desde cierta concepción de la libertad es posible justificar la adopción de medidas estatales tendentes a proteger la autonomía de las personas, incluso contra sus propias decisiones. Esto puede traducirse en políticas públicas que, por un lado, promuevan la autonomía (por ejemplo, de educación pública) y, por otro, prohíban actos que atenten contra ella (por ejemplo, el contrato de esclavitud). Sin embargo, de esto no se sigue necesariamente que el Estado pueda utilizar el derecho penal para obligar a una persona a no hacerse daño a sí misma.

Hoy en día es bastante aceptado que el derecho penal —y, en específico, la aplicación de penas graves, como la prisión— debido a las consecuencias trágicas que puede tener sobre las personas, debe ser *ultima ratio*, de manera que el Estado debe limitarse a sancionar sólo aquellas conductas que lesionan más gravemente a la sociedad.⁶² Además, de acuerdo con ciertas posturas filosóficas y doctrinales, existen ciertos límites materiales que debería observar el ejercicio del *ius puniendi* en cualquier Estado democrático.⁶³

Uno de estos límites es el llamado principio de lesividad, según el cual el uso del derecho penal sólo se justifica para proteger bienes jurídicos de terceros, pero no para evitar que las personas realicen actos que

⁶² Muñoz Conde y García Arán sostienen, por ejemplo, que una de las derivaciones del principio de intervención mínima del Derecho penal es que éste no tiene como misión "proteger todos los bienes jurídicos ni protegerlos frente a cualquier ataque, sino que sólo ha de intervenir en caso de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes". Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, 9a. ed., Tiran lo Blanch, Valencia, 2015, p. 77. Con todo, debe destacarse que la cuestión de si el derecho penal realmente protege sólo *bienes jurídicos* y cuáles no parece estar definitivamente zanjada. Sobre esta discusión, véase Hefendhel, Roland et al. (eds.), *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

⁶³ Véase Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 463.

sólo les conciernen a ellas mismas.⁶⁴ Dicho principio está estrechamente relacionado con el derecho a la autonomía y el principio del daño que se esbozó en el apartado III del artículo. Así, según esta concepción, estaría vedado sancionar penalmente conductas no lesivas para terceros, como son: la prostitución, la tentativa de suicidio, la embriaguez y el uso personal de estupefacientes.⁶⁵ Por tanto, siguiendo esta postura, alguien podría argumentar que la criminalización de la posesión para consumo personal de marihuana no cumple ni siquiera la primera grada del *test* de proporcionalidad, pues el derecho penal no puede usarse para sancionar actos que no lesionan a terceros.

Con todo, debemos reconocer que dicha postura también puede ser discutible. El Tribunal Constitucional alemán, por ejemplo, en la sentencia BVerfGE 90, 145, de 1994, admitió como fin constitucionalmente válido —que justifica limitar la libertad de una persona mediante la penalización de la posesión y consumo de marihuana— la protección de la salud del individuo frente a los daños que produce esta droga.⁶⁶

En México, además, la Constitución no reconoce expresamente el principio de lesividad como límite del derecho penal y no se tiene conocimiento de precedentes nacionales en los que se haya declarado la invalidez de normas penales por esta razón.⁶⁷ Aun así, al estar estrechamente relacionado con los fines legítimos que puede perseguir el *ius puniendi*, es un tema que deberá ser resuelto por los tribunales mexicanos en la primera

⁶⁴ *Ibidem*, p. 466.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 478. En una línea similar, Zaffaroni refiere que la impunidad de la tenencia de estupefacientes para uso personal deriva de una reserva constitucional, pues la autonomía personal que consagra el artículo 19 de la Constitución argentina "cancela la posibilidad de que un tipo penal abarque conductas que no afectan a terceros". Zaffaroni, Eugenio R., *et al.*, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 2a. ed., Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 2006, p. 503.

⁶⁶ En dicha sentencia, el Tribunal alemán sostuvo además que la Constitución no reconoce a las personas un derecho a intoxicarse.

⁶⁷ Como se explica más adelante, la Primera Sala de la Corte discutió en 2018 los alcances del principio de lesividad en relación con la penalización de la posesión de la marihuana en dos asuntos. Sin embargo, las propuestas no alcanzaron consenso, por lo que fueron desechadas.

grada del *test* de proporcionalidad, a fin de determinar si la criminalización de la posesión de la marihuana para consumo personal persigue un fin legítimo.

Adicionalmente, otra cuestión que tendrá que analizarse en la grada de *finalidad* es si la simple posesión o consumo de marihuana sólo afecta al que realiza la acción, o si también puede representar un riesgo penalmente relevante para la salud o los derechos de terceros. Hay que recordar que actualmente el derecho penal no sólo sanciona daños concretos, sino también la puesta en riesgo de bienes jurídicos de terceros, incluso de manera abstracta. Por tanto, si se demuestra que la posesión de la marihuana es una conducta que puede poner en riesgo la salud u otros derechos de terceros, la prohibición penal de esta conducta podría encontrar un fin legítimo en la protección de tales bienes jurídicos (lo cual a la luz de la evidencia científica disponible no parece que sea el caso, al menos no de manera grave).

Ahora bien, aun si se aceptara que la medida persigue un fin legítimo, resulta cuestionable que el esquema actual de prohibición penal al consumo de marihuana⁶⁸ supere el resto de las gradas del *test* de proporcionalidad en los términos que han sido precisados por la Corte. En efecto, si la Corte ya reconoció un derecho a consumir marihuana y, además, ha constatado que ésta no pone en grave riesgo la salud, por mayoría de razón, no parece que la prohibición penal de esta conducta cumpla con los requisitos de *necesidad y proporcionalidad*.

Como la propia Corte ha sostenido, es posible adoptar esquemas regulatorios mucho menos lesivos de la autonomía personal que la prohibición absoluta del consumo de marihuana, los cuales permiten proteger de mejor manera la salud de los propios consumidores y la de terceros. Pero ade-

⁶⁸ Como se explicó, la posesión de marihuana para consumo personal se encuentra sancionada penalmente en México cuando excede de 5 gramos. En tales casos, las sanciones pueden ir desde los 10 meses hasta los 7 años y medio de prisión, dependiendo de la cantidad de que se trate.

más, al haberse constatado que la marihuana no genera daños graves a la salud, la imposición de una sanción penal —que puede ir de 10 meses a 7 años de prisión— y todas las consecuencias que ello puede acarrear para el consumidor, parece una restricción incluso más desproporcionada respecto del derecho al libre desarrollo de la personalidad, que la simple prohibición administrativa. Así, siguiendo los precedentes, podría argumentarse que el límite de 5 gramos para el consumo inmediato y personal de la marihuana, previsto en el artículo 479 de la Ley General de Salud, es inconstitucional, en tanto constituye una restricción desproporcionada al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

No obstante, una forma alternativa de resolver esta tensión sin declarar la invalidez de ninguna norma podría lograrse interpretando que la posesión simple de marihuana no es una conducta antijurídica pues se encuentra amparada por el "ejercicio de un derecho". Como es sabido, en México, al igual que en otros países, para que exista un delito no basta con que la conducta cometida sea típica, sino que además debe ser antijurídica y culpable. Así, de acuerdo con la fracción VI del artículo 15 del Código Penal Federal, una de las causas de justificación se presenta cuando la acción típica se haya realizado "en ejercicio de un derecho", siempre que exista necesidad racional del medio empleado y no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro.

Aunque se trata de una excluyente del delito poco estudiada en la jurisprudencia nacional, un sector de la doctrina mexicana ha señalado que esta fracción se refiere a "aquellos casos en los que hemos constatado la tipicidad de la conducta y existe en el orden jurídico un derecho que le asiste al sujeto activo para realizarla".⁶⁹ En definitiva, se trata de una causal que busca hacer coherente el ordenamiento en su conjunto, en tanto que sería contradictorio sancionar conductas que están expresamente permitidas. En ese sentido, en la doctrina penal comparada se ha consi-

⁶⁹ Díaz-Aranda, Enrique y Roxin, Claus, *Teoría del caso y del delito en el proceso penal acusatorio*, México, STRAF, 2015, p. 232.

derado que "[s]i bien la naturaleza última de toda causa de justificación es el ejercicio de un derecho, la específica mención de este género cumple con la sana función de vincular la justificación a todo el orden jurídico".⁷⁰

En ese orden de ideas, dado que la Corte ya reconoció que las personas tienen derecho a consumir marihuana, una lectura sistemática de todo el ordenamiento jurídico a la luz de la teoría del delito podría llevar a considerar que, aunque la posesión para consumo personal de otras drogas puede seguir siendo delito —lo que, como se dijo, tendría que analizarse caso por caso a la luz de la evidencia disponible—, tratándose de marihuana ya no puede considerarse una conducta antijurídica, en tanto se encuentra amparada por el libre desarrollo de la personalidad.

Para finalizar este apartado es importante señalar que a finales de 2018 la Primera Sala discutió dos proyectos de resolución de amparos directos en revisión interpuestos por personas que fueron sentenciadas por poseer cierta cantidad de marihuana para su consumo personal. En ambos casos, los respectivos ponentes propusieron invalidar en suplencia de la queja⁷¹ el artículo 477 de la Ley General de Salud, el cual prevé el delito de "posesión simple" de narcóticos, por considerarlo contrario a los principios de lesividad, fragmentariedad y subsidiariedad en materia penal, entre otros. Tales propuestas, sin embargo, no lograron generar consenso entre la Ministra y los Ministros de la Primera Sala, por lo que fueron desechadas.

No obstante, debe precisarse que el hecho de que ninguna de estas propuestas haya logrado consenso no significa que exista un precedente de la Corte en el sentido de que la penalización de la posesión para consumo de marihuana es compatible con el libre desarrollo de la personalidad.

⁷⁰ Zaffaroni, *op. cit.*, nota 66, p. 502.

⁷¹ La Ley de Amparo permite que, en ciertas materias, incluida la penal, los jueces declaren la invalidez de normas con base en argumentos que no fueron expuestos en la demanda de amparo. Esto fue lo que sucedió en estos casos, ya que los quejosos únicamente argumentaron que el artículo 477 era contrario al principio de *taxatividad* penal.

Dado que en ninguno de estos casos los quejosos plantearon expresamente esta cuestión en sus demandas de amparo, la Corte no estaba obligada a pronunciarse al respecto. Como se dijo, el estudio que en su momento propusieron los ponentes (y sobre el cual no se generó consenso), se hizo en suplencia de la queja. Por tanto, puede decirse que la pregunta sobre la constitucionalidad de la criminalización de la posesión para consumo personal de marihuana en México sigue abierta.

VII. Conclusiones

La sentencia de la Primera Sala en el amparo en revisión 237/2014 cambió la aproximación del Estado mexicano en materia drogas, específicamente sobre la prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana. Dicha decisión ha obligado a ver esta política pública desde la óptica de los derechos humanos, específicamente desde la autonomía personal.

Así, en este momento existe una sólida doctrina en el sentido de que consumir marihuana con fines lúdicos y recreativos está amparado por el libre desarrollo de la personalidad y que prohibir absolutamente esa conducta es inconstitucional. Sin embargo, todavía quedan muchos temas por resolver.

Como se explicó, a la fecha no existe un pronunciamiento de la Corte sobre la existencia de un derecho a realizar actos distintos al autoconsumo, como producción o venta. Además, dado que sus precedentes sobre el libre desarrollo de la personalidad se han centrado exclusivamente en el derecho de las personas al consumo, parece difícil derivar de ello un derecho a vender o comercializar marihuana. En todo caso, tales conductas tendrían que ser analizadas a la luz de otros derechos fundamentales, como la libertad de trabajo e industria.

Por otra parte, tampoco existe jurisprudencia sobre la constitucionalidad de las normas penales que tipifican y sancionan la posesión y otras conductas relacionadas con la marihuana. En efecto, aunque existen ra-

zones para considerar que los precedentes deben tener un impacto en el ámbito penal —al menos, como se vio, en lo que se refiere a la tipificación o antijuricidad de la posesión de marihuana para consumo personal— se trata de un tema que no ha sido esclarecido por la Corte; incluso, los precedentes son claros en señalar que en ellos no se prejuzgaba sobre la constitucionalidad de normas penales.

Ahora bien, esas preguntas no son menores y ciertamente quedan muchos aspectos de la política prohibicionista por analizar a la luz de la Constitución. Sin embargo, los precedentes de la Corte proporcionan una ruta metodológica que debe ser tomada en consideración en lo sucesivo, tanto por jueces como por legisladores, para que nuestro enfoque en materia de drogas sea conforme a la Constitución y los derechos humanos.

Con todo, no es una cosa menor que, después de tantos años, la política prohibicionista comience a tener grietas. Estamos en un momento histórico para replantearnos su pertinencia y diseñar una nueva aproximación en la regulación de drogas. Esperemos que ésta sea más justa y genere paz para México.

3. La vía judicial como motor del cambio en política de drogas: la SCJN y la jurisprudencia en materia de uso personal de cannabis

Tania Ramírez*

SUMARIO: I. Introducción. II. La SCJN y la cannabis. III. Consumo personal y el camino hacia el Poder Judicial. IV. Cinco casos en la Corte. V. Consecuencias de las resoluciones. VI. Conclusiones.

I. Introducción

En noviembre de 2015 la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante "SCJN" o la "Corte") se pronunció por primera vez en torno al sistema de prohibición administrativa del uso personal adulto de cannabis y sus actividades correlacionadas contenidas en la Ley General de Salud (LGS). La Primera Sala de la Corte sostuvo que dicha prohibición resulta inconstitucional por afectar, innecesaria y desproporcionalmente, el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Esta sentencia de 2015 resultó paradigmática no sólo por sus argumentos, sino también porque, en un país tan afectado por la prohibición como México, el primer pronunciamiento respecto a lo insostenible de ese sistema se dio desde el Poder Judicial y no de los otros poderes.

* Maestra en Derecho (LL.M in Global Health Law) por Georgetown University con especialidad en Derecho Internacional de Derechos Humanos. Licenciada en derecho por el Centro de Investigación y Docencia Económicas y Licenciada en Políticas y Administración Pública por la UNAM. Se ha especializado en temas de políticas de drogas, regulación de sustancias, justicia, derechos humanos y derecho a la salud. Actualmente es Directora de Política de Drogas de México Unido contra la Delincuencia.

Para el contexto latinoamericano estas resoluciones no resultaban aisladas ni totalmente novedosas. Años atrás, otros tribunales constitucionales de la región ya habían hecho pronunciamientos respecto a la relación entre el consumo y el ámbito de decisiones individuales. En Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lo propio con los fallos Bazterrica¹ (1986) y Arriola² (2009) desarrollados en torno al derecho a la privacidad; y la Corte Constitucional de Colombia, en el expediente C-221³ (1994), mediante la famosa "dosis personal" desarrollada alrededor de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. No obstante, los amparos de la Suprema Corte de México inauguraron una nueva ola de decisiones de tribunales constitucionales al respecto, como la de Georgia en julio de 2018⁴ y la de Sudáfrica en septiembre del mismo año.⁵

A diferencia de dichas decisiones, al fallo de 2015 le siguieron otras cuatro sentencias más de la SCJN en el mismo sentido, con lo cual se generó jurisprudencia en octubre de 2018. Así, estos fallos se materializaron no sólo en beneficio de las personas quejas sino también en distintas consecuencias jurídicas de largo alcance. Una de ellas, quizá la que más sobresale, es la que derivó en un mandato de la Corte al Congreso de la Unión para hacer las modificaciones pertinentes en la legislación vigente y terminar con la declaratoria de inconstitucionalidad.

Si bien la SCJN ha analizado otras temáticas en relación con la cannabis, como su uso medicinal, el delito de posesión simple aplicado a casos concretos e incluso la libertad comercial, este texto se centra en las decisio-

¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), 1986, "Bazterrica c. Argentina", 29 de agosto.

² Arriola, CSJN, 24. Además, el argumento acerca del derecho a la privacidad fue más claro cuando, en una decisión siguiente, otro tribunal argentino afirmó la prohibición de fumar marihuana en espacios públicos.

³ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), 2009, "Arriola c. Argentina", 25 de agosto. Además, el argumento sobre el derecho a la privacidad fue más claro cuando, en una decisión posterior, otro tribunal argentino confirmó la prohibición de fumar marihuana en espacios públicos.

⁴ Constitutional Court of Georgia, disponible en: «<https://www.constcourt.ge/en/news/judgement-of-the-constitutional-court-of-georgia-on-the-constitutional-complaint-n1282.page>». (Fecha de consulta: 14 de abril de 2020).

⁵ Constitutional Court of South Africa, 2018, "Case CCT 108/17", «<http://www.saflii.org/za/za/cases/ZACC/2018/30.pdf>». (Fecha de consulta: 14 de abril de 2020).

nes que dieron lugar a la conformación de jurisprudencia en materia de uso adulto de cannabis. La razón es sencilla: ese conjunto de amparos es el que más ha trascendido en términos de efectos jurídicos, opinión pública y desarrollo argumentativo, como se demostrará a lo largo del artículo. No obstante, se sostiene que la Corte aún tiene un largo camino que recorrer en este tema más allá del sistema de prohibición administrativa de la cannabis, por ejemplo, pronunciarse respecto a uno de los aspectos más cruciales de la política de drogas en México: el régimen penal, en particular, el tipo penal de posesión.

En primer lugar, se abordarán los distintos temas que ha desarrollado la Corte respecto a la cannabis. Después se mostrará por qué se optó por usar la vía judicial y se expondrán los cinco casos que fueron analizados por la Primera Sala de la Corte. Enseguida se examinarán las principales líneas temáticas de esas cinco sentencias que se resolvieron entre 2015 y 2018, entre ellas, la metodología para el análisis de constitucionalidad, su pronunciamiento respecto al sistema de prohibición penal, los derechos involucrados, el sistema internacional de fiscalización de drogas y la complejidad que representan las semillas. Enseguida se explicarán las consecuencias jurídicas que desencadenaron: las tesis jurisprudenciales y la apertura del expediente de declaratoria general de inconstitucionalidad. Finalmente, se hablará de cuáles son los retos que el Poder Judicial tiene en materia de política de drogas.

II. La SCJN y la cannabis

Prácticamente todos los casos que ha analizado la SCJN en relación con la política de drogas están centrados en la cannabis. Esto no es casualidad, la agenda mediática, política y de incidencia en esta materia siempre ha estado volcada hacia la mariguana dada su relevancia histórica en términos de persecución penal, producción, tráfico y consumo en el país. Durante los últimos años, la Corte ha explorado tres grandes temáticas al respecto: la prohibición administrativa del uso adulto, el uso medicinal y el sistema de persecución penal.

En el primer rubro, se encuentran las decisiones del caso SMART y subsecuentes que colocan al uso "lúdico" o personal como parte de una esfera protegida por el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Se trata de la materia en la que la Corte ha sido más firme y consistente, incluso dando lugar a la creación de jurisprudencia y potenciales cambios legislativos.

Los casos sobre cannabis medicinal se dividen en dos temáticas. La primera, y más reciente, tiene que ver con la omisión por parte del Poder Ejecutivo en publicar la armonización reglamentaria de la reforma en materia de cannabis medicinal. La decisión resulta inédita, pues a partir del amparo promovido por un paciente se logró la orden por parte de la Corte para que el Ejecutivo emita la legislación secundaria en un plazo de 90 días (aproximadamente durante el verano de 2020), lo cual provoca que los efectos del amparo se extiendan prácticamente a toda la población.⁶ La segunda se refiere a un amparo promovido por una empresa que solicitó autorización para la comercialización de cannabis y THC con el objeto exclusivo de desarrollar y comercializar medicamentos y tratamientos a base de los mismos.⁷ La Corte sostuvo que la regulación impide otorgar esos permisos y determinó que la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (Cofepris) debía establecer los términos y condiciones para dicho efecto. No obstante, dado que la empresa se había conformado con la única finalidad de comenzar dicho juicio, este caso abrió un gran debate entre ministros y ministras en torno a los alcances del litigio estratégico.

La última temática es la relacionada con el tipo penal de posesión simple. Hasta ahora la SCJN ha sido renuente a pronunciarse en torno a la constitucionalidad de dicho delito. Aunque en 2019 se votaron dos casos sobre posesión,⁸ la Corte sólo se enfocó en la taxatividad del tipo penal

⁶ Amparo en revisión 57/2019.

⁷ Amparo en revisión 547/2014.

⁸ Amparo en revisión 5809/2016 y 7304/2016.

y concedió al amparo a las personas quejas por vicios en el procedimiento, pero no analizó el tipo penal de posesión simple a la luz de criterios como proporcionalidad, subsidiaridad del derecho penal y otros.

Este texto se enfoca en la primera línea temática por considerar que es la que ha tenido mayor impacto, no sólo en términos de desarrollo argumentativo y jurisprudencial, sino en el potencial largo alcance que puede tener en el desarrollo de legislación y política pública. Ello, sin ignorar la importancia de las decisiones antes mencionadas y de las estrategias de litigio que las impulsaron.

III. Consumo personal y el camino hacia el Poder Judicial

El panorama actual de las políticas de drogas en materia de cannabis es, por mucho, distinto al de 2012 cuando comenzó el camino del litigio en la materia o al de 2015, cuando se resolvió el primer caso. Durante este tiempo, dos países han creado mercados regulados de cannabis a nivel nacional, Uruguay en 2013 y Canadá en 2018; además, 11 jurisdicciones en Estados Unidos también lo han hecho aun cuando persiste la prohibición federal. Muchos países han optado por esquemas de despenalización del uso de sustancias⁹ y la permisión de los usos medicinales y/o terapéuticos del cannabis se ha extendido a prácticamente todo el mundo.¹⁰ Todos esos nuevos mercados legales, sin embargo, fueron creados por la vía de mecanismos de participación ciudadana directa o por reforma legislativa o decreto. Ninguno de esos mercados regulados fue creado a partir del mandato del Poder Judicial, como podría ocurrir en México.

⁹ *Talking Drugs, Release & the International Drug Policy Consortium*, 2020, "29 countries. 49 models of drug decriminalisation. One handy web-tool", enero de 2020, «<https://www.talkingdrugs.org/decriminalisation>». (Fecha de consulta: 14 de abril de 2020).

¹⁰ Aguilar, Sofia, Gutiérrez, Víctor, Sánchez, Lisa y Nougier, Marie, *Políticas y prácticas sobre cannabis medicinal en el mundo*, Internacional Drug Policy Consortium: México Unido Contra la Delincuencia, «<https://www.mucd.org.mx/wp-content/uploads/2018/05/Pol%C3%ADticas-y-pr%C3%A1cticas-sobre-cannabis-medicinal-en-el-mundo-2018.pdf>». (Fecha de consulta 14 de abril de 2020).

¿Qué fue lo que ocasionó que, en México, este pronunciamiento y guía se diera desde la Suprema Corte?¹¹

Las políticas de drogas en México se han caracterizado por priorizar un abordaje punitivo, por una completa desconexión con las obligaciones en materia de derechos humanos y por la ausencia de perspectivas transversales de género, desarrollo sostenible y salud pública. Por el lado de las políticas de aplicación de la ley se ha perseguido penalmente cualquier actividad relacionada con el uso de drogas. En 2009, la denominada ley de narcomenudeo¹² consolidó la persecución no sólo del tráfico de drogas a gran escala, sino de las actividades correlacionadas con el consumo de las mismas. Con la reforma se creó un complejo sistema para determinar si la posesión de alguna sustancia está destinada al uso o a actividades consideradas narcomenudeo. Se establecieron cantidades en la tabla de dosis permitidas para consumo personal e inmediato en la Ley General de Salud que no reflejan la realidad de las dinámicas de consumo y representan límites arbitrarios que podrían ser criterios indicativos, pero no definitorios. Este esquema, además, abrió un amplio espacio de discrecionalidad y extorsión para que las autoridades determinen cuándo una persona porta lo permitido o se excede. Adicionalmente, el que la posesión simple (para uso personal) estuviera permitida (exenta de sanción penal) pero el resto de las actividades correlacionadas al consumo —siembra, cosecha, transporte, etc.— permanecieran prohibidas y ameritaran sanción, creó una contradicción enorme. En este sistema, la persecución de personas que usan drogas y de pequeños participantes en la cadena de suministro se hizo sistemática, reproduciendo las inercias y selectividad del sistema penal.¹³

¹¹ Al respecto, se recomienda consultar los documentos "Modelos de regulación del cannabis en Estados Unidos" y "Lessons from legal regulation: Cannabis in Canada", de Transform y MUCD, ambos por publicar.

¹² Reformas a la Ley General de Salud, Código Penal Federal y Código de Procedimientos Penales.

¹³ Véase por ejemplo, Chaparro, Sergio, Pérez Correa, Catalina y Youngers, Coletta, *Castigos irracionales: Leyes de Drogas y Encarcelamiento en América Latina*, (Colectivo de Estudios Drogas y Derecho, 2007), <https://www.tni.org/files/publication-downloads/folleto_cide_castigos_irracionales_v15_full.pdf>. (Fecha de consulta: 14 de abril de 2020.)

Ante este panorama, los esfuerzos desde la academia y la sociedad civil por visibilizar y modificar dichas condiciones fueron articulándose cada vez más y teniendo efectos más concretos en la opinión pública y en ciertas autoridades. En el Poder Legislativo, por ejemplo, el número de iniciativas de ley en la materia fue creciendo exponencialmente.¹⁴ Sin embargo, la ausencia de consenso, la falta de prioridad del tema en las agendas políticas y las propias inercias legislativas, imposibilitaban la viabilidad de cualquier reforma de gran trascendencia. Años después se lograron algunos avances por medio del Poder Ejecutivo, como el pronunciamiento en torno a la necesidad de cambiar de enfoque por parte del presidente Peña Nieto durante la Asamblea Extraordinaria de la ONU sobre el tema drogas (UNGASS) 2016, no obstante, el impulso a una agenda reformista de gran calado aún era imposible. Incluso la propia iniciativa que él presentó para permitir la posesión de hasta 28 gramos de cannabis no avanzó y solamente se aprobó la reforma en materia de cannabis medicinal en 2017.

En aquel contexto de resistencia al cambio, grupos de la sociedad civil organizada decidieron emprender el camino del litigio estratégico, impulsando la discusión en sede judicial en torno al uso personal adulto de la sustancia sobre la que más se volcaba la atención de las autoridades: la cannabis. Así, en 2012 la Sociedad Mexicana de Autoconsumo Responsable y Tolerable, A.C. (SMART) inició el primer juicio de amparo que, después de un largo camino, fue analizado por la Primera Sala de la SCJN bajo la ponencia del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. El 4 de noviembre de 2015, se otorgó el amparo por una mayoría de 4 votos a favor del proyecto que declaraba la inconstitucionalidad de los cinco artículos de la Ley General de Salud que constituyen el sistema de prohibición administrativa de las actividades relacionadas con el consumo de cannabis.

¹⁴ De 5 presentadas en la LXII Legislatura a más de 40 en la siguiente y casi 30 en lo que va de la LXIV Legislatura.

IV. Cinco casos en la Corte

A lo largo de 2018, la Primera Sala de la SCJN resolvió cuatro casos más sobre esta materia. La mayoría siguió prácticamente el mismo camino procesal: la solicitud de una autorización ante la Cofepris para el consumo de cannabis y las actividades correlacionadas al mismo; la negativa de dicha institución para otorgarla con la consecuente interposición de un juicio de amparo indirecto en contra de dicha decisión; la sentencia de un juez de distrito que niega el amparo; la presentación de un recurso de revisión por parte de las personas quejasas ante el cual un Tribunal Colegiado dice carecer de competencia para conocer por tratarse de un asunto en el cual subsistía un problema de constitucionalidad; su turno a la SCJN, y finalmente, la asunción de la competencia originaria de ésta para analizar el amparo en revisión en la Primera Sala.

En los cinco expedientes se declararon inconstitucionales los artículos 235, último párrafo, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo, y 248, de la Ley General de Salud, en relación con la prohibición de la cannabis. De igual manera, en todos se concedió el amparo para que Cofepris otorgara a las personas quejasas la autorización para realizar las actividades relacionadas con el autoconsumo de cannabis con fines lúdicos o recreativos: sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer, transportar y, sólo en algunos casos, adquirir la semilla. En todas las sentencias se excluye la posibilidad de realizar actos de comercio, suministro o cualquier otro que se refiera a la enajenación y/o distribución de sustancia, en tanto que el uso reconocido es personal y no debe trascender a terceros.

Fecha de sesión	Expediente	Ponencia	Personas quejasas	Votación
4 noviembre 2015	Amparo en revisión 237/2014	Arturo Zaldivar Lelo de Larrea	Miembros SMART-MUCD (4 personas quejasas)	4 votos a favor, 1 voto en contra, 2 votos concurrentes y 1 voto particular.
11 abril 2018	Amparo en revisión 1115/2017	Jorge Mario Pardo Rebolledo	Un quejoso	4 votos a favor, 1 voto en contra, 2 votos concurrentes y 1 voto particular.

13 junio 2018	Amparo en revisión 623/2017	José Ramón Cossio Díaz	Un quejoso	4 votos a favor, 1 voto en contra, 1 voto concurrente y 1 voto particular.
31 octubre 2018	Amparo en revisión 548/2018	Arturo Zaldívar Lelo de Larrea	Diversas personas quejosas	4 votos a favor, 1 voto en contra y 1 voto en particular.
31 octubre 2018	Amparo en revisión 547/2018	Norma Lucía Piña Hernández	Diversas personas quejosas	4 votos a favor, 1 voto en contra y 1 voto particular.

Aunque cada uno de los expedientes resueltos tiene sus propios matices, la decisión del caso SMART marcó la pauta argumentativa de las resoluciones subsecuentes. Algunos de esos argumentos se repitieron casi de manera exacta dando lugar a las tesis jurisprudenciales que se revisarán más adelante. En cambio, otros se fueron puliendo y quedaron fuera de los razonamientos finales. A continuación, se presentan las principales líneas temáticas del desarrollo argumentativo de la Primera Sala en esta materia y se explica de qué manera respondió este órgano a temas que no habían sido abordados en el primer expediente.

1. Sistema de prohibición administrativa

En los cinco expedientes se alegó la inconstitucionalidad de los artículos 235, último párrafo, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo, y 248 de la Ley General de Salud, en relación con el uso de cannabis, y que integran el sistema de prohibición administrativa de la misma. En todos los casos, la Corte fue renuente a analizar la constitucionalidad de otros artículos. En los expedientes subsecuentes a SMART, se intentó incorporar el análisis de otros artículos de la LGS, como el 234, 368 y 479.

Por ejemplo, al analizar el expediente 1115/2017, la Corte explicó que el artículo 234 sólo categoriza las sustancias consideradas "estupefacientes", entre las cuales se encuentra la cannabis pero que eso no implica por sí solo una prohibición. En el expediente 623/2018 se profundizó en la explicación añadiendo que este artículo sólo contiene una definición legal interna de la norma, limitándose a definir las sustancias que son consi-

deradas estupefacientes. Agregó que este artículo forma parte del "sistema punitivo" relacionado con las sanciones penales de los estupefacientes y que el estudio de la constitucionalidad de dicho sistema y los delitos que lo conforman en el Código Penal Federal no era materia del expediente, como se explicará más adelante.

También en el amparo en revisión 623/2018 se descartó el análisis de constitucionalidad del artículo 368 de la LGS. Se argumentó que éste sólo se limita a establecer los requisitos de las autorizaciones sanitarias, pero no define requisitos o prohibiciones respecto a la cannabis. Sobre el artículo 479 de la LGS, que contiene la tabla de orientación de dosis máximas de consumo personal e inmediato, en ese mismo expediente se aclaró que no forma parte del "sistema de prohibiciones administrativas", sino del régimen penal de prohibición, que como se detallará más adelante, la Corte se negó a revisar en estos expedientes.

2. ¿Fines lúdicos o recreativos?

El caso SMART fijó pautas importantes en el lenguaje de los expedientes subsecuentes. Una de ellas es la idea del autoconsumo¹⁵ para fines "meramente" lúdicos o recreativos. Desde la demanda de amparo, los quejosos explicitaron que la autorización sería para "consumir marihuana regularmente, de forma personal y con fines meramente lúdicos".

No obstante, al hacer el análisis de constitucionalidad que se detallará más adelante, la Corte amplió dicho concepto explicando que las decisiones protegidas por el libre desarrollo de la personalidad pueden tener distintas finalidades. En el caso del consumo personal de cannabis, reconoció que estos fines son variados e incluyen "el alivio de la tensión, la intensificación de las percepciones o el deseo de nuevas experiencias personales y espirituales". El razonamiento añadió que es decisión de un individuo

¹⁵ Según el abogado Víctor Gutiérrez, éste es un concepto que acuñó la Corte en estos casos para referirse a toda la cadena de actividades para realizar el consumo.

mayor de edad "afectar" su personalidad y obtener distintas "experiencias mentales" mediante el uso de sustancias. Dichas experiencias se encuentran entre las más personales e íntimas que una persona puede vivir y, por lo tanto, están tuteladas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Con esta argumentación la Corte dejó claro que el consumo individual de dicha sustancia entre personas adultas está protegido por ese derecho, independientemente de los fines que se persigan. Por ello, aunque las decisiones y la jurisprudencia hablen de uso lúdico o recreativo, en el lenguaje de política de drogas el término más recomendado es uso personal adulto.

3. Derecho al libre desarrollo de la personalidad

En los distintos expedientes las partes recurrentes insistieron en que el régimen de prohibición administrativa de la cannabis limitaba sus derechos fundamentales a la identidad personal, propia imagen, libre desarrollo de la personalidad y autodeterminación, todos en relación con el principio de dignidad humana. La Primera Sala consideró que todas esas vulneraciones quedaban comprendidas en el derecho al libre desarrollo de la personalidad. De ahí que el análisis de constitucionalidad de los artículos impugnados se hiciera fundamentalmente en torno a este derecho.

Desafortunadamente el desarrollo argumentativo en torno a otros derechos relevantes, como el derecho a la salud, fue limitado. Incluso, en el caso SMART los quejosos también argumentaron que las medidas vulneraban el derecho a la salud en su aspecto negativo, entendido como la facultad o potestad de disponer de la salud personal, inclusive para no gozar de buena salud. Señalaron que el Estado no puede interferir en la libertad de los individuos para controlar su salud y su cuerpo, es decir, en la libertad inherente al derecho a la salud para disponer de la salud propia. No obstante, el derecho a la salud sólo fue abordado marginalmente en el análisis de la constitucionalidad de los fines que persigue la prohibición.

En dicho apartado, se explicó que la finalidad del marco regulatorio para el control de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de la LGS es la protección de la salud y el orden público. La Corte añadió que parte de ese propósito incluye no sólo la protección de la sociedad en su conjunto ante los posibles daños relacionados con el consumo de drogas, sino también la procuración de la salud de quienes las consumen.¹⁶ Aun con este reconocimiento, no se ahondó en el papel que este derecho desempeñaba en el análisis dado que el sistema de prohibición administrativa no sólo afecta el derecho al libre desarrollo de la personalidad sino también —siguiendo el propio razonamiento de la Corte— el derecho a la salud de las personas quejas como personas que usan drogas.

Sin embargo, como se verá más adelante, la única referencia al derecho a la salud en las sentencias es sobre su dimensión individual y social, que se recogió en una tesis jurisprudencial. Las medidas alternativas a la prohibición que enlista la Corte, y que se abordarán después, se dirigen a proteger, en primer lugar, la salud de terceras personas; es decir, se enfocan en la dimensión social del derecho a la salud. En cambio, se perdió la oportunidad de destacar la importancia de proteger la salud individual de quienes consumen drogas, empezando por las personas quejas y de generar parámetros al respecto, aún más cuando se abordó ampliamente el nivel de peligrosidad de la cannabis.

4. Metodología

El caso SMART utilizó como metodología por analizar las normas impugnadas el control de constitucionalidad a partir del principio de proporcionalidad en dos pasos. En la primera se establece la afectación que

¹⁶ La Suprema Corte de Justicia de la Nación añadió que "la finalidad del marco regulatorio para el control de estupefacientes y sustancias psicotrópicas previsto en la Ley General de Salud es la protección de la "salud" y el "orden público", puesto que de una interpretación sistemática del ordenamiento, así como de los distintos procesos de reforma a la ley, puede desprenderse que el legislador tuvo la intención de procurar la salud de los *consumidores* de drogas y proteger a la *sociedad* de las consecuencias perniciosas derivadas del consumo de las drogas" (amparo en revisión 547/2018).

la medida legislativa impugnada tiene en el contenido del derecho fundamental (en este caso, al libre desarrollo de la personalidad). En la segunda, se determina si la medida impugnada supera las cuatro gradas del test de proporcionalidad. Dicha metodología fue replicada de manera exacta en todos los casos subsecuentes.

a. Análisis *prima facie*

En esta etapa se plantea un análisis del alcance o contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Se precisan las conductas cubiertas *prima facie* o inicialmente por el mismo para determinar si la medida legislativa impugnada incide o afecta dicho derecho. En este contexto, la Corte explicó que la Constitución mexicana otorga una amplia protección a la autonomía de las personas. Existen derechos fundamentales que conforman un "coto vedado" vinculado con la satisfacción de los bienes básicos que son necesarios para la elección y materialización de cualquier plan de vida. Así, los derechos de libertad permiten realizar acciones que se consideran valiosas para la autonomía de las personas y establecen límites para que los poderes públicos intervengan u obstaculicen ciertas acciones. En este contexto, dijo la Corte, "el derecho al libre desarrollo de la personalidad" brinda protección a un "área residual de libertad" que no se encuentra cubierta por las otras libertades públicas. Explicó que este derecho tutela un área de la libertad "indefinida" que complementa las otras libertades más específicas (por ejemplo, la libertad de conciencia o la libertad de expresión). Es decir, cuando una actividad intervenida a través de una medida estatal no se encuentra expresamente protegida por un derecho específico, se puede invocar el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

La Corte fue muy clara al exponer que ese derecho no se encuentra de manera explícita en la Constitución, sino que es un derecho fundamental que deriva del derecho a la dignidad, previsto en el artículo 1o. constitucional y en tratados internacionales. Además, dejó en claro que su definición y contenido se han precisado jurisprudencialmente en dis-

tintos tribunales constitucionales.¹⁷ La propia SCJN ha desarrollado una línea jurisprudencial en la que ha reconocido que este derecho da protección a una gran variedad de acciones y decisiones relacionadas directamente con el ejercicio de la autonomía individual, como reconocimiento legal de la identidad de género o divorcio sin causa.¹⁸

La sentencia explica que el libre desarrollo de la personalidad tiene dos dimensiones, una externa y una interna. La primera da cobertura a una "libertad de acción" que permite realizar cualquier actividad que el individuo considere necesaria para el desarrollo de su personalidad. La segunda protege una "esfera de privacidad" del individuo en contra de las incursiones externas que limitan la capacidad para tomar ciertas decisiones a través de las cuales se ejerce la autonomía personal. Esta distinción será objeto de una de las tesis jurisprudenciales que emanaron de los cinco casos.

De esta manera, la Corte explicó que este derecho permite que las personas mayores de edad decidan qué tipo de actividades recreativas o lúdicas desean realizar, porque dicha decisión pertenece a la esfera de autonomía personal que debe estar protegida por la Constitución. Esa elección puede incluir, como ocurre en el presente caso, la ingesta o el consumo de sustancias que produzcan experiencias que en algún sentido "afecten"

¹⁷ Así, por ejemplo, "el Tribunal Constitucional alemán ha sostenido que el libre desarrollo de la personalidad da cobertura a actividades "recreativas" como viajar fuera del país, cazar o montar a caballo, al tiempo que en casos relacionados con personas transexuales ha considerado protegida la decisión en relación con el sexo y el género con el que un individuo desea que se le identifique. En sentido similar, la Corte Suprema estadounidense ha establecido que el derecho a la privacidad en la vertiente antes señalada protege de interferencias externas una gran variedad de decisiones personales, como las relacionadas con la contracepción, la educación, el cuidado de los niños, y las relaciones familiares. Así, estas decisiones están cubiertas por el derecho a la privacidad precisamente porque pertenecen a la esfera de autonomía de la persona. Como se señaló anteriormente, la protección que otorga el derecho no sólo comprende esas decisiones, sino también las acciones necesarias para materializar esa decisión".

¹⁸ Retomó, por ejemplo, el amparo directo 8/2008, sobre reconocimiento legal de identidad de género, en el que estableció que el derecho al libre desarrollo de la personalidad permite "la consecución del proyecto de vida que para sí tiene el ser humano, como ente autónomo". De igual manera, en los amparos directos en revisión 917/2009 y 1819/2014, así como la contradicción de tesis 73/2013, la Corte determinó que la decisión de permanecer o no casado encuentra cobertura en el derecho al libre desarrollo de la personalidad (amparo en revisión 547/2018).

los pensamientos, las emociones y/o las sensaciones de la persona. La Corte concluyó que el libre desarrollo de la personalidad protege la decisión de consumir marihuana y, por tanto, a todas las actividades necesarias para ello y que los artículos señalados sí inciden en el contenido *prima facie* del derecho porque constituyen un obstáculo jurídico para ejercer el derecho a decidir qué tipo actividades recreativas o lúdicas desean realizar.

b. Test de constitucionalidad

En esta segunda etapa se analiza si existe una justificación constitucional para que la medida legislativa afecte o reduzca la extensión de la protección que brinda inicialmente el derecho. Las medidas que el legislador puede crear para afectar ese derecho deben pasar por un *test* de proporcionalidad para determinar si supera un análisis de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido.

i) Constitucionalidad de los fines perseguidos con la medida

No cualquier propósito puede justificar la limitación a un derecho fundamental. La finalidad del marco regulatorio para el control de estupefacientes y sustancias psicotrópicas previsto en la LGS es la protección de la salud y el orden público. Ambas finalidades son constitucionalmente válidas. La protección de la salud es un objetivo que legítimamente puede perseguir del Estado, especialmente porque se trata de un derecho fundamental reconocido en el artículo 4o. de la Constitución. El derecho a la salud tiene una dimensión tanto individual o personal como una pública o social. La primera tiene que ver con la obtención del bienestar físico, mental, emocional y social de la persona, manifestación de que el Estado tiene un interés constitucional en procurarles a las personas en lo individual un adecuado estado de salud y bienestar. La segunda consiste en el deber del Estado de atender los problemas de salud que afectan a la sociedad en general, así como en establecer los mecanismos necesarios para que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud. Esta distinción también será retomada en una tesis jurisprudencial.

Respecto al orden público, la Corte sólo explicó que es un concepto que hace referencia al bienestar de la sociedad en general y que es válida la persecución de objetivos sociales colectivos mediante decisiones legislativas o políticas públicas. En este punto añadió que la Constitución no impone un ideal de excelencia humana y que esta ley no busca promover un determinado modelo de virtud personal.

ii) Idoneidad

En el examen de idoneidad la Corte analizó si el sistema de prohibiciones administrativas es un medio por el cual se contribuye en algún modo a proteger la salud y el orden público. Clarificó que es inadecuado determinar la idoneidad de la medida con base en una valoración sobre su eficacia, es decir, en si efectivamente reduce el consumo de la sustancia. Decidió entonces que determinaría la idoneidad a partir de la existencia de una relación entre el consumo de cannabis y ciertas afectaciones a la salud y el orden público. Apoyándose en bibliografía científica, la Corte analizó evidencia empírica de la posible relación del consumo con cuatro criterios seleccionados: afectaciones a la salud, generación de dependencia, propensión a utilizar drogas e inducción a la comisión de delitos.

Respecto al primer criterio se concluyó que las afectaciones a la salud del consumo en personas adultas no son graves, pues produce los mismos daños respiratorios que cualquier otra sustancia fumada, e incluso resulta menos dañina que otras sustancias como el opio, las anfetaminas, el alcohol o los barbitúricos. En términos de la generación de dependencia, la revisión de evidencia disponible llevó a concluir que hay mayor probabilidad de desarrollarla con sustancias como el opio o el alcohol. En cuanto a la propensión a utilizar drogas "más duras" se determinó que la posibilidad de usar otras drogas es resultado de diversos factores, pero no del consumo de la marihuana en sí mismo. Respecto al último criterio, la evidencia llevó a la conclusión de que cuando ambas cosas confluyen, se debe a factores sociales y contextuales que actúan en conjunto y que el consumo de marihuana por sí solo no incentiva la comisión de otros delitos.

De este análisis, la Corte concluyó que, aunque el consumo de marihuana no influye por sí mismo en el aumento de la criminalidad, sí existen daños menores a la salud vinculados al consumo de marihuana y que éste es un factor que aumenta la probabilidad de causar accidentes vehiculares. Por ello determinó que el "sistema de prohibiciones administrativas" es una medida idónea para proteger la salud de las personas.

iii) Necesidad

En esta parte del análisis, la Corte analizó si el sistema de prohibiciones administrativas es una medida legislativa necesaria para proteger la salud y el orden público o si existen medidas alterativas igualmente idóneas que afecten en menor grado el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Primero se analizó si los "regímenes de permisión controlada" como el que se usa para regular sustancias que provocan un daño similar, como el tabaco o el alcohol, son igual o más idóneas para proteger la salud y el orden público, y si éstas limitan en menor medida el derecho al libre desarrollo de la personalidad. También se hizo el análisis comparado con las alternativas a la prohibición del consumo de marihuana implementadas en otros lugares.

La Corte explicó que la medida impugnada prohíbe una "clase genérica de actos" (cualquier acto de consumo), mientras que las medidas alternativas que prohíben supuestos más específicos (como manejar vehículos o instrumentos peligrosos bajo los efectos de la droga, consumirla en lugares públicos o inducir a terceros) resultan menos restrictivas del libre desarrollo de la personalidad: "de esta manera, puede decirse que las regulaciones que permiten el consumo de marihuana, acotando la edad para consumir y/o el lugar donde se puede realizar dicho consumo, son medidas que identifican de mejor manera los supuestos en los que efectivamente se producen daños a la salud y el orden público". Concluyó que el sistema de prohibiciones administrativas constituye una medida innecesaria, ya que existen medidas alternativas igualmente idóneas para proteger la salud y el orden público que afectan en menor medida el derecho

al libre desarrollo de la personalidad. Al no superar el análisis de necesidad, la Sala consideró que la prohibición del consumo personal de marihuana con fines lúdicos es inconstitucional.

iv) Proporcionalidad en sentido estricto

En este nivel de análisis, la Corte examinó si existía un desequilibrio entre la afectación al derecho al libre desarrollo de la personalidad y el grado en que la prohibición satisface los fines que persigue. Se consideró que la medida legislativa sólo logra evitar o prevenir daños menores y, en cambio, la afectación que causa al libre desarrollo de la personalidad es severa. Es decir, una vez que analizaron los beneficios y los costos de la medida, se concluyó que el sistema de prohibiciones administrativas ocasiona una afectación muy intensa al derecho al libre desarrollo de la personalidad en comparación con el grado mínimo de protección a la salud y al orden público que se alcanza con dicha medida. De este examen, se concluyó que, aunque el sistema de prohibición administrativa busca proteger fines constitucionalmente válidos (la salud y el orden público) y es idónea para alcanzar dichos objetivos, resulta innecesaria y desproporcionada.

5. Nivel de peligrosidad de la sustancia

Como se puede observar, en el análisis de las distintas gradas del *test* de constitucionalidad, el grado de peligrosidad del uso de cannabis es un criterio central; en particular al determinar la idoneidad y necesidad de la medida. Al explorar ambos niveles, el análisis de la Corte se centra en mostrar que la cannabis no es tan dañina como otras sustancias, o que es igual de dañina que drogas consideradas legales. Constantemente se toma como punto de referencia el potencial daño personal y social del consumo de cannabis con respecto a otras sustancias, y se concluye que no es tan dañina como otras drogas.

Esto tiene al menos dos implicaciones. Primero, con este criterio podría abrirse una contradicción dentro del mismo análisis de constitucionalidad.

Al analizar el contenido *prima facie* del derecho al libre desarrollo de la personalidad se enfatiza que las decisiones individuales están protegidas por ese derecho, independientemente de su propósito. Sin embargo, al hacer el análisis de idoneidad y necesidad, cobra relevancia el grado de afectación que puede causar la sustancia en los estados mentales que al principio se tomaban como válidos.

Segundo, este enfoque abriría una distinción entre las sustancias que es válido permitir: las "menos" dañinas y las que deben permanecer prohibidas por ser potencialmente más peligrosas que, por ejemplo, las drogas consideradas legales (alcohol, tabaco y, eventualmente cannabis). Si, por ejemplo, se somete a revisión constitucional la prohibición administrativa de otra droga "más dañina", la determinación sobre la idoneidad o proporcionalidad de la medida podría ser distinta porque se compruebe que existe una relación entre el consumo de la sustancia y los criterios seleccionados para determinar el daño individual y social (particularmente en el caso de afectaciones a la salud). Esto podría incluso hacer que se modificara el sentido de esta decisión y se avalara la prohibición de otras sustancias. No obstante, cabe mencionar que el nivel de revisión de la evidencia disponible varía entre sentencia y sentencia. Si bien en el caso SMART dicha argumentación fue fundamental, en sentencias subsecuentes la comparación del nivel de peligrosidad de la sustancia en relación con otras se reduce. De hecho, como se verá después, dicha argumentación no se refleja en ninguna de las tesis jurisprudenciales que surgieron de estas decisiones.

6. Sistema punitivo

Desde la primera decisión, la Corte fue muy clara en decir que su análisis únicamente se enfocaría en el sistema de prohibición administrativa previsto en la Ley General de Salud y que no haría pronunciamiento respecto a la constitucionalidad del sistema punitivo, es decir, de los tipos penales que criminalizan el consumo y otros actos relacionados con la marihuana.

No obstante, sostuvo que indirectamente, la decisión implicaba que los quejosos quedaran fuera del sistema punitivo. Los delitos contra la salud previstos en la Ley General de Salud y el Código Penal Federal¹⁹ relacionados con el uso personal de cannabis cuentan con un elemento normativo del tipo, según el cual la conducta debe realizarse "sin la autorización correspondiente". Al obtener una autorización por parte de la Secretaría de Salud para realizar todas las actividades necesarias para el uso de la marihuana, las personas no incurrirían en dichas conductas típicas. Explicó que los tipos penales en la materia contenidos en el Código Penal Federal que no cuentan con este elemento típico,²⁰ no se enfocan en las conductas que son objeto del amparo, por ejemplo, el suministro médico sin autorización. Aunque uno de los conceptos de violación del caso SMART fue la violación a la finalidad objetiva del derecho penal —así como a la libertad individual y personal— como consecuencia de la penalización del autoconsumo de marihuana, la Corte aclaró que no podría pronunciarse respecto a la constitucionalidad de la criminalización de la posesión de marihuana, pues dichos artículos no fueron impugnados.

7. Compatibilidad con sistema internacional con fiscalización de drogas

La Primera Sala fue enfática al reiterar en los cinco expedientes que no estaba contraviniendo las tres convenciones que conforman la parte normativa del sistema internacional de control y fiscalización de drogas²¹ por dos razones. Primero porque, desde su interpretación, dos de las convenciones no establecen la obligación de sancionar penalmente a las "personas que hagan uso indebido" de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, sino que ofrecen la opción de adoptar otras medidas "de tratamiento,

¹⁹ Artículos 194, fracción I, 195, 195 Bis y 196 Ter del Código Penal Federal, así como en los artículos 475, 476 y 477 de la Ley General de Salud.

²⁰ Artículo 194, fracciones II, III y IV; 196 Ter; 197 y 198.

²¹ Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, enmendada por el Protocolo de 1972; el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971; y la Convención de las Naciones Unidas en contra del Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988.

educación, tratamiento, rehabilitación y readaptación social". Segundo, porque según la tercera Convención (1988) las partes pueden optar por no sancionar la posesión, adquisición o cultivo cuando sea contrario a "sus principios constitucionales y [a] los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico". La Corte argumentó que es justo la situación que ocurre en este caso, pues el uso personal está protegido por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, derivado de la Constitución.

Este pronunciamiento es particularmente relevante teniendo en cuenta las tensiones que existen entre las obligaciones internacionales de los Estados en materia de Derechos Humanos y las que emanan del sistema internacional de fiscalización de drogas y cómo se materializan en las políticas de drogas de cada país. Existe amplia documentación en torno a la vulneración de derechos directa e indirectamente relacionados con las políticas de drogas orientadas a cumplir con las obligaciones de dicho régimen, especialmente en aras de frenar el tráfico y la producción.²² Sin embargo, históricamente ambos temas han permanecido distantes y desconectados.

Dadas las consecuencias que el régimen internacional de fiscalización ha tenido en los derechos humanos, existen diversas posturas para enfrentar dichas tensiones, desde las que colocan las obligaciones en materia de derechos humanos por encima de las obligaciones en materia de control y fiscalización; las que proponen que es posible reconciliar ambas obligaciones,²³ de tal manera que los derechos humanos sean un límite a las políticas de fiscalización; hasta las que sugieren que es necesario replantear las convenciones de drogas. Con esta decisión, la Corte se enmarcaría

²² Véase por ejemplo, Jay Levy, *Drug user peace initiative*, (International Network of People who Use Drugs, 2014), «https://www.unodc.org/documents/ungass2016/Contributions/Civil/INPUD/DUPI-Violations_of_the_Human_Rights_of_People_Who_Use_Drugs-Web.pdf». (Fecha de consulta: 14 de abril de 2020).

²³ Jelsma, Martin, "UNGASS 2016: Prospects for Treaty Reform and UN System-Wide Coherence on Drug Policy", *Journal of Drug Policy Analysis* (Febrero de 2016) «<http://undrugcontrol.info/images/stories/documents/jelsma2016-jdpa.pdf>». (Fecha de consulta: 14 de abril de 2020).

dentro de la primera postura, coincidiendo, además, con académicos que afirman que las Convenciones no imponen la obligación de sancionar, penal o administrativamente, el consumo de drogas y que, en esta materia, a diferencia de lo concerniente al tráfico a gran escala, los Estados tienen cierta flexibilidad.²⁴

En fechas muy recientes, gobiernos, organizaciones de la sociedad civil, la academia y organismos multilaterales han tratado de impulsar coherencia para reconciliar ambos subsistemas, al menos en el marco del Sistema de Naciones Unidas. Un avance reciente en esa dirección son las Directrices Internacionales sobre Derechos Humanos y Política de Drogas, documento elaborado por el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), la Organización Mundial de la Salud (OMS) y presentado en 2018. Las directrices desarrollan "las medidas que los Estados deben adoptar o abstenerse de adoptar para cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos, teniendo en cuenta al mismo tiempo sus obligaciones concurrentes en virtud de los tratados de fiscalización internacional de drogas".²⁵ Sin duda se trata de una discusión abierta que adquirirá mayor relevancia si nuestro país decide adoptar un esquema de regulación legal de la *cannabis* a nivel nacional.

8. Semillas

El tema de las semillas fue abordado de manera explícita hasta el tercer caso, es decir, hasta el expediente 623/2017 y refrendado en los dos subsecuentes. A diferencia de los amparos previos, desde el escrito presentado

²⁴ Bewley-Taylor, David y Martin, Jelsma (2012), "The Limits of Latitude: The UN drug control conventions", TNI Series on Legislative Reform of Drug Policies Nr. 18, marzo de 2012; «<http://www.undrugcontrol.info/images/stories/documents/dlr18.pdf>». (Fecha de consulta: 14 de abril de 2020).

²⁵ Directrices Internacionales sobre Derechos Humanos y Política de Drogas, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, marzo de 2020.

ante Cofepris, el quejoso solicitó autorización no sólo para el consumo personal y los actos correlativos que se habían solicitado en los primeros casos (siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento, posesión, transporte) sino también para la importación y adquisición de semillas.

Al respecto, la Corte no obvió algunos aspectos preliminares. Primero, reconoció que la adquisición de la semilla es el primer paso para poder realizar el consumo de cannabis. Segundo, que la adquisición de la semilla de cannabis por sí sola no produce los daños a la salud que el sistema de prohibiciones administrativas tiene como finalidad evitar, por lo que, con mayor razón, su prohibición no contribuye a la consecución de los fines de la medida.

Entrando en materia, destacó que al momento de resolver dicho expediente (junio de 2018) ya existían vías de adquisición legal de semillas de cannabis en el país a través de tenedores legales o vía permisos de adquisición o de traspaso, por lo que no existe imposibilidad para dar dicha autorización. En particular, se explicó que, aunque la LGS prohibía la expedición de autorizaciones para la realización de prácticamente todos los actos relacionados con la cannabis, sí permitía la adquisición para fines de fines de investigación científica, siempre y cuando se cumpliera con ciertos requisitos y la Secretaría de Salud lo autorizara. Adicionalmente, se expuso que la reforma a la LGS en materia de cannabis medicinal de 2017 amplió las posibilidades porque se reclasificó a la cannabis en las listas de sustancias, moviéndola a la lista II del artículo 245. Ello no sólo implicó reconocerle valor terapéutico sino también su entrada a la lista de sustancias para las que la Secretaría de Salud puede expedir permisos especiales de adquisición o traspaso de estupefacientes. En conclusión, existen sujetos autorizados para importar la semilla, mediante los cuales podría obtenerla si se expide un permiso especial de adquisición o traspaso.

Sin embargo, aclaró que la declaratoria de inconstitucionalidad no podía extenderse a la importación de semillas por diversas razones. Para empezar, los artículos de la LGS analizados en el asunto no prohíben expresamente la importación. Además, argumentó que el análisis de la constitucionalidad de la prohibición de la importación implicaría un estudio diferenciado que excede la materia del caso. Por ejemplo, no se impugnaron las disposiciones en materia de comercio exterior o las propias disposiciones de la LGS que enlistan las personas que pueden recibir autorización para importar sustancias psicotrópicas (como las droguerías y los establecimientos destinados a producción de medicamentos autorizados).

Aun cuando, como lo detalló la Corte, existe la posibilidad de obtener semillas de manera legal en el país, lo cierto es que éste ha sido uno de los temas más complicados de resolver desde un punto de vista práctico. Después de un largo camino, apenas a inicios de 2020 se obtuvieron los primeros tres permisos de importación de semillas de cannabis en México²⁶ a través de un juicio de amparo. Sin embargo, los costos de importación de las semillas son tan altos que resulta prácticamente imposible su pago a las personas consumidoras o pequeños productores. La organización México Unido Contra la Delincuencia, cuya clínica de litigio logró obtener dichos permisos, calcula que realizar los trámites de importación involucra un costo aproximado de \$170,000.00 pesos mexicanos.

En la misma línea, y de manera preocupante, el dictamen de la ley para la regulación del cannabis aprobado en el Senado en marzo de 2020 agrava dicha problemática. Establece que tanto las personas que deseen realizar autocultivo como los actores que deseen participar en actividades comerciales, deben importar las semillas. Esto, representa una enorme barrera de acceso que sólo podrá ser costeadada por grandes empresas.

²⁶ Centro Internacional sobre Derechos Humanos y Política de Drogas, Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2019, Directrices Internacionales sobre Derechos Humanos y Política de Drogas, marzo de 2019, «<https://www.undp.org/content/undp/es/home/librarypage/hiv-aids/international-guidelines-on-human-rights-and-drug-policy.html>».

9. Lineamientos para políticas alternativas

Si bien, en sus decisiones la Corte no hace una propuesta concreta de cómo debería ser un mercado regulado de cannabis en México, sí esboza algunas recomendaciones a lo largo de su argumentación que podrían ser tomadas en cuenta para dicho diseño. Para empezar, al explicar los efectos de los amparos, la Corte fue siempre enfática al decir que la autorización para realizar el uso de cannabis y demás actividades no podrán realizarse frente a menores de edad, ni en lugares públicos donde se encuentren terceros que no hayan brindado su autorización.

De igual manera, al explorar las medidas alternativas a la prohibición absoluta en los cinco expedientes, la Corte sugiere la creación de "un régimen que sólo limita el consumo de marihuana en determinadas circunstancias y que paralelamente comprende la implementación de políticas públicas educativas y de salud". Para ello, enumera herramientas regulatorias que sólo limitan la realización de ciertas actividades con potenciales daños a la salud y/orden público, como: limitaciones a los lugares de consumo, prohibición de conducir vehículos o manejar aparatos o sustancias peligrosas bajo los efectos de la sustancia, prohibiciones a la publicidad del producto y restricciones a la edad de quienes la pueden consumir. Igualmente, la Corte afirmó que las regulaciones que permiten el consumo de cannabis, acotando la edad para consumir y el lugar donde está permitido hacerlo, enfrentan mejor los posibles daños. Del análisis de experiencia comparada, señala que la eventual regulación del mercado de cannabis debe ir acompañada de políticas educativas y de salud. Entre ellas, campañas de información sobre los efectos del consumo de dichas sustancias, y programas sociales para atender los daños a la salud de las personas con adicciones.

V. Consecuencias de las resoluciones

El que a lo largo de los años se fueran sumando más resoluciones en el mismo sentido tuvo distintas implicaciones. La primera es la creación de jurisprudencia que no sólo dio lugar a distintas tesis, sino que hizo

que el criterio de la Corte refrendado en cinco decisiones fuera obligatorio para todas las juezas y jueces. Eso implicó que cualquier persona a la que Cofepris le negara su autorización e interpusiera un amparo, se le debería otorgar sin necesidad de llegar hasta la Corte. No obstante, la obligatoriedad de apegarse a este criterio no es vinculante para el aparato administrativo (Cofepris) ni para policías o Ministerios Públicos, quienes deben seguir persiguiendo estos casos. Así, se abrió una brecha entre las personas amparadas y las no amparadas. Desafortunadamente, la vía judicial sigue siendo onerosa y poco accesible para las personas. En ese contexto, desde sociedad civil surgieron iniciativas para democratizar el proceso y permitir a más personas recibir su amparo²⁷ en tanto subsistiera una contradicción entre lo decidido por la Corte y el texto de la ley. En este sentido, la segunda consecuencia de estos casos, la activación del mecanismo de declaratoria general de inconstitucionalidad, adquiere relevancia.

1. Tesis jurisprudenciales

Después de resolver los cinco expedientes en la Primera Sala, la Corte generó un total de 8 tesis jurisprudenciales relacionadas no sólo con la inconstitucionalidad de la prohibición del uso de la sustancia y sus actividades correlativas, sino también con el contenido de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y, marginalmente, con el derecho a la salud.

Tres tesis derivaron del análisis de constitucionalidad del sistema de prohibición administrativa del uso de la cannabis. De estas, la primera reitera que la prohibición del "consumo lúdico" persigue finalidades constitucionalmente válidas: la salud y el orden público.²⁸ La segunda refrendó que, no obstante, dicho sistema no resulta una medida proporcional en

²⁷ México Unido Contra la Delincuencia (MUCD), 2019, "#CannabisConPermiso", 11 de julio, «<https://www.mucd.org.mx/permiso-cannabis/>». (Fecha de consulta: 14 de abril de 2020).

²⁸ Tesis jurisprudencial 7/2019 (10a.) PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL CONSUMO LÚDICO DE MARIHUANA. ÉSTA PERSIGUE FINALIDADES CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDAS.

sentido estricto para proteger dichos fines.²⁹ La tercera recogió la principal conclusión que los quejosos buscaban al promover estos casos: la inconstitucionalidad de los artículos de la Ley General de Salud que conforman el sistema de prohibición del consumo lúdico o recreativo de la cannabis.³⁰ En esta última, la Corte confirmó que resultan inconstitucionales porque provocan una afectación innecesaria y desproporcionada en el derecho al libre desarrollo de la personalidad. La medida no es necesaria pues existen medios alternativos a la prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana que son igualmente idóneos para proteger la salud y el orden público y que afectan en menor grado a ese derecho. Al mismo tiempo, el sistema causa una afectación tan intensa al derecho al libre desarrollo de la personalidad, que no es comparable con el grado mínimo de protección los fines de la medida.

Cuatro de las tesis contribuyen al desarrollo jurisprudencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad con el que la Corte comienza su análisis en todos los expedientes comentados y recogen precisamente los temas más recurrentes de la argumentación. De ellas, una explica la diferencia entre las dimensiones externa e interna del derecho,³¹ y la otra refrenda la posición de la Corte que sostiene que el libre desarrollo de la personalidad protege un área de libertad que no cubre ninguna otra libertad pública.³² Una más, fortalece la idea de que ese derecho no es absoluto y que encuentra límites en los derechos de terceros y el orden público.³³ La última, deriva del análisis del contenido *prima facie* del

²⁹ Tesis jurisprudencial 9/2019 (10a.) PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL CONSUMO LÚDICO DE MARIHUANA. NO ES UNA MEDIDA PROPORCIONAL PARA PROTEGER LA SALUD Y EL ORDEN PÚBLICO.

³⁰ Tesis jurisprudencial 10/2019 (10a.) INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA AL CONSUMO LÚDICO O RECREATIVO DE MARIHUANA PREVISTA POR LA LEY GENERAL DE SALUD.

³¹ Tesis jurisprudencial 4/2019 (10a.) DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. SU DIMENSIÓN EXTERNA E INTERNA.

³² Tesis jurisprudencial 5/2019 (10a.) DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. BRINDA PROTECCIÓN A UN ÁREA RESIDUAL DE LIBERTAD QUE NO SE ENCUENTRA CUBIERTA POR LAS OTRAS LIBERTADES PÚBLICAS.

³³ Tesis jurisprudencial 6/2019 (10a.) DERECHOS DE TERCEROS Y ORDEN PÚBLICO. CONSTITUYEN LÍMITES EXTERNOS DEL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.

derecho al libre desarrollo de la personalidad en relación con la prohibición de la cannabis.³⁴ Finalmente, sólo una tesis ahondó en el derecho a la salud, enfatizando sus dimensiones individual y social,³⁵ que en realidad fueron poco desarrolladas en las decisiones.

2. Declaratoria General de Inconstitucionalidad

El 19 de junio de 2018, la Primera Sala de la SCJN comunicó al Congreso de la Unión de la apertura del expediente de la declaratoria general de inconstitucionalidad 1/2018 sobre el uso adulto de cannabis. En el documento la ministra presidenta de la Primera Sala explicaba que dicho órgano ya se había pronunciado en tres ocasiones distintas (amparos en revisión 237/2014, 1115/2017 y 623/2017) respecto a la inconstitucionalidad de cinco artículos de la LGS.

La declaratoria general de inconstitucionalidad es una figura relativamente nueva en nuestro sistema jurídico. Como parte de la reforma constitucional en materia de amparo de 2011, el artículo 107, fracción segunda, párrafo tercero de la Constitución, contempló este mecanismo de control constitucional que opera cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma de aplicación general. En particular, cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión, la Corte resuelve la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, el presidente de la respectiva sala o de la Corte debe informar a la autoridad emisora de la norma, en este caso al Congreso de la Unión. Una vez que se conforme la jurisprudencia, la Corte debe notificar a la autoridad emisora de la norma que tiene un plazo de 90 días naturales

³⁴ Tesis jurisprudencial 3/2019 (10a.) DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. LA PROHIBICIÓN PARA EL AUTOCONSUMO DE MARIHUANA CONTENIDA EN LA LEY GENERAL DE SALUD INCIDE PRIMA FACIE EN EL CONTENIDO DE DICHO DERECHO FUNDAMENTAL.

³⁵ Tesis jurisprudencial 8/2019 (10a.) DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. DIMENSIONES INDIVIDUAL Y SOCIAL.

para realizar las adecuaciones legislativas o regulatoria correspondientes y necesarias para corregir el problema de constitucionalidad.³⁶ Si la autoridad emisora no supera el problema de inconstitucionalidad, la SCJN puede emitir la declaratoria general, siempre que ésta se apruebe por mayoría de al menos ocho votos. De obtenerse dicha votación, el Pleno debe fijar los alcances y condiciones de la declaratoria, así como la fecha a partir de la cual surtirá sus efectos.

El mecanismo ha sido activado en pocas ocasiones: hasta octubre de 2019 se han tramitado sólo 16 declaratorias generales de inconstitucionalidad,³⁷ de las cuales cinco han sido desechadas,³⁸ tres se han declarado sin materia,³⁹ seis se encuentran en trámite,⁴⁰ una —la relativa al uso personal adulto de cannabis— se encuentra en prórroga⁴¹ y solamente una ha concluido el trámite. En este último asunto (6/2017), el Pleno de la Corte declaró la inconstitucionalidad del artículo 298, inciso B), fracción IV, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión. Ante la falta de actuación del Poder Legislativo para modificar la norma, la Corte emitió la primera declaratoria general de inconstitucionalidad y expulsó directamente de la ley la parte del precepto señalado.⁴²

En el presente caso, la Corte comunicó al Congreso de la Unión la emisión de jurisprudencia derivada de la resolución del quinto caso en el mismo sentido y de la admisión a trámite de la declaratoria el 19 de febrero de 2019, turnada al ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo para la elabora-

³⁶ Tesis aislada 2a. XXIII/2019 (10a). DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD. LOS ARTÍCULOS 231, 232 Y 233 DE LA LEY DE AMPARO SON ACORDES CON LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN II, SEGUNDO Y TERCER PÁRRAFOS, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Décima Época, Segunda Sala, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, registro digital 2019624.

³⁷ Consultado el 14 de abril de 2020 en: «<http://www2.scjn.gob.mx/denunciasincumplimiento/ConsultaGenerales.aspx>».

³⁸ 1/2012, 3/2012, 1/2017 y 1/2019.

³⁹ 2/2012, 2/2016 y 5/2017.

⁴⁰ 4/2012, 1/2016, 2/2017, 1/2013, 3/2017 y 4/2017.

⁴¹ 1/2018.

⁴² Primera declaratoria general de inconstitucionalidad, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 2 de abril de 2019.

ción del proyecto. Aunque el propio Congreso estimó el vencimiento del plazo para el 31 de octubre de 2019, en un ejercicio inédito, días antes de esa fecha la presidencia de la Mesa Directiva del Senado solicitó una extensión. La Corte autorizó el cambio "de manera excepcional y por única ocasión, atendiendo a la complejidad de la materia" extendiendo el plazo por un periodo de algunas sesiones más,⁴³ es decir, hasta el 30 de abril. No obstante, el 17 de abril la SCJN volvió a ampliar el plazo, estableciendo como fecha límite el 15 de diciembre de 2020.⁴⁴

Hasta ahora, pareciera que el Congreso de la Unión no solamente modificará los preceptos considerados inconstitucionales, sino que pretende regular todo el mercado de *cannabis* para uso personal adulto. El Senado se ha erigido como cámara de origen, y las iniciativas sobre el tema se han turnado para su análisis a las Comisiones Unidas de Justicia, Salud y Estudios Legislativos, lideradas por la primera. Para los trabajos de dictaminación, se han integrado sólo 11 iniciativas presentadas entre 2016 y 2019 en ambas Cámaras. Esto, pese a que tan sólo durante esos años se han presentado más de 50. El pasado 4 de marzo, las Comisiones Unidas aprobaron el proyecto de Dictamen por el que se expide la Ley para la Regulación del Cannabis y reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley General de Salud y del Código Penal Federal. El documento pretende crear un mercado legal de cannabis de nivel nacional, que regule todos los aspectos de cuatro distintos tipos de uso: el lúdico o recreativo, el de investigación, el médico, farmacéutico o paliativo y el industrial. Desafortunadamente, el proyecto ha recibido numerosas críticas por generar sobrerregulación, impedir la entrada de pequeños participantes al mercado, privilegiando a la industria de otros países y por no despenalizar efectivamente el uso. Irónicamente, el dictamen aprobado tampoco modifica los artículos 237, 245, fracción 1, 247, último párrafo y 248 de la Ley General de Salud, objeto de la declaratoria.

⁴³ OF SGA/FAOT/432/2019.

⁴⁴ OF SGA/MFEN/287/2020.

VI. Conclusiones

Las cinco decisiones de la SCJN en torno a la inconstitucionalidad de la prohibición de la cannabis marcaron un hito en la discusión sobre la política de drogas. No sólo pusieron de manifiesto lo absurdo de intervenir en un espacio tan privado de las personas, sino que evidenciaron la necesidad de cambiar de rumbo. Esto es particularmente relevante en un contexto como el mexicano, en donde décadas de implementación de malas políticas de drogas han tenido efectos catastróficos. En primer lugar, porque el Estado sigue empleando enormes recursos en estrategias anti-drogas que miden su éxito con base en indicadores tradicionales como erradicaciones, incautaciones, destrucción y aseguramiento. También porque nuestras instituciones de seguridad, procuración e impartición de justicia se han volcado durante los últimos años en perseguir prioritariamente los delitos menores de drogas, generando un enorme costo de oportunidad en la persecución de delitos con víctimas.

El entramado argumentativo de las decisiones es consistente con lo decidido por otros tribunales constitucionales, la mayoría de los cuales ha centrado sus decisiones en el desarrollo del contenido de derechos que protegen la esfera más individual de las personas, ya sea desde el derecho a la intimidad, a la privacidad o al libre desarrollo de la personalidad. Ello se entiende perfectamente en el contexto de políticas de drogas basadas en consideraciones morales que constantemente se entrometen en la vida de las personas lastimando libertades. No obstante, la prohibición también ha vulnerado derechos por omisión, comenzando por el derecho a la salud, especialmente si el objetivo de aquella era precisamente su protección. En ese tenor, falta mucho por hacer en las cortes constitucionales para fortalecer la necesidad de un rol activo del Estado en, por ejemplo, garantizar los derechos del consumidor de personas usuarias de sustancias, reconocer la obligatoriedad de brindar tratamiento disponible, accesible, aceptable y de calidad para quienes lo necesiten o para crear mejores acciones en materia de prevención.

Sobre este y otros temas, los abundantes debates que se dieron en la Corte —muchos de los cuales se reflejan en los votos particulares y concurrentes de las distintas decisiones— no debieran ignorarse. Tampoco las críticas a esta sentencia, ya sea desde la incompatibilidad del reconocimiento del consumo como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad con la necesidad de obtener una autorización para realizar dichos actos;⁴⁵ desde la necesidad de repensar el rol de la Corte a la hora de plantear un debate más amplio en materia de política de drogas que pueda generar obligaciones específicas para las distintas autoridades y generar "una concesión integral del amparo",⁴⁶ o sobre las implicaciones de discutir los criterios de idoneidad y necesidad con base en la peligrosidad comparada de la sustancia.

El caso SMART y subsecuentes marcan un antes y un después. Crearon, mediante la generación de jurisprudencia, un efecto cascada para que otras personas pudieran obtener la protección de sus derechos a través del amparo. De igual manera, dichas tesis jurisprudenciales lograron fortalecer el contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad que podría ser útil en otros casos, relacionados con drogas y otros temas vinculados a la esfera más íntima de decisión de los individuos. Adicionalmente, al abrir la puerta de la declaratoria general de inconstitucionalidad, dichas decisiones están empujando cambios estructurales que no deberían ser desestimados o desaprovechados por los otros dos poderes.

El impulso a un cambio de agenda en materia de drogas por parte del Poder Judicial no se queda ahí. El papel de la judicatura, no sólo de la Corte, en el replanteamiento de uno de los temas más relevantes para nuestro país ha sido fundamental. Aunque muchos jueces se han mostrado reticentes respecto al tema de cannabis medicinal, algunas decisiones también han evidenciado la necesidad de un cambio de enfoque y han

⁴⁵ "El razonamiento judicial en la fiesta de la marihuana", Roldán Xopa, José, 3 noviembre 2015, Nexos, El juego de la Suprema Corte, «<https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=5066>».

⁴⁶ Voto Concurrente del Ministro José Ramón Ramón Cossío Díaz en el amparo en revisión 237/2014.

contribuido a que pacientes puedan tener goce efectivo de su derecho a la salud. En ese tenor, están, por ejemplo, las decisiones que antecedieron la reforma en materia de cannabis medicinal aprobada en 2017,⁴⁷ o el reconocimiento de la omisión reglamentaria por parte del Ejecutivo al no publicar la armonización normativa de dicha ley.⁴⁸ Por su parte, la Corte ha sido consistente en su interpretación acerca de proteger los derechos de las personas pero también ha sido muy cuidadosa ante el papel que el litigio estratégico cumple en este contexto.⁴⁹ Todo indica que el papel de la SCJN en estas discusiones seguirá siendo clave ante los próximos retos. Entre los grandes pendientes está, como ya se ha mencionado, su pronunciamiento en torno a la constitucionalidad del tipo penal de posesión o los casos sobre el régimen de prohibición de otras sustancias, como la cocaína.⁵⁰

⁴⁷ Amparo en revisión 299/2016.

⁴⁸ Tribunal Colegiado 13, Primer Circuito, 363/2018.

⁴⁹ Amparo en revisión 547/2014.

⁵⁰ *México Unido Contra la Delincuencia (MUCD)*, 2019, "Obtiene México Unido Contra la Delincuencia dos amparos sobre cocaína", 20 de agosto, «<https://www.mucd.org.mx/2019/08/obtiene-mexico-unido-contra-la-delincuencia-dos-amparos-sobre-cocaina/>». (Fecha de consulta: 14 de abril de 2020).

Conclusiones generales

Adriana Muro Polo*

América Latina desempeña un papel fundamental en el escenario de la política de drogas global. La posición geográfica en el tráfico internacional de sustancias declaradas ilícitas y el papel del cultivo de dos de las principales plantas con componentes psicoactivos, —cannabis y hoja de coca— han marcado el rumbo de las decisiones de la política interna en los países que conforman la región en los últimos sesenta años.¹

La implementación del enfoque prohibicionista y el componente bélico de la llamada "guerra contra las drogas" ha impactado en distintos niveles

* Abogada por la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México, con Maestría en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia y Diplomado en Política de Drogas, Salud y Derechos Humanos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), México, y realizó el Curso en temas de producción y tráfico de drogas en el área andina del Centro de Estudios de Seguridad y Drogas (CESED) de la Universidad de los Andes. Tiene 10 años de experiencia en derechos humanos y ha sido profesora en la materia en universidades en Colombia y México, en 2014 fundó la organización Elementa DHH con sedes en Bogotá y Ciudad de México. Desde el 2017 está a cargo de la Dirección Ejecutiva.

¹ Soares Carneiro, Henrique, "Las transformaciones del paradigma prohibicionista de las drogas: América Latina y el Caribe en el centro del debate internacional", en *Drogas, política y sociedad en América Latina y el Caribe*, Caiuby Labate Beatriz y Thiago Rodrigues Editores, México DF, CIDE, primera edición, 2015.

el ordenamiento jurídico de los Estados, así como a poblaciones involucradas en los eslabones del mercado ilícito, desde el cultivo hasta el consumo de sustancias psicoactivas. Como ha desarrollado Madrazo Lajous, este enfoque ha tenido una serie de costos constitucionales que se reflejan a través de:

[la] restricción, supresión, neutralización, o cualquier otra afectación a los valores e instituciones de gobierno largamente consagrados y valorados, con el fin de hacer más efectiva una política pública específica, sin que medie una renuncia explícita de dichos valores e instituciones. Esto es: los valores e instituciones siguen consagrándose o considerándose valiosos por la comunidad política, pero ésta acepta su afectación como un mal necesario en aras de perseguir una política pública específica, en este caso la prohibición de las drogas.²

Estos costos han derivado en el aumento y la diversificación de las violencias; la conformación de redes de corrupción; la implantación de medidas para disminuir la oferta y demanda del mercado ilícito, basadas en discursos morales cargados de estigma y desinformación, por encima de la evidencia disponible; la saturación del sistema de justicia penal y la criminalización de personas en situación de vulnerabilidad por delitos menores de drogas; y, la consecuente transgresión de principios y estándares en materia de respeto y garantía de derechos.

Una de las consecuencias directas de este enfoque, ha sido la prohibición del consumo de sustancias psicoactivas incluida la cannabis que se encuentra, hasta a la fecha, catalogada dentro de las listas más restrictivas de los tratados internacionales de fiscalización de drogas. La estigmatización del uso de drogas como medida de protección en favor de "la salud pública y el bien común", permitió en la totalidad de los países

² Lajous Madrazo, Alejandro, *Los costos constitucionales de la guerra contra las drogas: una primera aproximación (desde México)*, Programa de Política de Drogas Centro de Investigación y Docencia Económicas CIDE-Región Centro, primera edición, junio de 2015, p. 5.

del continente americano la incorporación de legislación que criminalizan *de iure* y *de facto* el consumo de drogas, a pesar de haber estado permitido durante las primeras décadas del siglo XX. Con el enfoque prohibicionista, los países latinoamericanos adoptaron el discurso que imponía una relación entre el consumo de cannabis y derivados de la pasta base de coca de poblaciones históricamente discriminadas, con la comisión de delitos.

El recorrido que realiza el compendio de artículos construidos para la presente publicación sobre cinco países de la región —Argentina, Chile, Colombia, Ecuador y México— logra visibilizar, por un lado, los costos de la prohibición del consumo de drogas como la cannabis frente al desconocimiento o sacrificio de principios contemplados en las normas fundamentales de los Estados; y, por el otro, el papel que han tenido las Altas Cortes, como guardianas de dichos principios, para identificar la incompatibilidad de ciertas restricciones de las políticas de drogas vigente e impulsar criterios que permiten pensar en un cambio de paradigma que lleve al tránsito hacia una política respetuosa de los derechos de las personas que usan sustancias psicoactivas.

Si bien cada uno de los países ha implementado la política de drogas a su ordenamiento jurídico atendiendo a su contexto político, jurídico, económico, social y cultural, del análisis de las autoras y los autores que participaron en esta obra, se identifican una serie de conclusiones compartidas respecto del control de constitucionalidad que han realizado las Cortes sobre la normativa relacionada con la prohibición al consumo de drogas, así como los desafíos que actualmente tienen el Poder Judicial y el Estado en la materia.

I. Influencia del contexto política internacional en los pronunciamientos de las Cortes

El comportamiento del mercado ilícito de drogas a escala mundial y los discursos para atender la problemática en la comunidad internacional han trazado la normativa local. Cada uno de los países analizados en la

presente obra da cuenta de una trayectoria similar en la incorporación del contenido de las convenciones internacionales de Naciones Unidas sobre drogas entre la década de los sesenta y los ochenta. Los ordenamientos jurídicos acogieron la narrativa del consumo de sustancias como una enfermedad y optaron por la instrumentación del derecho penal para erradicar el uso de sustancias dentro de su jurisdicción. Esto, a su vez, se evidencia de forma similar en los contextos político-institucionales analizados por las autoras y los autores sobre las distintas administraciones del Poder Ejecutivo, las cuales, ante las olas de violencias derivadas del mercado ilícito, —sobre todo en países productores como Colombia y México—, adoptaron una política represiva que alcanzó hasta el último eslabón de la cadena: las personas usuarias de drogas. Dicha posición se observó también durante varios años en el análisis del Poder Judicial y en algunos casos como en Argentina y Colombia, en la variedad interpretativa por parte de las Cortes Supremas de Justicia, donde se validaba el diseño y aplicación de disposiciones que vulneraban, tanto por acción como por omisión, principios y garantías establecidos en las normas fundamentales de los Estados.

Aunque la tendencia de la prohibición se ha mantenido durante décadas en las legislaciones de los países bajo estudio, lo cierto es que el contexto internacional y regional durante los primeros años del siglo XXI ha abierto un debate doctrinario, jurídico y político distinto sobre la política de drogas vigente y específicamente, sobre la criminalización del consumo. Las consecuencias de la "guerra contra las drogas" en las realidades latinoamericanas reflejaron la escalada de violencia, el impacto diferenciado en grupos en situación de vulnerabilidad y la ineffectividad de la represión como herramienta para hacer frente al mercado ilícito. Esto ha conducido a que actores de la sociedad civil, líderes de opinión e incluso ex presidentes que implementaron políticas prohibicionistas, hayan contribuido a una ruptura del consenso sobre la pertinencia de dicho enfoque y la necesidad de impulsar en el seno de Naciones Unidas

un cambio de enfoque, basado en la evidencia, la salud pública, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos.³

Los movimientos sociales y políticos llegaron también a los escenarios judiciales en Argentina, Chile, Colombia, Ecuador y México, donde —salvo en Colombia que inauguró el control de constitucionalidad en materia de consumo de drogas en 1994— en la última década se han abierto el camino a través de litigio estratégico y la intervención de las Altas Cortes para el examen de aquellas normativas que impactan la esfera de derechos de las personas usuarias de sustancias psicoactivas.

II. La cannabis, como la puerta de entrada al control de constitucionalidad

El análisis de las Cortes en América Latina sobre las restricciones administrativas y penales en cuanto al consumo de drogas ha estado centrado, en su mayoría, en los usos del cannabis o en casos relacionados con el uso y posesión de dicha planta. Lo anterior es coherente con la realidad del consumo de cannabis en el mundo y en la región, que ha conducido a la normalización *de facto* de uso.⁴ Según el Informe Mundial de Drogas de 2019, la droga que más se consume en todo el mundo sigue siendo la cannabis. Se estima que 188 millones de personas consumieron cannabis en el año 2018. Asimismo, en los últimos diez años se ha registrado un alza del consumo en el continente americano.⁵

No obstante, los beneficios de ciertos usos como el medicinal y el fitoterapéutico y el replanteamiento de los impactos de su uso en la salud, han

³ Véase por ejemplo: Documento final del período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el problema mundial de las drogas celebrado en 2016, Nueva York, 19-21 de abril de 2016. Disponible en: «<https://www.unodc.org/documents/postungass2016/outcome/V1603304-S.pdf>».

⁴ Romani Oriol, "Transformaciones en el control del cannabis en España", en *420 Momento de regular el cannabis y revisar la política de drogas (en México y en el mundo)*, Editor Imer B. Flores, IJ-UNAM, primera edición, 26 de marzo de 2020, p. 80.

⁵ UNODC, Informe Mundial de Drogas 2019, Véase: OEA-CICAD, p. 10. Informe sobre el consumo de drogas en la Américas 2019, pp. 68 y ss.

dado pie a un nuevo debate y a que la Organización Mundial de la Salud emitiera una recomendación formal a la Comisión de Estupefacientes de Naciones Unidas sobre la reclasificación del cannabis en las listas de la Convención Única de Estupefacientes de 1961.⁶

Como se observa en varias de las sentencias analizadas en esta obra, el contexto de aceptación del uso de la cannabis se ha trasladado al control de constitucionalidad que ejercen las Altas Cortes sobre la restricción y en algunos casos criminalización de sus usos. Ejemplo de ello son los criterios de la Corte Suprema de Chile que, con base en la garantía del derecho a la salud, ha emitido sentencias para evitar la criminalización del *autocultivo* de cannabis que realizan familiares y organizaciones sociales en favor de diversos pacientes que encuentran en la planta alivio, e incluso mejoría para ciertas enfermedades. Ello también se evidencia en la doctrina de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación en México, que se ha pronunciado sobre las omisiones reglamentarias para implementar la regulación del cannabis medicinal y al incorporar en su argumentación para declarar la inconstitucionalidad de la prohibición administrativa del uso adulto de cannabis, la evidencia disponible que derriba ciertos mitos sobre los efectos de la planta en la salud y comportamiento de las personas que la consumen.

Es importante resaltar que en algunas experiencias, como las de Colombia y Ecuador, las Cortes Constitucionales han adoptado en su examen de constitucionalidad una perspectiva genérica sobre el alcance de la protección del concepto de *dosis personal* y los umbrales de protección más allá del cannabis, dando coherencia a la protección de principios y derechos en favor de las personas usuarias de drogas, independientemente de la sustancia que consume, otorgando el mismo valor judicial.

⁶ Angel, Tom, *La Organización Mundial de la Salud recomienda la re-clasificación del cannabis en los tratados internacionales*, IDPC, 5 de marzo de 2019.

III. El enfoque de derechos construido por las Altas Cortes para el análisis sobre la criminalización del autocultivo, consumo y posesión de drogas

Una de las aportaciones más emblemáticas de la jurisprudencia de los Tribunales constitucionales de Argentina, Chile, Colombia, Ecuador y México, ha sido la incorporación del enfoque de derechos para analizar aquellos principios y garantías que han sido vulneradas por la prohibición del consumo y conductas relacionadas con éste. El eje de la argumentación que ha marcado la pauta sobre consumo desde la emblemática sentencia C-221 de la Corte Constitucional colombiana de 1994, pasando por el fallo Arriola en Argentina, las decisiones de la Corte Suprema de 2015 sobre autocultivo; la jurisprudencia de la Suprema Corte de México entre 2015 y 2018 sobre las restricciones administrativas al autocultivo y consumo de cannabis y, las más recientes decisiones de la Corte Constitucional de Ecuador, ha sido la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la privacidad. A través de distintos enfoques argumentativos, los Tribunales han dotado de contenido dicha prerrogativa constitucional, ubicando el consumo de sustancias psicoactivas dentro de la esfera más individual de las personas e imponiendo límites, al poder punitivo del Estado utilizado por el enfoque de prohibición, como mecanismo de control social de las personas que usan drogas.

A la par de este derecho, varias de las decisiones de las Alta Cortes estudiadas en la presente obra dan cuenta de otros principios como la *seguridad jurídica* o la *presunción de inocencia* y *garantías de debido proceso*, frente a conductas donde se puede presentar una dualidad entre dos eslabones distintos: el consumo y el tráfico. Tal es el caso de la conducta de *posesión, porte o tenencia* de sustancias psicoactivas. La criminalización de dicha conducta ha permitido dinámicas y perfilamientos bajo prejuicios y estigmas, que derivan en la persecución penal de grupos en situación de vulnerabilidad, violaciones a derechos y violencia institucional de parte de policías y fuerzas de seguridad.

Tribunales como la Corte Suprema Argentina o la Corte Constitucional de Ecuador han construido sus decisiones tomando en consideración dichos principios, e incluso han retomado estándares en la materia de organismos internacionales de protección, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para analizar la incompatibilidad de la penalización de la posesión de cannabis para uso personal con la normativa constitucional o para cuestionar decisiones judiciales donde se invierte la carga de la prueba a la persona usuaria, para demostrar que la sustancia que porta es para consumo personal.

Asimismo, resalta la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia que emite un nuevo criterio de protección en favor de las personas usuarias, a través de la *dosis de aprovisionamiento* para aquellos casos donde el porte para consumo sobrepasa los umbrales de las dosis permitidas en ley. En el mismo sentido, se observan los criterios construidos por la Corte Suprema de Chile frente aquellas personas que autocultivan una mayor cantidad de cannabis con fines medicinales. Estos criterios han permitido diferenciar entre las personas usuarias de drogas y las personas que se dedican al tráfico. Para el caso mexicano, sigue estando pendiente el análisis del tipo penal de posesión simple, que mantiene en situación de vulnerabilidad a las personas que consumen sustancias psicoactivas tanto para fines médicos y fitoterapéuticos como recreativos o lúdicos.

IV. Desafíos de la implementación de las decisiones de las Altas Cortes relacionadas con el consumo de drogas

Las decisiones de las Altas Cortes en esta obra dan cuenta del poder simbólico que los Tribunales constitucionales tienen para visibilizar los costos de políticas que ponen en riesgo el respeto y la garantía de derechos humanos, como es el caso de la prohibición del consumo de drogas. En este sentido, las Cortes en la región han trascendido de la aplicación mecánica de la ley penal, y en algunos casos administrativa, para interpretar bajo el principio *pro persona* los costos de la prohibición.

No obstante, como han coincidido las autoras y los autores que participaron en este análisis, si bien el aval jurisprudencial y la vigencia de éste, en cuanto a los diversos alcances en materia de autocultivo, posesión y consumo personal, ha resultado necesario, no es suficiente en el escenario actual. Es indispensable trasladar los criterios de los Tribunales a las legislaciones de los países a fin de reforzar la certeza jurídica sobre el alcance y nivel de protección y lograr cambios sustantivos que garanticen la despenalización de conductas que mantienen en el enfoque punitivo a las personas usuarias de drogas y permitan el diseño e implementación de políticas públicas de prevención, reducción de daños y rehabilitación bajo los principios constitucionales. De igual forma, es imprescindible que estos criterios permeen tanto en el resto del Poder Judicial, como en las entidades encargadas de la investigación y persecución penal, las autoridades de seguridad pública y los discursos emanados del Poder Ejecutivo.

Finalmente, respecto al cannabis, surgen oportunidades y desafíos en la región para implementar los criterios desarrollados por las Altas Cortes y construir un escenario de regulación que se aleje de la criminalización y apueste por una normativa que se aleje de la perspectiva penal: un enfoque de salud pública y justicia social.

Bibliografía

Contexto nacional argentino

Centro de Estudios Legales y Sociales, *La guerra interna: cómo la lucha contra las drogas está militarizando América Latina*, 1a.ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), 2018.

CELS, Declaración "a 10 años de Arriola", 29 de agosto de 2009. «<https://www.cels.org.ar/web/2019/08/declaracion-a-10-anos-de-arriola/>».

Sobre reforma de la ley de drogas en Argentina, Transnational Institute. Disponible en: «<https://www.tni.org/en/node/16228>».

Chaparro Hernández, Sergio y Pérez Correa, Catalina, *Sobredosis carcelaria y política de drogas en América Latina*, CEED-Dejusticia. Documentos 41. Disponible en: «<http://www.drogasyderecho.org/wp-content/>

uploads/2017/12/Sobredosiscarcelariaypoliticadedrogasen AmericaLatina.compressed.pdf».

Clavel, Tristan, *La ubicación estratégica de Corrientes, Argentina, la hace vulnerable a la corrupción*, InSight the Crime, 9 de junio de 2017. Disponible en: «<https://es.insightcrime.org/noticias/analisis/ubicacion-estrategica-corrientes-argentina-hace-vulnerable-corrupcion/>».

Corda, R. Alejandro, *Sistemas desproporcionados: desproporción y costos económicos, institucionales y humanos de la política sobre estupefacientes en Argentina*, 1a. ed. Buenos Aires, Intercambios Asociación Civil; Universidad de Buenos Aires, Facultad de Ciencias Sociales, 2012. Disponible en: «<http://www.drogasyderecho.org/wp-content/uploads/2015/02/ss-argentina.pdf>».

Estudio Nacional en población de 12 a 65 años sobre consumo de sustancias psicoactivas. Informe de Resultados No. 1, Argentina, 2017. Disponible en: «<http://www.observatorio.gov.ar/media/k2/attachments/15.pdf>».

Fusero, Mariano y Chingal, Marcos, "Ley de uso medicinal del cannabis y facultades provinciales para legislar en materia de autocultivo". *Revista Igualdad, autonomía y derechos sociales*, núm. 10, de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Ley 20.771, publicada el 26 de septiembre de 1974. Disponible en: «<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-20771-40025>».

Ley 23.737 de 1989, publicada el 10 de octubre de 1989. Disponible en: «http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_arg_fia_ley23737_sp.htm».

Ley 27.350 Investigación Médica y Científica del uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados. Disponible en: «<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/270000-274999/273801/norma.htm>».

Reglamentación de la Ley 27.350 sobre "Investigación Médica y Científica de Uso Medicinal de la Planta de Cannabis y sus Derivados, 22 de septiembre de 2017. Disponible en: «<http://www.saij.gob.ar/738-nacional-reglamentacion-ley-27350-sobre-investigacion-medica-cientifica-uso-medicinal-planta-cannabis-sus-derivados-dn20170000738-2017-09-21/123456789-0abc-837-0000-7102soterced?q=%28numero-norma%3A738%20AND%20fecha%3A2017%29%20>».

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Arriola, Sebastián y otros / RECURSO DE HECHO causa No. 9080. Sentencia de 25 de agosto de 2009.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Fallo Colevini y fallo Bazterrica (1986).

Contexto nacional chileno

Aguilar, Sofía y Gutiérrez, Víctor *et. al*, *Políticas y prácticas sobre cannabis medicinal en el mundo*, IDPC/MUCD, abril de 2018.

CICAD. Informe sobre Consumo de Drogas en las Américas, 2019, Organización de los Estados Americanos, OEA/Ser.L/XIV.6.6 2019.

Censo 2017 del Instituto Nacional de Estadísticas.

Corte Suprema de Justicia, sentencia dictada en los autos Rol No. 4949-2015. Sentencia dictada en los autos Rol No. 4949-2015.

Decreto 84 que modifica los decretos supremos No. 404 y 405, ambos de 1983, Reglamento de estupefacientes y reglamento de psicotró-

picos, respectivamente, ambos del Ministerio de Salud, publicado el 7 de diciembre de 2015.

Decreto No. 143, publicado el 18 de agosto de 1997.

Fierro M., Claudio, "La Corte Suprema y el autocultivo de marihuana" en *Agenda Corta en un Chile multicultural*, Revista Noventa y Tres, Defensoría Pública, núm.15, año 9, mayo, 2017.

Ley 20.000, publicada el 16 de febrero de 2005.

Ley de Cultivo Seguro pasa la prueba en la Cámara: proyecto permitirá la plantación, cultivo y cosecha de cannabis. *El mostrador*, 22 de marzo de 2018.

Reforma de la ley de drogas en Chile: guía básica. Transnational Institute, 31 de diciembre de 2012.

Schubert S., Gregory, "Duda Razonable", en *Ley 20.000 y Debate de Drogas*, Revista Noventa y Tres, Defensoría Pública, núm. 10, año 6, agosto de 2014.

Sánchez Bustos, Sergio, "El consumidor, el daño y el reglamento de la Ley 20.000", en *Ley 20.000 y Debate de drogas*, Revista Noventa y Tres, Defensoría Pública, núm. 10, año 6, agosto de 2014.

_____, *Situación de la reforma política sobre drogas en Chile*. *Soc. Hoy*, 26: 66-78, 1erSem. 2018.

SENDA, *Décimo Segundo Estudio Nacional de Drogas en Población General 2016*, Observatorio Chileno de Drogas Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol, Ministerio del Interior y Seguridad Pública, 2017.

UNODC, *Informe Mundial de Drogas 2016 y Observatorio de Narcotráfico en Chile*, Informe 2016. Fiscalía Ministerio Público de Chile.

Vergara B., Eduardo, "Victimización, detenciones y política de drogas en Chile" en *Ley 20.000 y Debate de drogas*, Revista Noventa y Tres. Defensoría Pública, núm. 10, año 6, agosto, 2014.

Contexto nacional colombiano

Acciones Para el Cambio, *La experiencia de Colombia en materia de política de drogas en la última década. Informe sombra para el 62o. periodo de sesiones de la Comisión de Estupeficientes*, 2019. Disponible en: «<https://www.elementa.co/wp-content/uploads/2019/03/InformeCND-2019.pdf>».

Acto legislativo 002 de 2009, por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política de Colombia. Disponible en: «<http://www.descentralizadrogas.gov.co/project/acto-legislativo-02-de-2009-modificacion-articulo-49-constitucion/>».

CESED, *Consumo de drogas: comparación Medellín y Bogotá*, Boletín 9, agosto de 2018. Disponible en: «<https://economia.uniandes.edu.co/images/archivos/pdfs/CESED/Boletin9CESED.pdf>».

Corte Constitucional, sentencia C-221/1994, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Disponible en: «<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-221-94.htm>».

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, SP3605-2017, 15 de marzo de 2017.

DANE, Censo Nacional de Población y Vivienda 2018. Disponible en: «<https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/censo-nacional-de-poblacion-y-vivenda-2018/cuantos-somos>».

Diario Oficial, Ley 30 de 1986. Disponible en: «<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=2774>».

_____, Ley 67 de 1993. Disponible en: «http://www.secretaria.senado.gov.co/senado/basedoc/ley_0067_1993.html».

_____, Código Penal de Colombia. Disponible en: «https://oig.cepal.org/sites/default/files/2000_codigopenal_colombia.pdf».

_____, Decreto 631 de 2018. Disponible en: «<https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20631%20DEL%2009%20DE%20ABRIL%20DE%202018.pdf>».

Elementa, Dejusticia, Acciones Para el Cambio. *Principios para una regulación responsable del uso adulto de cannabis en Colombia*. 2019. Disponible en: «<https://www.elementa.co/wp-content/uploads/2019/11/Principios-para-una-regulaci%C3%B3n-responsable-del-uso-adulto-del-cannabis-en-Colombia-digital.pdf>».

"Colombia tiene 255 personas condenadas por cultivos declarados ilícitos", *El Tiempo*, 7 de noviembre del 2018. Disponible en: «<https://www.eltiempo.com/politica/congreso/en-colombia-hay-255-personas-detenido-por-cultivos-ilicitos-290834>».

Fundación Ideas para la Paz, Instinto de Vida y El Espectador, *Así se concentran los homicidios*. Disponible en: «https://www.elespectador.com/static_specials/46/homicidio-en-las-ciudades/index.html».

Ley 1566 del 31 de julio de 2012, por la cual se dictan normas para garantizar la atención integral a personas que consumen sustancias psicoactivas (...). Disponible en: «<http://www.descentralizadrogas.gov.co/project/ley-1566-del-2012-el-consumo-de-sustancias-psicoactivas-un-asunto-de-salud-publica/>».

Ministerio de Justicia y del Derecho, resolución 0577 de 2017. Disponible en: «<https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Cannabis/Page/Resolucion%200577%20del%208%20de%20agosto%20del%202017.pdf>».

_____, resolución 0578 de 2017. Disponible en: «<https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Normatividad1/ActosAdministrativos/Resoluciones/2017/Resolucion%200578%20del%208%20de%20agosto%20del%202017.pdf>».

_____, resolución 0579 de 2017. Disponible en: «<https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Cannabis/Page/Resolucion%200579%20del%208%20de%20agosto%20del%202017.pdf>».

Ministerio de Salud y Protección Social, Decreto 613 de 2017. Disponible en: «https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Decreto%20613%20de%202017.pdf».

Observatorio de Drogas de Colombia, *Encuesta nacional de consumo de sustancias psicoactivas en Colombia 2013*. Disponible en: «https://www.unodc.org/documents/colombia/2014/Julio/Estudio_de_Consumo_UNODC.pdf».

_____, *Estudio de evaluación y diagnóstico situacional de los servicios de tratamiento al consumidor de sustancias psicoactivas en Colombia 2016*. Disponible en: «http://www.odc.gov.co/Portals/1/publicaciones/pdf/consumo/estudios/nacionales/CO034492016_estudio_evaluacion_diagnostico_servicios_tratamiento_consumidor_sustancias.pdf».

Sistema Integrado de Monitoreo de Cultivos Ilícitos (SIMCI)-Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), 2019, *Informe de monitoreo de territorios afectados por cultivos ilícitos*

2018, Bogotá: SIMCI-UNODC. Disponible en: «https://www.unodc.org/documents/colombia/2019/Agosto/Informe_de_Monitoreo_de_Territorios_Afectador_por_Cultivos_Ilicitos_en_Colombia_2018.pdf».

Uprimny, Rodrigo; Guzmán, Diana; Parra, Jorge A; Bernal, Carolina, *Políticas frente al consumo de drogas de uso ilícito en Colombia* en: *En busca de los derechos: usuarios de drogas y las respuestas de estatales en América Latina*, CEDD. Disponible en: «<http://www.drogasyderecho.org/wp-content/uploads/2015/03/reporte-completo.pdf>».

Contexto nacional ecuatoriano

Constitución de la República del Ecuador, artículo 364. Disponible en: «https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-const.pdf».

Corte Nacional de Justicia, resolución 012 de 2015. Disponible en: «http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/2015/15-12%20Derogado%20por%20la%20Resolucion%2002-2019.pdf».

_____, resolución 02 de 2019. Disponible en: «http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/2017/1902%20Triple%20reiteracion%20concurso%20ideal%20de%20delitos%20en%20drogas.pdf».

"La población de Ecuador superó los 17 millones de habitantes", en *El Comercio*, 13 de octubre de 2018. Disponible en: «<https://www.elcomercio.com/actualidad/poblacion-ecuador-supera-millones-habitantes.html>».

"¿Qué aprobó la Asamblea en torno al uso medicinal del cannabis?", en *El Comercio*, 18 de septiembre de 2019. Disponible en: «<https://>

www.elcomercio.com/actualidad/asamblea-medicinal-cannabis-terapeutico-ecuador.html».

"El 39% de consumidores probó más de una droga", en *El Telégrafo*, 16 de julio de 2017. Disponible en: «<https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/702/51/el-39-de-consumidores-probo-mas-de-una-droga>».

"Uso medicinal de cannabis en Ecuador se plantea en proyecto de ley", *El Universo*, 14 de junio de 2016. Disponible en: «<https://www.eluniverso.com/noticias/2016/06/14/nota/5635503/uso-medicinal-cannabis-se-plantea-proyecto-ley>».

FES-ILDIS, Gudiño Pérez, Daniel; Vélez Rodríguez (coord.), *Política de drogas en Ecuador: un balance cuantitativo para transformaciones cualitativas*, 2017, Disponible en: «<https://library.fes.de/pdf-files/bueros/quito/13594.pdf>».

Paladines, Jorge, "Consumir y castigar. La penalización del consumo en tiempos de cólera", *La Barra Espaciadora*, 2017. Disponible en: «<https://labarraespaciadora.com/libertades/consumir-y-castigar-penalizacion-consumo/>».

Ministerio de Gobierno. *UNODC: Cultivos de coca en Ecuador representan el 0,04% de la región*. Disponible en: «<https://www.ministeriodegobierno.gob.ec/unodc-cultivos-de-coca-en-ecuador-representan-el-004-de-la-region/>».

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), 2011, *Informe técnico de indicadores de cultivos ilícitos en Ecuador*. Disponible en: «https://www.unodc.org/documents/peruandecuador//Informes/monitoreo-ecu/Ecu10_Coca_Survey.pdf».

TNI, *Reforma de la ley de drogas en Ecuador: guía básica*. 2015. Disponible en: «<https://www.tni.org/my/node/22564#7a>».

Contexto nacional mexicano

Alonso, Fernanda, "Legalizar la marihuana en el DF: los valores constitucionales en juego". Revista *Nexos*, 17 de febrero de 2014.

CDHDF, Informe Especial Drogas y derechos humanos en la Ciudad de México 2012-2013, primera edición, 2014.

Chaparro Hernández, Sergio y Pérez Correa, Catalina, *Sobredosis carcelaria y política de drogas en América Latina*, CEED-Dejusticia. Documentos 41.

CICAD, *El programa de las drogas en las Américas. Estudios. La economía del narcotráfico*, 2013.

CIDH, *Situación de los Derechos Humanos en México*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/15, 31 diciembre 2015.

Corona Ojeda, Gabriel Alejandro, *Breve historia de la guerra contra el narcotráfico y la regulación del cannabis en México*, Programa de Política de Drogas, Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), primera edición, 2019.

CMPDPDH, *Violaciones Graves a Derechos Humanos en la Guerra contra las Drogas en México*.

Código Penal Federal.

DECRETO por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Salud, del Código Penal Federal y del Código Federal de Procedimientos Penales, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de agosto de 2009.

DECRETO por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Salud y del Código Penal Federal, 19 de junio de 2017.

Encuesta Nacional de Drogas, Alcohol y Tabaco (ENCODAT).

IDPC, *La UNGASS sobre el problema mundial de las drogas: Reporte*, 1 de septiembre de 2016.

Informe sobre la Situación del Consumo de Drogas en México, 2019.

Ley General de Salud, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de febrero de 1984.

OSF, *Atrocidades Innegables. Confrontando Crímenes de Lesa Humanidad en México*, Open Society Foundations, 2016.

Madrazo, Alejandro, "La ley", en Aguilar Camín, Héctor, *et al.* "Informe Jalisco: más allá de la guerra de las drogas", México DF, *Nexos*, 2012, p. 207-244.

_____, *Los costos constitucionales de la guerra contra las drogas: una primera aproximación (desde México)*, Programa de Política de Drogas, Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE). primera edición, 2014.

Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024.

Pérez Correa, C. y Azaola, E, *Resultados de la Primera Encuesta a Población Interna en Centros Federales de Readaptación Social*, México: CIDE.

Pérez Correa, Catalina y Ruiz Ojeda, Andrés, *Marihuana en México: el peso de la prohibición*, Programa de Política de Drogas Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), primera edición, 2018.

_____ y Silva, Karen, *Consumo y consumidores de drogas de uso ilícito en México en busca de los derechos: usuarios de drogas y*

las respuestas estatales en América Latina, Colectivo de Estudios Drogas y Derecho, primera edición, julio de 2014.

Ramírez, Tania, "La 'foritis' como pretexto: el caso de la marihuana en México," *Animal Político*, 25 de septiembre de 2019.

Romero, Jorge Javier, "La dimensión desconocida de la producción de drogas en México", Atuesta, L. y Madrazo A., eds., *Las violencias*, 2018.

SCJN, Primera Sala, amparo en revisión 57/2019. Ministro Ponente Eduardo Medina Mora.

_____, Consumo de Marihuana con fines Lúdicos y Recreativos.

Suárez Ávila, Alberto Abad, "El nuevo paradigma regulatorio del cannabis en México. Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional", núm. 6. IIUNAM, 3 de mayo de 2019.

UNODC, Reporte Mundial de Drogas 2018.

_____, Reporte Mundial de Drogas 2013.

Zedillo Ponce de León, Ernesto; Madrazo Lajous Alejandro, et. al. *La política de drogas en México: Causa de una tragedia nacional. Una propuesta radical e indispensable para remediarla*, septiembre, 2018.

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley Oldstyle de 8, 10, 11 y 12 puntos. Octubre de 2020.



11003553



ISBN 978-607-552-150-3



9 786075 521503