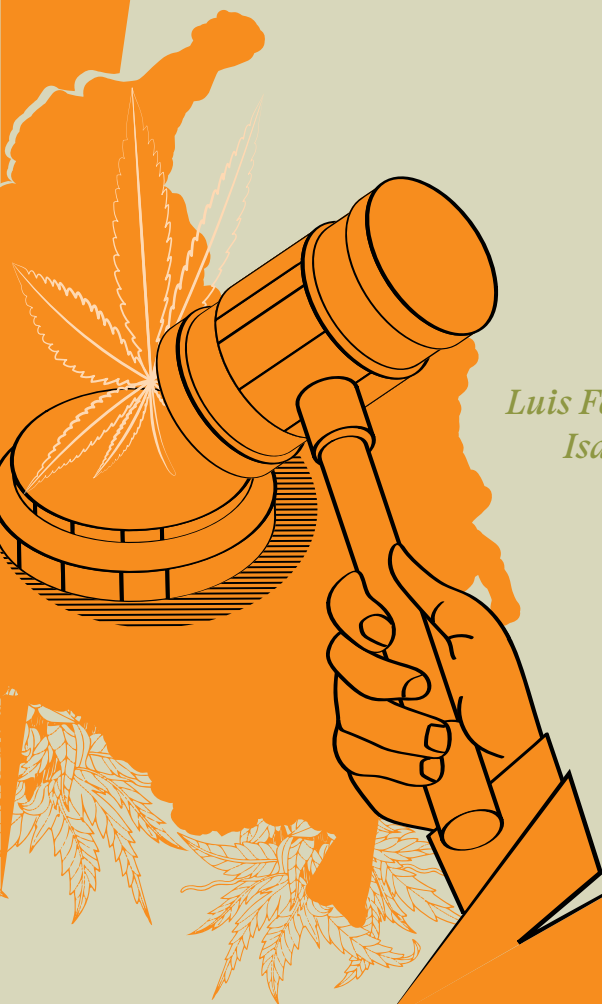


Políticas públicas al derecho/Editorial **Dejusticia**

LAS TRABAS CONSTITUCIONALES PARA LA REGULACIÓN DEL MERCADO DE DROGAS EN COLOMBIA



*Sergio Pérez
Luis Felipe Cruz-Olivera
Isabel Pereira-Arana*

Dejusticia

Resumen

Este texto es una respuesta al debate sobre la necesidad de reformar o no la Constitución para regular el mercado de cannabis o de cualquier sustancia psicoactiva ilícita en Colombia, dada la prohibición al porte y consumo introducida al artículo 49 constitucional en 2009. Luego de analizar los debates legislativos que precedieron a la reforma y la jurisprudencia, se concluye que si se quiere que la regulación del mercado de cualquier sustancia psicoactiva cuente con seguridad jurídica, es necesaria dicha reforma. Aun así, con una dosis de realismo, este documento plantea una regulación legal compatible con la Constitución Política y la jurisprudencia de las altas cortes: los clubes sociales cannábicos (CSC).

Para llegar a estas conclusiones, partimos de la despenalización del porte y consumo de sustancias psicoactivas en Colombia y sus efectos. Luego —desde un ejercicio de interpretación historicista— retomamos los debates que antecedieron a la prohibición constitucional del artículo 49, los exámenes de constitucionalidad que tuvo el acto legislativo que reformó la Constitución y la línea jurisprudencial sobre el tratamiento jurídico penal que le ha dado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia al porte de sustancias psicoactivas. Con esto se aclaran los efectos de la reforma y el desarrollo de la jurisprudencia constitucional y penal de las altas cortes bajo esta prohibición. Finalmente, se explica qué son CSC y por qué son una solución viable en el campo político.

Palabras claves

Prohibición constitucional, sustancias psicoactivas, marihuana, clubes cannábicos, regulación de drogas.

Abstract

This text is an answer to the debate on the need to reform or not the Constitution in order to regulate the market for cannabis or any illicit psychoactive substance in Colombia, given the prohibition on possession and consumption introduced into Article 49 of the Constitution in 2009. After analyzing the legislative debates preceding the reform and the jurisprudence, it is concluded that if regulatory security is desired for the market of any psychoactive substance, such reform is necessary. Nonetheless, with a dose of realism, this document proposes a legal regulation compatible with the Political Constitution and the jurisprudence of the high courts: cannabis social clubs (CSC).

To reach these conclusions, we start from the decriminalization of possession and consumption of psychoactive substances in Colombia and its effects. Then - through an exercise of historicist interpretation - we revisit the debates that preceded the constitutional prohibition of Article 49, the constitutionality reviews undergone by the legislative act that reformed the Constitution, and the jurisprudential line on the penal legal treatment given by the Penal Chamber of the Supreme Court of Justice to the possession of psychoactive substances. This clarifies the effects of the reform and the development of constitutional and penal jurisprudence of the high courts under this prohibition. Finally, it explains what CSCs are and why they are a viable solution in the political field.

Keywords

Constitutional prohibition, psychoactive substances, marijuana, cannabis clubs, drug regulation

**LAS TRABAS
CONSTITUCIONALES
PARA LA REGULACIÓN DEL
MERCADO DE DROGAS
EN COLOMBIA**

**SERGIO PÉREZ
LUIS FELIPE CRUZ-OLIVERA
ISABEL PEREIRA-ARANA**

políticas públicas al derecho / **Editorial Dejusticia**

Sergio Pérez

Las trabas constitucionales para la regulación del mercado de drogas en Colombia /

Sergio Pérez, Luis Felipe Cruz Olivera, Isabel Pereira Arana - Bogotá: Editorial Dejusticia, 2024

86 páginas; 22 cm [Políticas Públicas]

ISBN 978-628-7517-87-5

1. Prohibición constitucional 2. Sustancias psicoactivas 3. Marihuana
4. Clubes cannábicos 5. Regulación de drogas.

ISBN 978-628-7517-88-2 versión digital
ISBN 978-628-7517-87-5 versión impresa

Preparación editorial
Diego Alberto Valencia

Diseño de cubierta y anexo
Diana Carolina González

Revisión de textos
Andrés Felipe Hernández Carrero

Primera edición
Bogotá, D.C., Colombia, mayo 2024

Este texto puede ser descargado gratuitamente en
<https://www.dejusticia.org>



Licencia Creative Commons 4.0 Internacional
Atribución - No Comercial - Compartir Igual

Dejusticia
Calle 35 # 24-31, Bogotá, D.C., Colombia
Teléfono: (57) 601 608 3605
www.dejusticia.org

Contenido

Introducción	7
1. La despenalización del porte y consumo de la dosis personal de drogas y sus efectos	14
2. La prohibición constitucional del porte y consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas	20
3. El examen de constitucionalidad de la reforma al artículo 49 por parte de la Corte Constitucional	23
4. La interpretación y los efectos de la reforma al artículo 49 en la jurisprudencia penal y constitucional	29
5. La necesidad de la reforma y las formas de avanzar sin ella	43
6. Reformar para regular: a manera de conclusión	55
7. Anexo: Línea jurisprudencial de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el porte de sustancias psicoactivas y la dosis personal	63
Bibliografía	79

Los Autores

Sergio Pérez

Abogado de la Universidad EAFIT. Ha trabajado en litigio estratégico en derechos humanos y autonomía territorial. Se ha interesado por los impactos de la política de drogas, especialmente frente a los derechos a la igualdad, la autodeterminación y al goce del espacio público. Actualmente es investigador de la línea de Política de Drogas en Dejusticia. Orcid: <https://orcid.org/0009-0000-5733-6726>

Luis Felipe Cruz-Olivera

Abogado y sociólogo de la Universidad Nacional de Colombia. Ha estudiado la calidad de vida en territorios de cultivo de coca y el impacto de las políticas de drogas en el acceso a derechos sociales de poblaciones cocaleras. Participó en el informe “El daño que nos hacen” presentado a la Comisión de la Verdad y en el libro *Laberintos de prohibición y regulación*. Actualmente es investigador de la línea de Política de Drogas en Dejusticia. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3670-9292>

Isabel Pereira-Arana

Politóloga de la Universidad de Los Andes y magíster en Estudios de Desarrollo (IHEID). Se ha interesado por el impacto de las políticas de drogas en el desarrollo rural y el derecho a la salud. Actualmente coordina la línea de Política de Drogas en Dejusticia. Entre sus publicaciones se encuentran *Voces desde el cocal: mujeres que construyen territorio* y *Laberintos de prohibición y regulación*. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7036-8407>

Introducción

El asunto de la reforma a la política de drogas en un país como Colombia es tan amplio como los impactos mismos de las drogas y sus mercados en la trayectoria política y económica del país. Entre ellas, la marihuana está en el centro de estos debates, pues es la sustancia ilegal con mayor consumo en el mundo y en el país. Para el 2021, del total estimado de 296 millones de personas que consumen drogas en el mundo, 219 millones consumieron cannabis (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito [UNODC], 2023, p. 13). En Colombia, por su parte, según la Encuesta Nacional de Consumo de 2019, el 8,3 % de la población usaba cannabis (DANE, 2020).

De hecho, la marihuana dio origen al primer mercado ilegal de drogas, que situó a Colombia como país exportador de sustancias ilícitas, con lo que se conoció como la bonanza marimbera de los años setenta. En ese momento las redes de contrabando y comercio del caribe colombiano se pusieron a disposición del tráfico internacional de esta droga, y tal experiencia y aprendizaje después serían empleadas para el tráfico de cocaína (Britto, 2022).

Así que hablar de regulación del cannabis implica nada menos que dar un vuelco al origen mismo de la prohibición, en un contexto global donde países como Uruguay, Alemania y Malta, al igual que más de 20 jurisdicciones en Estados Unidos, han regulado el cannabis de uso adulto. La posibilidad de regulación ocurre, además, en un momento de importantes cuestionamientos al régimen internacional de prohibición, críticas que Dejusticia ha acompañado desde nuestros inicios. Hay que con-

siderar también que el sistema internacional de fiscalización de drogas, con sus aplicaciones de prohibición y guerra contra las drogas, es una de las principales fuentes de violaciones de derechos humanos en el mundo. Así lo documentan organizaciones de la sociedad civil y académicos, entre otros, incluso la propia Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH). En un informe lanzado en septiembre de 2023, esta afirma:

El problema mundial de las drogas afecta considerablemente al disfrute de los derechos humanos. Las respuestas a los daños relacionados con el consumo de drogas y al tráfico ilegal de drogas constituyen actualmente un importante desafío de política pública, cuya totalidad de aspectos tienen repercusiones en los derechos humanos (OACNUDH, 2023, p. 3).

Los desafíos identificados en dicho informe se concentran en: (i) acceso insuficiente y desigual al tratamiento y los servicios de reducción de daños; (ii) la “guerra contra las drogas” y la militarización de la fiscalización de las drogas; (iii) uso excesivo del encarcelamiento y hacinamiento en las cárceles; (iv) uso de la pena de muerte para delitos relacionados con las drogas; (v) impacto desproporcionado en grupos específicos (niños y jóvenes, mujeres, afrodescendientes, pueblos indígenas); (vi) desafíos de derechos humanos en situaciones de crisis; y (vii) desafíos relacionados con el derecho a un medio ambiente saludable.

Entre las recomendaciones que propone el informe a los Estados se encuentra “considerar la posibilidad de crear un sistema normativo por el que se regule el acceso a todas las sustancias sujetas a fiscalización” (OACNUDH, 2023, p. 20), lo cual implica transitar hacia un mercado regulado de las sustancias hoy declaradas ilícitas. Lo que subyace a este planteamiento es que un sistema normativo de dicha índole estaría mejor situado para proteger los derechos humanos.

En Colombia, recientemente ha habido varias iniciativas¹

1 Se trata de los siguientes proyectos de acto legislativo, que pretendieron reformar el artículo 49 para regular el cannabis para uso adulto: (i) proyecto de acto legislativo 172/2019 Cámara; (ii) proyecto de acto legislativo 08/2019 Senado; (iii) proyecto de acto legislativo 033/2022 Senado y

políticas y legislativas para regular el mercado de cannabis o marihuana² de uso adulto. Si bien aún persisten diferencias políticas sobre la decisión de avanzar en la regulación o mantener la prohibición, el panorama está abierto a la discusión, a pesar de los reveses que se han presentado en el camino. De hecho, durante la legislatura 2022-2023 avanzó de manera significativa un proyecto de acto legislativo³ con el propósito de reformar la Constitución Política para darle seguridad jurídica a una eventual ley que regule el mercado de cannabis para uso adulto. Este proyecto llegó a surtir el octavo y último debate en el Senado de la República, donde no se aprobó porque no alcanzó la mayoría absoluta exigida para las reformas constitucionales en la segunda vuelta⁴.

El proyecto de acto legislativo tenía el objetivo de introducir una excepción al artículo 49 de la Constitución, que prohíbe el porte y consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, buscando posibilitar la regulación del mercado de cannabis para uso adulto. No obstante, algunos sectores que apoyan la regulación del mercado de las drogas han afirmado que no es nece-

002/2022 Cámara; y [iv] proyecto de acto legislativo 017/2023 Senado y 001/2023 acumulado 035/2023 Cámara.

2 En este texto se usan los términos marihuana y cannabis de manera intercambiable, pese a que existen connotaciones distintas para cada una de las palabras. Algunas personas afirman que la palabra “marihuana” es un término propio del prohibicionismo, nacido del prejuicio contra la población mexicana que lo usaba, pues combina dos nombres comunes en Latinoamérica, María y Juana. El cannabis, por su parte, parece ser un término científico libre de prejuicios.

3 Se trató del proyecto de acto legislativo n.º 02 de 2022 Cámara y 33 de 2022 Senado “Por medio del cual se modifica el artículo 49 de la Constitución Política de Colombia y se regulariza cannabis de uso adulto.”

4 El artículo 375 de la Constitución Política dice: “el trámite del proyecto tendrá lugar en dos períodos ordinarios y consecutivos. Aprobado en el primero de ellos por la mayoría de los asistentes, el proyecto será publicado por el Gobierno. En el segundo período la aprobación requerirá el voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara” y el artículo 225 de Ley 5 de 1992 menciona: “el proyecto de acto legislativo debe ser aprobado en cada una de las Cámaras por la mayoría simple, en la primera vuelta; publicado por el Gobierno, requerirá de la mayoría absoluta en la segunda vuelta. Ambos períodos no necesariamente deben coincidir en la misma legislatura”.

saría una reforma constitucional para cumplir ese propósito. Esta postura se puede dividir en tres grupos. En primer lugar, algunos argumentan que la regulación podría basarse en la jurisprudencia constitucional que despenalizó el consumo y porte de drogas para consumo personal, por la prevalencia del libre desarrollo de la personalidad. El segundo grupo argumenta que esta prohibición no aplicaría para sustancias que se encuentren dentro de un régimen legal, porque esta no diferencia entre sustancias legales e ilegales, de la misma manera que hay un uso libre de sustancias psicoactivas como el café o el tabaco. El tercer grupo propone que se establezca un acceso al cannabis a través de una regulación de su uso médico.

La principal dificultad para abordar esta discusión es que los argumentos, los debates y las decisiones judiciales se han concentrado principalmente en el libre desarrollo de la personalidad y su relación con el porte y consumo de drogas. Incluso, esta ha sido la misma lógica con la que han interactuado quienes secundan el prohibicionismo, pues el consumo como reivindicación de la autodeterminación fue el primer flanco que perdió la guerra contra las drogas. Pero salir de la lógica de la prohibición demanda hacer un análisis general sobre los elementos de una regulación, como cultivo, transporte, transformación, dispensación y comercialización con fines de lucro, temas en donde la jurisprudencia no ha brindado mayores detalles.

Regular no es tarea fácil. Tampoco lo es el proceso normativo que le antecede para superar las barreras legales creadas por la prohibición internacional⁵ y por las prohibiciones de rango nacional, ni el proceso reglamentario que integra elementos complejos como la salud pública, la necesidad de generar medidas de inclusión para las poblaciones más afectadas por la prohibición y los retos de seguridad en un tránsito de mercados

5 Los obstáculos internacionales para regular una sustancia declarada ilícita no son objeto de este documento, sin embargo cabe subrayar que en términos estrictos, el régimen internacional de fiscalización compuesto por los tres tratados internacionales de drogas admite exclusivamente el acceso a las sustancias fiscalizadas para fines médicos y científicos, y todo uso por fuera de estas dos categorías es considerado ilícito. Al respecto, ver Pereira-Arana (2024) y Lines and Barrett (2018).

ilegales a legales. En este texto vamos a abordar solo uno de estos elementos: delinear las barreras constitucionales vigentes en Colombia que limitan hoy la posibilidad de transitar a un mercado regulado de cannabis. Además, proponemos vías de reforma que den seguridad jurídica a quienes participen en un eventual mercado regulado, basados en las garantías y los derechos ya adquiridos en el país a través del desarrollo jurisprudencial. En últimas, la pregunta que guía al texto es si se necesita o no reformar la Constitución Política para regular el mercado de uso adulto de las sustancias psicoactivas en Colombia. Nuestra posición —aunque incómoda para algunos aliados que, al igual que Dejusticia, promueven una regulación de las drogas— nos ubica en un camino mucho más largo y complejo hacia dicha regulación, pues defiende la interpretación más razonable del texto constitucional. Para construir una regulación acotada al contexto del país, es necesario reformar el artículo 49.

Adicionalmente, defendemos una regulación que, una vez superado el obstáculo constitucional por las vías del Congreso, adopte un modelo de regulación vía ley, incluyendo los siguientes cuatro principios: (i) reducir la participación de las rentas ilegales del cannabis en el mercado ilegal y el crimen organizado; (ii) proteger la salud pública a partir de estrategias de prevención y reducción de riesgos y daño; (iii) promover un enfoque reparador que promueva el desarrollo rural y el comercio justo a favor de poblaciones cultivadoras; y (iv) buscar la garantía de derechos para las personas y comunidades más afectadas por las décadas de prohibicionismo y la guerra que se puso en marcha en su nombre (Rodríguez Llach *et al.*, 2021, p. 13).

En ese sentido, este texto aborda la necesidad de que la regulación se enmarque en un quinto principio: la seguridad jurídica. El derecho, como campo de disputa política y social, no brinda certezas absolutas, especialmente si se trata de la seguridad jurídica. No obstante, sí es posible prever los riesgos que tiene introducir una determinada regulación en una estructura normativa particular, así como plantear formas de mitigarlos. La seguridad jurídica, como componente de la regulación, debe ser un elemento formal, previo y concomitante, algo que resulta fundamental

en medio de la complejidad política y jurídica de Colombia. La apuesta por este principio, que sí es el objeto de este escrito, no surge de una preocupación imaginaria. La idea de regular alguna sustancia psicoactiva, como la marihuana, no solo confronta visiones políticas y filosóficas sobre aspectos como la libertad y la salud, sino también imaginarios colectivos y simbólicos en un país que sirvió como laboratorio para la guerra contra las drogas. En el eventual escenario que se regule el mercado o el acceso a una sustancia psicoactiva, las tensiones se van a trasladar a los estrados judiciales, por lo que la forma jurídica que se adopte para la regulación es fundamental para su potencial éxito.

Bajo esta premisa, adoptar una regulación a partir de formas y argumentos jurídicos que no atiendan la complejidad de la prohibición en Colombia puede resultar desastroso, pues podría esfumarse mediante procesos de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad. Más aún, adoptar una regulación con medios jurídicos débiles también tiene la potencialidad de ubicarnos en un escenario regresivo para las libertades que hemos reivindicado respecto a las sustancias psicoactivas en la sociedad colombiana. Así mismo, la seguridad jurídica es importante para generar confianza, especialmente en una eventual regulación que incluya a los principales afectados por la guerra contra las drogas. Bajo una regulación débil e inestable jurídicamente, los cultivadores o productores históricos podrían ver truncadas sus expectativas legítimas de inserción al mercado legal; esto podría constituir una acción con daño o, peor aún, no brindar suficiente confianza para que estos ingresen al mercado legal.

Nuestra pretensión es simple. Anclados a la idea que la prohibición es una grave fuente de violaciones de derechos humanos y un motor de violencia en el país, y convencidos de que la regulación de todas las drogas declaradas ilícitas es necesaria, queremos ofrecer una mirada jurídica sobre cómo hacerlo respetando las instituciones y la Constitución. La apuesta es que la regulación debe construirse a partir de una reforma constitucional del artículo 49 y la emisión de una ley que la reglamente, lo que le otorgaría una alta seguridad jurídica. No obstante, somos realistas y entendemos que tal reforma constitucional requiere una

mayoría que actualmente no tienen ni la bancada progresista ni el gobierno. Por tanto, se necesita fundamentar una regulación legal que sea compatible con el texto actual del artículo 49, de acuerdo con los alcances y la interpretación que ha dado la jurisprudencia a la prohibición del uso y porte de drogas. Allí es donde creemos que los clubes sociales cannábicos (CSC) resuelven los problemas jurídicos que enfrentaría una ley que regule el uso adulto del cannabis en el escenario de que fracase la reforma constitucional. Los CSC son organizaciones privadas de usuarios y cultivadores que producen marihuana colectivamente sin ánimo de lucro, permitiendo la distribución para el uso adulto de acuerdo con la necesidad de sus miembros, sin recurrir al mercado ilegal (Cruz Olivera, 2023).

Finalmente, es preciso hacer dos aclaraciones conceptuales fundamentales. Primero, en este texto se utilizan diferentes términos para referirse a las sustancias psicoactivas, entre ellos: sustancias estupefacientes, psicotrópicas, alucinógenas, drogas ilícitas y sustancias ilegales. Pese a que el término correcto desde la ciencia es *sustancias psicoactivas*, las normas de orden internacional y nacional han hecho un uso indistinto y antitécnico de estos términos. Estrictamente hablando, y según la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS), “droga puede ser cualquier o bien toda aquella sustancia que al ser introducida a cualquier organismo es capaz de modificar más de una de sus funciones” (Calzada, 2013, p. 1). De hecho, técnicamente una sustancia estupefaciente es aquella que causa estupor, como es el caso de los opioides; sin embargo, en la legislación colombiana los delitos hablan de “estupefacientes” para referirse a cualquier sustancia ilícita, incluidas aquellas que no son propiamente estupefacientes sino estimulantes, como es el caso de la cocaína (Pereira Arana & Ramírez, 2019, p. 61). Si bien este uso indistinto es errático y genera confusiones, en este texto explicaremos que el uso de ciertos términos no es casual, sino que corresponde más bien a un intento de coherencia entre las normas nacionales e internacionales, al menos en el caso colombiano.

Segundo, las normas y decisiones judiciales que se refieren a las personas que usan drogas o que tienen un consumo

problemático de drogas suelen utilizar términos cargados de estigma o desprecio, hasta un punto en el que se ha patologizado el consumo de sustancias psicoactivas. Entre ellas se encuentran palabras como *adicción*, *vicio*, *abuso* o *enfermo*. Este tipo de palabras no solo permiten asignarle arbitrariamente un diagnóstico psiquiátrico a las personas, sino que también profundizan o reproducen algunas formas de discriminación (Pereira Arana & Ramírez, 2019, p. 27). Por ejemplo, la palabra *adicción* proviene del latín *addictio*, que significa “esclavo de” o “atado a” (Szalavitz, 2016, como se citó en Pereira & Ramírez, 2019, p. 23). Somos conscientes de que con el propósito de evitar efectos contraproducentes, como replicar prejuicios (Scholten, 2015), es necesario utilizar las palabras adecuadas para referirse a este fenómeno. Entonces, en este texto se utilizarán los términos *personas que usan drogas (PQUD)* y *consumo problemático de drogas* para referirse a dichos fenómenos.

Para abordar las cuestiones mencionadas anteriormente, este escrito adoptó como metodología un ejercicio histórico e interpretativo, que permite acotar el alcance y las posibilidades del actual marco normativo colombiano. También realizamos una línea jurisprudencial con las sentencias que ha emitido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que se encuentra como anexo en un cuadro con la descripción del hecho y sus temas relevantes.

1. La despenalización del porte y consumo de la dosis personal de drogas y sus efectos

Se puede decir que la historia reciente del prohibicionismo en Colombia inició en 1974, cuando se expidió el primer Estatuto Nacional de Estupefacientes mediante el Decreto 1188, una normativa que incrementó de manera significativa las penas de los delitos relacionados con drogas (Filomena & Uprimny, 2020, p. 181). Este estatuto incluyó el concepto de *dosis personal*, como atenuante de la pena de encarcelamiento, definido como la cantidad de droga que una persona ingiere ordinariamente de una

sola vez. Así se podría determinar que la cantidad se trataba o no de la dosis personal, y la norma exigía el dictamen de un médico legista para corroborarlo (p. 181).

Posteriormente, mediante la Ley 30 de 1986 se expidió el segundo Estatuto Nacional de Estupefacientes, que retomó el concepto de dosis para uso personal, pero estableció unos límites cuantificables con el propósito de distinguir entre el tráfico y el consumo. Pese a esto, ambas conductas estaban penalizadas; la diferencia estaba en la severidad de las sanciones. Así, cuando la conducta se encontraba dentro de los límites de la dosis personal, la consecuencia era multa y arrestos, y su severidad aumentaba si había reincidencia, llegando incluso al tratamiento forzoso⁶.

En 1994, la Corte Constitucional emitió la Sentencia C-221, que declaró inconstitucionales las normas de la Ley 30 de 1986 que penalizaban el porte y consumo de drogas en cantidades consideradas como dosis personal, así como aquellas normas que obligaban a las personas “afectadas” por el consumo de estas sustancias a ser remitidas a centros hospitalarios o de rehabilitación. En esta decisión, la Corte parte del presupuesto de diferenciar el derecho y la moral, ambos como formas de control de la conducta humana, a partir de su ámbito de acción. Así, la principal característica del derecho es la regulación del comportamiento interferido; es decir, las conductas del ser humano que afectan la órbita de otros (Corte Constitucional de Colombia, C-221, 1994).

En ese sentido, se dijo que el derecho al libre desarrollo de la personalidad reconoce la autonomía de la persona para decidir sobre sus propios actos y su propio destino, cuando esto no interfiere en la autonomía de los otros (Corte Constitucional de Colombia, C-221, 1994). El reconocimiento de esta autonomía implica necesariamente que los asuntos que solo le atañen a la

6 El artículo 87 de la Ley 30 de 1986 disponía que quienes “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 4 y 5 del decreto 1136 de 1.970, de acuerdo con el procedimiento señalado por este Decreto”.

persona, como consumir sustancias psicoactivas, deben ser decididos por ella misma. En ese sentido, se concluyó que, dada la autonomía de las personas en Colombia, el Estado no puede imponerle modelos de virtud a sus ciudadanos, por lo que las restricciones al derecho al libre desarrollo de la personalidad deben ser armónicas con la Constitución (Corte Constitucional de Colombia, C-221, 1994).

De esa manera, los artículos que penalizaban el porte y consumo de drogas en cantidades consideradas como dosis personal, así como la norma que obligaba a quien tuviera un consumo problemático⁷ de drogas a recibir tratamientos de salud, fueron declarados inconstitucionales. Particularmente sobre el deber de todas las personas de procurar el cuidado de su salud, del que habla el artículo 49 constitucional, se dijo que los principios y la filosofía que inspira la Constitución colombiana impiden que este tenga connotaciones normativas y, menos aún, consecuencias punitivas (Corte Constitucional de Colombia, C-221, 1994). La decisión concluyó que la sanción de internamiento en un establecimiento hospitalario o psiquiátrico como medida de salud atentaba contra la libertad y la autonomía, pues obligaba a alguien a tomar una decisión que solo le concierne a esa persona; como castigo, esta medida implicaba sancionar a una persona por una conducta que solo le afectaba individualmente, lo que es contrario a los principios del derecho moderno (Corte Constitucional de Colombia, C-221, 1994).

Ahora bien, esta decisión dejó vigente el concepto de dosis personal, pues consideró que el legislador sí era competente para fijar los límites entre una actividad lícita (consumo) y una actividad ilícita (tráfico), de la cual se dijo que en función del lucro estimula tendencias que pueden ser socialmente indeseables. Incluso, la decisión aclara que no afecta las disposiciones de la misma ley relativas a transporte, almacenamiento, elaboración, distribución, venta y otras similares de drogas (Corte Constitucional de Colombia, C-221, 1994).

7 El artículo 87 de la Ley 30 de 1986 no utilizaba este término, se refería a estas personas como “afectadas por el consumo de drogas que producen dependencia”.

Esta decisión generó diversas reacciones y tuvo varias consecuencias políticas y jurídicas. Las primeras en llegar, por supuesto, fueron las reacciones políticas, que principalmente criticaron la decisión de la Corte Constitucional. El entonces presidente, Cesar Gaviria, anunció que iba a expedir vía decreto varias prohibiciones al porte y consumo de drogas en algunos espacios, conductas que pretendía sancionar incluso con pena de arresto (“Referendo contra las drogas”, 1994). Gaviria también propuso convocar a la sociedad para adelantar un referendo de iniciativa popular para modificar el artículo 16 constitucional. Pocos días después, el 31 de mayo, se expidió el Decreto 1108 de 1994, que sistematizó, coordinó y reglamentó varios aspectos relacionados al porte y consumo de drogas, pero no dispuso sanciones penales, sino sanciones administrativas y policivas.

Durante la contienda presidencial del mismo año, poco se discutió sobre este tema, y lo mismo ocurrió durante el mandato de Ernesto Samper (1994-1998) (Tokatlian, 2000, p. 75)⁸. Luego, durante la presidencia de Andrés Pastrana (1998-2004) se lanzó el Programa Presidencial para Afrontar el Consumo de las Drogas (RUMBOS), el cual tenía como prioridad prevenir el consumo de sustancias psicoactivas y desarrollar alternativas de tratamiento, rehabilitación y reinserción social de la población afectada por el consumo de estas sustancias (Departamento Nacional de Planeación [DNP], 2000).

En cambio, durante la presidencia de Álvaro Uribe (2002-2010) la oposición a la despenalización de la dosis personal fue férrea. De hecho, públicamente Uribe calificó la despenalización como un desequilibrio ético que había que remediar (Salazar, 2009). Consecuentemente, su gobierno intentó en cinco ocasiones reformar la Constitución para revertir el precedente de la Corte Constitucional (Guzmán & Uprimny, 2010, p. 5). El primer intento fue mediante un referendo constitucional, que

8 Durante la presidencia de Samper, quien en los ochenta había propuesto la legalización de la marihuana, la despenalización de la dosis personal fue desplazada de la opinión pública por el escándalo de la presunta financiación de la campaña del recién electo presidente por parte de narco-traficantes.

fue convocado por la Ley 796 de 2003, que pretendía modificar varios artículos de la Constitución. Entre ellos, se incluyó una propuesta para adicionarle un inciso al artículo 16 superior dirigido a establecer que la ley castigaría severamente la siembra, producción, distribución, porte o venta de sustancias alucinógenas, así como que sancionaría con penas distintas a la privación de la libertad el porte y consumo de droga en su dosis personal⁹. No obstante, en la revisión que realizó la Corte Constitucional de la mencionada ley se declaró inexecutable esta propuesta, porque su inclusión en el proyecto de ley violó el principio de publicidad y no guardaba un vínculo estrecho con la iniciativa (Corte Constitucional de Colombia, C-551, 2003). Aun así, el gobierno de Uribe logró la reforma constitucional, no del artículo 16 sino del 49, mediante el Acto Legislativo 02 de 2009, el cual se explicará a detalle en el siguiente apartado.

Por su parte, la despenalización del porte y consumo de la dosis personal tuvo efectos en la respuesta jurídico penal, particularmente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Si bien la decisión de la Corte Constitucional mantuvo la respuesta penal para aquellas conductas de porte que sobrepasaban los límites fijados por la Ley 30 de 1986 para la dosis personal, a partir de 2005 la Corte Suprema de Justicia empezó a adoptar decisiones que romperían el esquema de los límites objetivos de la dosis mínima (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, P. 18609, 2005). La Sala de Casación Penal de la

9 El numeral 16 del artículo 1 de la Ley 796 de 2003 incluía la siguiente pregunta al referendo: “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 Política, un segundo inciso del siguiente texto: 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 adictivas, como la cocaína, la heroína, la marihuana, el éxtasis u otras similares, graduando las penas según las circunstancias en que se cometa la infracción. El Estado desarrollará una activa campaña de prevención contra la drogadicción, y de recuperación de los adictos, y sancionará, con penas distintas a la privación de la libertad, el consumo y porte de esos productos para uso personal, en la medida en que resulte aconsejable para garantizar los derechos individuales y colectivos, especialmente los de los niños y adolescentes”.

Corte conoció de dos casos en los que la conducta de la persona sobrepasó por pocos gramos los límites de la dosis personal, y consideró que si se trata de consumidores, estas conductas carecerían de antijuridicidad material¹⁰ y, por lo tanto, no habría delito (Filomena & Uprimny, 2020, p. 189). En 2008, la Corte Suprema dispuso que, de acuerdo con el principio de lesividad del Código Penal adoptado en el 2000, la conducta de porte que supera ligeramente el umbral de la dosis mínima no tendrá relevancia penal, si esta solo repercute en el ámbito privado de la persona (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, P. 28195, 2008).

Luego, en una decisión del mismo año la propia Corte Suprema de Justicia retomó el razonamiento de la decisión de la Corte Constitucional respecto al concepto de antijuridicidad material (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, P. 29183, 2008). Esta decisión aclaró que en los casos de posesión de cantidades ligeramente superiores a la dosis mínima, se debe partir de la premisa de que se está valorando una conducta lícita (Filomena & Uprimny, 2020, p. 191). En ese sentido, como estas conductas no afectan los derechos de terceros, la Corte concluyó que no son punibles, pues no se altera ningún bien jurídico (p. 191). Es decir que no son punibles porque carecen de antijuridicidad material (Filomena & Uprimny, 2020). Al año siguiente, la Corte reiteró que el principio de lesividad, como legitimador y límite al poder represivo del Estado, impide considerar el porte de drogas en cantidades ligeramente superiores a la dosis personal como delito, pues esto no lesiona el bien jurídico protegido por el delito de porte y tráfico de estupefacientes, que es la salud pública (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, P. 31531, 2009).

10 De acuerdo con el *Diccionario panhispánico del español jurídico*, la antijuridicidad material se define como: “Delito [considerado así desde Von Liszt] para el que no basta con la infracción de una norma ni con el procedimiento de constatación de la antijuridicidad formal, sino que materialmente tiene que haber dañosidad social o nocividad social, que sólo se produce por la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico” [Real Academia de la Lengua Española, s. f.-a].

2. La prohibición constitucional del porte y consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas

En 2009, el gobierno Uribe presentó ante el Congreso un proyecto de acto legislativo que reformaba el artículo 49, relativo a la atención en salud y al saneamiento básico como servicios públicos a cargo del Estado. Esta reforma tenía varios objetivos, entre ellos prohibir el consumo y porte de sustancias estupefacientes o psicotrópicas para que el legislador pudiera desarrollar mecanismos para distinguir a los consumidores de los traficantes (Congreso de la República de Colombia, 2009a, p. 2). Además, se dispuso como propósito de esta reforma garantizar la protección del derecho a la salud pública de la población amenazada por el consumo de tales sustancias (Congreso de la República de Colombia, 2009a, p. 2).

De acuerdo con la exposición de motivos, el proyecto planteado buscaba que, dentro de una filosofía preventiva y rehabilitadora, el legislador pudiera establecer medidas de carácter pedagógico, profiláctico y terapéutico para quienes consumieran dichas sustancias, pudiendo acompañar las medidas con limitaciones temporales al derecho a la libertad, sin que estas impliquen pena de reclusión en establecimientos carcelarios (Congreso de la República de Colombia, 2009a, p. 2). Para establecer estas medidas, la propuesta instituía una especie de tribunal compuesto por personal judicial y médico, el cual evaluaría la situación de quien fuera hallado portando o consumiendo drogas. El proyecto era contradictorio, o al menos ambivalente, pues establecía la posibilidad de restringir el derecho a la libertad de manera involuntaria en centros de prevención o rehabilitación, pero aclaraba que estas no eran penas de reclusión (Guzmán & Uprimny, 2010, p. 5). Es decir, se afirmaba que no era una penalización al consumo pero al tiempo la iniciativa argumentaba que no era coherente que no se sancionara el consumo y porte de drogas para uso personal (Congreso de la República de Colombia, 2009a, p. 4).

La principal justificación del proyecto de acto legislativo fueron las cifras del Estudio Nacional de Consumo de Sustan-

cias Psicoactivas de 2009, que se utilizaron para afirmar que el país tenía una tendencia de consumo creciente antes inexistente (Congreso de la República de Colombia, 2009a, p. 5). Según el gobierno, dicho estudio demostró que había una prevalencia significativa del consumo de drogas en Colombia, especialmente de marihuana, por parte de personas jóvenes (Congreso de la República de Colombia, 2009a, p. 4), y se afirmó también que la percepción de acceso a la marihuana o su disponibilidad eran un problema relevante para el país (Congreso de la República de Colombia, 2009a, p. 12). Como parte del contenido de la exposición de motivos, el gobierno incluyó la intervención del entonces ministro del Interior y de Justicia en la Comisión de Estupefacientes en Viena, en el 52 período de sesiones, en la que informó que Colombia preparaba “la creación de una nueva instancia basada en la aproximación a la salud pública, que sin penalizar el consumo desde la perspectiva punitiva tradicional, tampoco permita su liberalización y menos la legalización de la producción y distribución de las drogas ilícitas” (Congreso de la República de Colombia, 2009a, p. 7).

Durante la primera vuelta del proyecto de acto legislativo se discutieron a profundidad varios aspectos claves; entre ellos, se puso en duda la pertinencia y necesidad de la propuesta (Congreso de la República de Colombia, 2009c, pp. 10-11) y se discutió también la naturaleza jurídica que se le iba a dar al consumo, pues no era claro por qué se argumentó que no se pretendía penalizar (Congreso de la República de Colombia, 2009b, p. 17), pero sí iba a tener consecuencias legales. Con todo, en los primeros dos debates en la Cámara de Representantes el artículo fue modificado sustancialmente, pues se suprimió el tribunal médico legal y se agregó la excepción a la prohibición de porte y consumo “*salvo prescripción médica*” (Congreso de la República de Colombia, 2009d, p. 22).

Para los fines de este escrito, los debates de la primera vuelta aportan luces sobre dos aspectos claves. De una parte, a la par de las consideraciones sobre el consumo problemático de drogas con las que se justificó la iniciativa, uno de los argumentos más consistentes durante los debates era que la reforma buscaba la

garantía y protección de la salud pública de aquella población amenazada por el porte y consumo de drogas (Congreso de la República de Colombia, 2009d, p. 21). Este argumento se reiteró en todos los informes de ponencia positivos. De otro lado, durante el primer debate en la Cámara se discutió el concepto de estupefacientes y psicotrópicos. Allí se aclaró que estos términos se debían entender de acuerdo con los instrumentos y tratados internacionales del sistema de Naciones Unidas, para lo cual se enunciaron la Convención Única de 1961 de Estupefacientes, su protocolo de 1972 y la Convención sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971, así como sus respectivas listas de sustancias controladas (Congreso de la República de Colombia, 2009c, pp. 4-5).

En los debates en el Senado se agregó la exigencia de contar con la voluntad del consumidor para someterse a las medidas previstas por el Estado (Congreso de la República de Colombia, 2009f, p. 8). Es llamativo que durante el trámite en el Senado de la República uno de los dos informes de ponencia —que fueron negativos al proyecto de reforma— criticó la conveniencia de constitucionalizar esta prohibición, pues a su juicio la Constitución no debía encargarse de tales asuntos (Congreso de la República de Colombia, 2009e, p. 2). No obstante, la ponencia fue más allá y preguntó qué ocurriría con la Constitución si en el futuro el mundo decidiera legalizar las drogas, a lo cual respondió que sería necesario reformarla para adecuar su filosofía a las nuevas políticas (Congreso de la República de Colombia, 2009e, p. 2).

En la segunda vuelta que surtió el proyecto se reiteraron con exactitud casi los mismos argumentos. No obstante, en ambas cámaras del Congreso se expresó que el propósito de la iniciativa era desplegar todos los esfuerzos estatales en contra del fenómeno del narcotráfico, en todas sus presentaciones o variantes (Congreso de la República de Colombia, 2009f, p. 8; 2009g, p. 4). Para ello, se intentó vincular el aumento del microtráfico en las principales ciudades con la garantía de la dosis personal, así como la relación entre el supuesto aumento del consumo con la disponibilidad y facilidad de acceso a las sustancias psicoactivas (Congreso de la República de Colombia, 2009g, p. 6). Finalmente, la reforma constitucional fue aprobada el 9 de

diciembre de 2009 por la plenaria del Senado. El texto aprobado y adicionado al artículo 49 fue el siguiente:

El porte y el 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 en favor de la recuperación de los adictos (Acto Legislativo 02, 2009).

Aprobada la reforma constitucional, no era claro cuál iba a ser su impacto. En principio, se identificaron dos posibilidades. La primera fue que la prohibición consagrada en la reforma abrió la posibilidad de la represión mediante la criminalización, que ha sido el instrumento central en la lucha contra las drogas (Guzmán & Uprimny, 2010, p. 7). La otra posibilidad es que la propia reforma constitucional excluía la imposición de sanciones. Esto, a su vez, permitiría afirmar que la reforma consagró el derecho a recibir atención médica para aquellas personas con consumo problemático de drogas (p. 5).

3. El examen de constitucionalidad de la reforma al artículo 49 por parte de la Corte Constitucional

El Acto Legislativo 02 de 2009 fue demandado en varias ocasiones ante la Corte Constitucional, dentro del término fijado para ello por el artículo 379 superior (un año). Este tribunal se pronunció en dos ocasiones por medio de las sentencias C-574 de 2011 y C-882 de 2011. Es necesario aclarar que si bien los artículos 241 y 379 de la Constitución facultan a la Corte Consti-

tucional a revisar y declarar inconstitucionales las reformas a la Carta Política por vicios de procedimiento, a partir de la Sentencia C-551 de 2003 la propia Corte incorporó el vicio de competencia¹¹ como parte de los vicios de procedimiento (Corte Constitucional de Colombia, C-551, 2003).

La Sentencia C-574 de 2011 analizó una demanda interpuesta que argumentaba que este acto legislativo había incurrido en un vicio competencial, porque el constituyente derivado había desbordados sus funciones y sustituido la Constitución, al quebrantar la autonomía personal como elemento esencial y definitorio de la Carta (Corte Constitucional de Colombia, C-574, 2011). El reproche de la demanda se concentró en la primera oración de la reforma: “El porte y consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica”. En esta oportunidad la Corte esquivó el debate y se declaró inhibida para fallar, porque la demanda se formuló en contra de una proposición jurídica incompleta (Corte Constitucional de Colombia, C-574, 2011). De ese modo, se argumentó que no era posible evaluar si se había sustituido o no la Carta Política, porque el apartado demandado no se puede entender integral y lógicamente por sí solo (Corte Constitucional de Colombia, C-574, 2011).

Sin embargo, antes de llegar a esta conclusión la Corte hizo varias consideraciones, centradas principalmente en interpretar la reforma constitucional con las herramientas de la hermenéutica jurídica (Corte Constitucional de Colombia, C-574, 2011). Una de estas herramientas es la interpretación histórica, que consiste en analizar las propuestas y los debates que surgieron en el proceso de reforma para reconstruir la intención del órgano reformador (Corte Constitucional de Colombia, C-574, 2011). Así, la decisión resumió los intentos de reforma constitucional por parte del gobierno Uribe para prohibir la dosis

11 En las reformas constitucionales, el vicio de competencia parte de la idea de que el poder del constituyente derivado tiene límites, pues no está facultado para derogar o sustituir la Carta Política. En ese sentido, para analizar si el poder de reforma incurrió en un vicio de competencia, el juez constitucional debe revisar si la constitución fue sustituida o no, para lo cual se tienen en cuenta los principios y valores.

personal e hizo un recuento de los principales debates y las modificaciones que tuvo el proyecto en el Congreso. Como resultado de este ejercicio, la sentencia concluyó que durante todo el trámite se observó el contenido de la Sentencia C-221 de 1994 y sus salvamentos de votos (Corte Constitucional de Colombia, C-574, 2011).

Esta decisión también recurrió a la interpretación sistemática, como ejercicio que permite determinar el significado de una norma mediante el entendimiento de todo el orden constitucional. Para este propósito, la Corte interpretó el apartado demandado con la totalidad del Acto Legislativo, así como con el resto del artículo 49 y este con el resto de la Constitución. La decisión reiteró que la prohibición del porte y consumo no se puede entender sin la consecuencia jurídica que señala el artículo; es decir, el establecimiento por parte del legislador de medidas y tratamientos administrativos con fines preventivos y rehabilitadores para las PQUD, las cuales siempre requieren del consentimiento informado de la persona (Corte Constitucional de Colombia, C-574, 2011).

La Corte también hizo un ejercicio de interpretación teleológica de la reforma, que consiste en consultar la finalidad o el objetivo de la norma. Allí recordó que el gobierno dijo que el propósito de la reforma constitucional era prohibir, no penalizar, el porte y consumo en la dosis personal. Desde la interpretación literal, la decisión reiteró que los términos *estupefacientes* y *psicotrópicos* se pueden definir desde los instrumentos internacionales ratificados por Colombia, como el Convenio de Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971, así como por las definiciones de la Ley 30 de 1986 (Corte Constitucional de Colombia, C-574, 2011). La Corte apuntó que si bien la prohibición parece absoluta, no lo es porque estaría limitada al establecimiento de las medidas administrativas, que siempre requieren el consentimiento informado de la PQUD. Es decir, al concluir que la prohibición no es absoluta, la Corte declaró que los derechos de las PQUD (dentro del que se encuentran el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de asociación y la personalidad jurídica) no pueden ser vulnerados por normas que pretendan im-

poner medidas para atender el uso de drogas, como el código de policía.

Con todo, en cada uno de estos ejercicios la Corte es enfática en que no se puede concluir si la reforma al artículo 49 sustituyó o no la Constitución, porque los demandantes no formularon la proposición jurídica completa; la demanda solo reprochó el supuesto de hecho (la prohibición) y no tuvo en cuenta la consecuencia jurídica (el establecimiento de medidas de índole administrativo) (Corte Constitucional de Colombia, C-574, 2011). En ese sentido, la demanda no cumplió con el principio de suficiencia, por lo que la decisión fue inhibitoria.

En cambio, en la Sentencia C-882 de 2011 la Corte resolvió un cargo de inconstitucionalidad formulado en contra de este Acto Legislativo por la supuesta omisión de realizar consulta previa. La demanda afirmó que, en la medida que la hoja de coca es calificada por la Convención Única como un estupefaciente, prohibir el porte y consumo afectaría los derechos de las comunidades indígenas que consumen esta planta, razón por la cual se debió surtir el proceso de consulta previa con estas comunidades (Corte Constitucional de Colombia, C-882, 2011). Por tanto, en esta oportunidad se cuestionó si el trámite de esta reforma constitucional estuvo viciado, al contener una medida legislativa que afecta directamente a las comunidades indígenas del país y que no les fue consultada.

Esta decisión reiteró que en la sentencia que revisó la constitucionalidad de la Ley 67 de 1993 —que aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988— se recordó que no puede confundirse la cocaína y la hoja de coca, ni es posible igualar los usos lícitos de esta planta por parte de las comunidades indígenas con el uso para la producción de cocaína (Corte Constitucional de Colombia, C-176, 1994). Se enfatizó en que el consumo de hoja de coca por parte de estas comunidades está amparado por el artículo 7 constitucional, de modo que la persecución al narcotráfico no puede desconocer la identidad cultural de las comunidades indígenas (Corte Constitucional de Colombia, C-882, 2011).

En esta ocasión, la Corte Constitucional concluyó que el Acto Legislativo 02 de 2009 no afecta directamente a las comunidades indígenas y, por tanto, no requería de la realización de consulta previa (Corte Constitucional de Colombia, C-882, 2011). Para llegar a esta conclusión, la Corte —al igual que en la Sentencia C-574 de 2011— hizo una interpretación histórica, teleológica y sistemática de la reforma. Así, concluyó que la reforma solamente proscribe el uso y consumo de drogas con el fin de prevenir y atacar la drogadicción como enfermedad y problema de salud pública. Además, se dijo que esta prohibición no era aplicable a las comunidades indígenas cuando el porte y consumo estaba asociado a sus prácticas ancestrales, pues la reforma se refirió al derecho a la salud y no intervino las cláusulas constitucionales sobre la autonomía de las comunidades indígenas (Corte Constitucional de Colombia, C-882, 2011).

Respecto a la interpretación literal de la reforma, la sentencia reiteró que los términos “estupefacientes y sicotrópicos” se puede definir a nivel nacional a partir de la Ley 30 de 1986, mientras que a nivel internacional los conceptos de estos términos se encuentran en la Convención Única de Estupefacientes de 1961 y en la Convención sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971, así como en sus listas anexas (Corte Constitucional de Colombia, C-882, 2011). La decisión anotó que la hoja de coca estaba clasificada como una sustancia estupefaciente dentro de la lista I de la Convención Única, por lo que, en principio, desde una interpretación literal estaría prohibido el porte y consumo de hoja de coca. Igualmente, se reiteró que la prohibición constitucional se aplica para la drogadicción como problema de salud pública y no tiene consecuencias de tipo sancionatorio. De ese modo, la prohibición del artículo 49 no es absoluta, pues se ve limitada por las disposiciones que la acompañan y que la delimitan en el marco de la salud pública (Corte Constitucional de Colombia, C-882, 2011).

Desde una interpretación histórica y teleológica, la Corte afirmó que la finalidad de la reforma

fue prohibir el porte y consumo de sustancias estupefacientes y sicoactivas para prevenir y combatir la adicción como

enfermedad, así como para frenar el comercio ilegal de sustancias para el consumo como adicción, en el marco de una preocupación desde la salud pública (Corte Constitucional de Colombia, C-882, 2011).

De acuerdo con la Corte, el objetivo del proyecto de acto legislativo era proteger el derecho fundamental a la salud y combatir la drogadicción, mas no limitar los derechos a la identidad cultural o a la libertad religiosa de las comunidades indígenas (Corte Constitucional de Colombia, C-882, 2011). Así mismo, desde una interpretación sistemática del artículo 49, la Corte Constitucional concluyó que la prohibición que contiene este artículo no es aplicable a las costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas, porque esta se dirige específicamente al porte y consumo en el marco de la drogadicción como problema de salud pública. En ese sentido, si bien la reforma instituyó una prohibición —respecto a la cual no fijó explícitamente la consecuencia de su incumplimiento—, al referirse a la imposición de medidas administrativas que deberá adoptar el legislador, esto delimitó tales consecuencias exclusivamente a este tipo de medidas (Corte Constitucional de Colombia, C-882, 2011).

Con todo, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del Acto Legislativo 02 de 2009, porque no era necesario consultarles previamente ya que esta reforma no afecta directamente a las comunidades indígenas (Corte Constitucional de Colombia, C-882, 2011). Desde una lectura sistemática, el artículo 49 se debe interpretar a partir de las disposiciones constitucionales que desarrollan el respeto y la protección a la diversidad étnica y cultural. En ese sentido, se dijo que las preocupaciones de salud pública que suscitaron la reforma constitucional no son suficientes para limitar las prácticas culturales de los pueblos indígenas (Corte Constitucional de Colombia, C-882, 2011).

En síntesis, la Corte Constitucional interpretó que la reforma al artículo 49 no contiene una prohibición absoluta, pues esta restricción debe entenderse considerando el resto del contenido del acto legislativo y de la propia constitución. Así, la restricción está sujeta a la imposición de medidas administrativas de carácter pedagógico, profilácticas y rehabilitadoras que,

además, deben contar con la aceptación por parte de las PQUD. En ese sentido, como la reforma se sustentó en el consumo problemático de drogas como un asunto de salud pública, esta no es aplicable a otros asuntos, como el consumo de sustancias psicoactivas por parte de comunidades indígenas, que está protegido por la constitución y no se configura como un asunto de salud pública.

La interpretación directa de este acto legislativo profundizó la distinción entre prohibición y penalización, porque si bien la norma no determinó las consecuencias jurídicas de la restricción, al referirse a renglón seguido a la imposición de medidas administrativas, la Corte dispuso que las consecuencias de incumplir esta prohibición son exclusivamente a este tipo de medidas. Por tanto, no se pueden imponer sanciones a partir de dicha prohibición. Con todo, la Corte también reconoció los otros fines que se pretendía alcanzar con la reforma constitucional, como frenar el comercio ilegal de sustancias psicoactivas, incluido, entre otros, el microtráfico. Finalmente, la Corte admitió que los términos “sustancias estupefacientes y sicotrópicas” deben entenderse de acuerdo con los instrumentos internacionales sobre fiscalización de drogas ratificados por Colombia, así como con la respectiva normatividad interna.

4. La interpretación y los efectos de la reforma al artículo 49 en la jurisprudencia penal y constitucional

Para entender de manera integral el Acto Legislativo 02 de 2009, es necesario profundizar en la interpretación que ha tenido en materia penal y constitucional, así como en los efectos que este tuvo en las decisiones judiciales. Por tanto, en este acápite se realizará un breve recuento de las decisiones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional en las que se interpretó o aplicó esta reforma constitucional. Con ello buscamos mostrar que el ámbito de interpretación actual excluye las conductas que implican enriquecimiento o beneficio económico, pero no el autocultivo y la distribución sin ánimo de lucro.

4.1 La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia¹²

La reforma constitucional que prohibió el porte y consumo de estupefacientes y sicotrópicos tuvo un impacto inesperado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, particularmente en sus decisiones sobre el delito de porte y tráfico de estupefacientes. Entre 2009 y 2011 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, P. 3597, 2011), la Corte tuvo sentencias contradictorias, porque si bien exponían consideraciones que abogaban por el libre desarrollo de la personalidad, estas no se reflejaban en las decisiones (Filomena & Uprimny, 2020, p. 192). En 2014 la Corte emitió una decisión que sistematizó su jurisprudencia y además explicó que a partir de la Sentencia C-221 de 1994 —como ya se mencionó— el porte de dosis para fines personales, en las cantidades establecidas por la ley, es una conducta impune porque no afecta bienes jurídicos ajenos (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, P. 33409, 2014).

En el mismo año, la Sala Penal, en otra decisión, cambió su jurisprudencia. La Corte dispuso que hasta el momento se hacía una distinción en el tratamiento penal de la conducta de porte de sustancias psicoactivas cuando se supera la cantidad de droga permitida, basada precisamente en la cantidad. Si se portaba una cantidad que sobrepasaba ligeramente la dosis permitida, la presunción de antijuridicidad material era relativa; es decir, se permitía desvirtuar la acusación del delito con la prueba de que su finalidad era el consumo propio, y al desvirtuarse se tiene por impune tal conducta. Mientras tanto, si el porte excedía significativamente la dosis permitida, se presumía absolutamente el riesgo a los bienes jurídicos, como la salud pública. Al ser una presunción de derecho o absoluta, no puede desvirtuarse, por lo que esta conducta se sancionaba penalmente.

La Corte varió su jurisprudencia y adoptó otro criterio: el delito de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes es un delito de peligro abstracto, por tanto, en todos los casos la presun-

12 Como se verá, esta sección parte de y actualiza la línea jurisprudencial que se encuentra en Filomena & Uprimny (2020).

ción de antijuridicidad debe admitir prueba en contrario. Esta sentencia tuvo dos aclaraciones de votos de magistrados que interpretaron que, a partir del Acto Legislativo 02 de 2009, el porte de cualquier cantidad de drogas para el consumo personal es una conducta atípica¹³, pues la reforma dispuso que los usuarios de drogas solo podían ser objeto de medidas pedagógicas, profilácticas o terapéuticas (Filomena & Uprimny, 2020, pp. 196-197).

Luego, en 2015 se produjo una sentencia que resolvió un problema jurídico sobre la calificación penal de portar una planta de marihuana recién arrancada, pues se debatió si se trata del delito de tráfico o de conservación y financiación de plantaciones. La calificación en este caso era fundamental para la resolución del caso, porque varias disposiciones de la Ley 30 de 1986 habilitaron la siembra y tenencia legal de hasta veinte plantas de las que puede extraerse sustancias psicoactivas (Ley 30, 1986, art. 2, lit. ñ y art. 32). En esa ocasión, para resolver el caso la Corte acudió al Decreto 3788 de 1986, que reglamentó el Estatuto Nacional de Estupefacientes e incluyó en la definición de planta al ser orgánico que ha sido arrancado de la tierra o del cual se conservan sus hojas (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, P. 44891, 2015). Esta decisión, junto con las disposiciones de la Ley 30 de 1986, son las bases fundamentales para que los autocultivadores de cannabis tengan la garantía y el derecho a cultivar y conservar la producción restante del cultivo.

En 2016 la jurisprudencia de la Corte Suprema varió de nuevo, al resolver un caso desde el análisis de la atipicidad de la conducta y no desde la antijuridicidad (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, P. 41760, 2016). Este cambio se sustentó en la reforma al artículo 49 constitucional, bajo el razonamiento de que la atipicidad de la conducta dependía de la finalidad del consumo, lo que puede desvirtuarse en cada caso (Filomena & Uprimny, 2020, p. 199). Esto quiere decir que la ti-

13 De acuerdo con el *Diccionario panhispánico del español jurídico*, la atipicidad se define como: “cualidad de una conducta de no ser típica, es decir, de no encajar en un tipo penal de delito” (Real Academia de la Lengua Española, s. f.-b). Esto puede ocurrir porque la conducta no cumple con todos los requisitos exigidos en la ley, o porque materialmente esta no encaja en el sentido y finalidad de la norma.

picidad de la conducta estaba marcada por la intención de venta y lucro. Paradójicamente, la reforma constitucional fue tomada como un criterio interpretativo que favoreció los derechos de las personas, pues la atipicidad es una causal de preclusión del proceso penal o extinción de la acción penal (p. 198). Además, porque posteriormente la Corte Suprema aclaró que le corresponde a la Fiscalía probar cada uno de los elementos penales de tráfico de estupefacientes, en particular que el porte tenía la intención de traficar o comerciar las sustancias (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, P. 44997, 2017)¹⁴.

Durante años el porte para fines diferentes al consumo personal fue sancionado penalmente, incluso si este era con el ánimo de compartir la droga con otra persona a título gratuito, pues se consideraba que esta conducta ponía en riesgo la salud de la otra persona (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, P. 49421, 2018). No obstante, en 2023 la Corte Suprema de Justicia adoptó una decisión que reconoció que el porte de dosis para consumo compartido es una conducta atípica (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, P. 60332, 2023)¹⁵. Allí se dijo que había casos en los que exceder los límites de la dosis personal no responde necesariamente al consumo personal, sino que puede deberse a otros factores que no son representativos de afectación a la salud pública, como el abastecimiento o el consumo de dosis compartida (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, P. 60332, 2023). Entre estas circunstancias, la Corte reconoció que existen casos en los que el portador de la droga no pretende un suministro generalizado de droga a sujetos indeterminados, sino que busca suministrar y compartir esta sustancia, sin ánimo de lucro, a un estrecho círculo de personas con quienes hay una relación personal, permanente o cir-

14 En una sentencia del año siguiente, la Corte Suprema de Justicia determinó que la casación era procedente en los casos en que los acusados se allanaron a los cargos, sin que en el proceso se hayan acreditado pruebas de que la droga estaba destinada a la comercialización (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, P. 46848, 2018).

15 Esta decisión se tomó en un caso de una mujer que intentó ingresar una cantidad de droga que superaba ligeramente la dosis personal a un establecimiento carcelario cuando le pretendía realizar una visita a su pareja.

cunstantial (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, P. 60332, 2023). Esto permite concluir que ciertas conductas sin ánimo relacionadas con distribución para un determinado grupo de personas no se encuentran en el ámbito penal y podrían constituir una vía de regulación para acceder a través de los denominados CSC, respetando la prohibición del artículo 49 siempre y cuando se excluya la comercialización con fines de lucro.

Así, la Corte Suprema de Justicia reconoció que existen formas de suministro que no encajan dentro del estructura típica del delito de tráfico de estupefacientes; por ejemplo, el suministro entre adultos, como acto libre, voluntario y horizontal, especialmente en relaciones de confianza y responsabilidad mutua (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, P. 60332, 2023), lo que es, en últimas, un llamado de la Corte Suprema para implementar modelos que tiendan a la reducción de riesgos y daños. De esa manera, el consumo compartido se equipara con el uso personal, debido a la autonomía y espontaneidad de los consumidores y a su relación horizontal (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, P. 60332, 2023). En estos supuestos, el peligro generado a la salud es meramente individual y no alcanza el carácter público, que es un atributo del bien jurídico protegido por el delito: la salud pública (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, P. 60332, 2023).

4.2 La jurisprudencia de la Corte Constitucional

En 2011, el artículo 11 de la Ley 1453 reformó la redacción del delito de “tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (artículo 376 Código Penal)”, eliminando la expresión “salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal”. Este artículo fue demandado ante la Corte Constitucional, bajo el argumento de que la supresión de esta expresión tipificaba el porte de la dosis personal como delito, bajo la modalidad prevista en el artículo 376 del Código Penal de “llevar consigo” (Corte Constitucional de Colombia, C-491, 2012).

La Corte Constitucional resolvió esta demanda en la Sentencia C-491 de 2012, y declaró la constitucionalidad del artículo 376 del Código Penal, modificado por el artículo 11 de la Ley 1453

de 2011; aún así, condicionó su interpretación a que el porte de sustancias estupefacientes, sicotrópicas o de drogas sintéticas en una cantidad considerada como dosis para uso personal no se calificara como delito (Corte Constitucional de Colombia, C-491, 2012). Para llegar a esta conclusión, la sentencia hizo varias consideraciones, que se anotan en seguida. La decisión reiteró que la reforma al artículo 49 constitucional, el cual —de acuerdo con las dos sentencias de la Corte Constitucional que lo revisaron— no ampara la penalización del porte y consumo de estupefacientes en su dosis personal, pues su propósito era la protección de las PQUD mediante medidas administrativas (Corte Constitucional de Colombia, C-491, 2012).

De otra parte, la Corte hizo un recuento de la jurisprudencia generada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia hasta la fecha; allí recordó que el bien jurídico que protege el delito en cuestión es la salud pública, así como el orden socioeconómico y la seguridad pública. Igualmente, se mencionó que para la Corte Suprema de Justicia el porte y consumo de la dosis personal no son comportamientos idóneos para afectar estos bienes jurídicos. De ese modo, para la Corte Constitucional interpretar que el artículo 376 del Código Penal penaliza el porte y consumo de la dosis mínima contraría el principio de proporcionalidad y prohibición de exceso en materia penal (Corte Constitucional de Colombia, C-491, 2012).

La decisión concluyó que la modificación hecha al artículo 376 del Código Penal no puede interpretarse como una nueva penalización de la dosis personal, pues como categoría jurídica esta sigue vigente (literal j del artículo 2 de la Ley 30 de 1986) y aún subsisten los mandatos constitucionales que sustentaron la despenalización. Además, porque la reforma al artículo 49 no introdujo un nuevo parámetro constitucional aplicable al porte de drogas en cantidades definidas como dosis personal (Corte Constitucional de Colombia, C-491, 2012). De todas formas, la decisión aclaró que cuando el porte de drogas tiene el propósito de comercializar o traficar, incluso si es dentro de los límites de la dosis personal, la conducta será penalizada porque tiene el

potencial de afectar la salud pública, entre otros (Corte Constitucional de Colombia, C-491, 2012).

Más adelante, en la Sentencia C-253 de 2019¹⁶, la Corte Constitucional dijo que la reforma de 2009 introdujo una protección especial contra el consumo de sustancias psicoactivas en el contexto de la salud pública, así que en vez de limitar el libre desarrollo de la personalidad, se expandió este derecho al ámbito de la salud pública (Corte Constitucional de Colombia, C-253, 2019). Se dijo también que para la Corte los intentos fallidos de reformar el artículo 16 superior demuestran que el Congreso decidió proteger la sentencia de la Corte Constitucional que despenalizó el porte y consumo en su dosis mínima (Corte Constitucional de Colombia, C-253, 2019). Esta decisión agregó que el artículo 49 constitucional no puede ser leído de manera aislada al resto de la Constitución, y al ser una norma que establece reglas respecto al derecho a la salud, debe ser aplicado dentro de esta perspectiva (Corte Constitucional de Colombia, C-253, 2019). En ese sentido, “no es una regla que tenga funciones, por ejemplo, en materia de derecho policivo” (Corte Constitucional de Colombia, C-253, 2019).

Posteriormente, el artículo 376 del Código Penal fue demandado nuevamente. En esta ocasión se argumentó que al regular el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, el Legislador no consideró que, dada la despenalización de la do-

16 Esta es la primera sentencia de la Corte Constitucional que incorporó en el análisis de constitucionalidad el contenido de las Guías (Directrices) Internacionales sobre Derechos Humanos y Políticas de Drogas. Sobre estas, la Corte resaltó que coinciden con los mandatos de la Constitución colombiana. Particularmente, la decisión reiteró los principios de interpretación de los tratados de fiscalización internacional de drogas, según los cuales estos no pueden interpretarse con el objeto de violar los derechos o las libertades garantizados por los tratados de derechos humanos. Además, cualquier limitación que se imponga a estos derechos debe ser sometida a un test de necesidad. En esa ocasión la Corte declaró la inconstitucionalidad de dos artículos del Código de Policía, que prohibían el consumo de licor y otras sustancias psicoactivas en el espacio público. La Corte concluyó que estas medidas, como limitaciones al libre desarrollo de la personalidad, no eran razonables constitucionalmente, porque imponían una prohibición amplia y genérica. Además, porque estas medidas no eran un medio necesario y, en ocasiones, no resultaban idóneas para alcanzar los fines buscados.

sis personal, se debía satisfacer la faceta de acceso legal y seguro a tales sustancias, de modo que se garantizara la venta, el ofrecimiento y la distribución. De esa manera, se dijo que esta disposición estaba afectada por una omisión legislativa relativa¹⁷. En este caso, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-404 de 2022, no resolvió esta demanda de fondo, porque se declaró inhihida para fallar, ya que los cargos propuestos no cumplieron con los requisitos de especificidad, pertinencia y suficiencia. Pese a esto, al analizar la aptitud de la demanda, la Corte realizó varias consideraciones sobre el alcance del artículo 49 y del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes que consideramos importante anotar.

En cuanto a la reforma al artículo 49, se reiteró que esta tuvo un enfoque de salud pública y que se adoptó al considerar el uso de drogas como una enfermedad que afecta el derecho a la salud y requiere la acción estatal (Corte Constitucional de Colombia, C-404, 2022). Así mismo, se dijo que dicha reforma tenía el propósito de adoptar una estrategia para combatir el comercio ilícito de dichas sustancias. En esta decisión se reiteró que la prohibición que allí se dispuso no es absoluta, sino que busca atender el uso problemático de drogas (drogadicción) y la necesidad de formular una política de prevención y rehabilitación. Además, se puntualizó que una interpretación constitucional de esta prohibición debe tener en cuenta la protección y garantía de otros derechos y principios, como la autodeterminación de los pueblos étnicos.

En ese sentido, la Corte destacó que la prohibición incluida en el artículo 49 constitucional tenía un carácter específico y

17 Una omisión legislativa relativa ocurre cuando en su labor de expedición de normas el Congreso excluye u omite un contenido, pese a un mandato constitucional. A diferencia de los supuestos, en los que no existe una norma (omisión legislativa absoluta), la Corte Constitucional es competente para revisar los supuestos de omisión legislativa relativa. Según la propia jurisprudencia constitucional, las normas contienen este tipo de omisiones, cuando se compromete el principio de igualdad por favorecer a un grupo en perjuicio de otro o cuando se excluye a ciertas personas de un beneficio que se le otorga a otras. También se ha reconocido la omisión legislativa absoluta en aquellos casos en los que la norma no incorpora un elemento o condición que es esencial para cumplir un deber o mandato constitucional.

restringido, y reiteró que su propia jurisprudencia había reconocido que el Acto Legislativo 02 de 2009 no incidió en las reglas jurisprudenciales de esta corporación¹⁸. Respecto al alcance del artículo 376 del Código Penal, la Corte hizo un recuento de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que el delito allí consagrado solo se configura en los casos que, sin importar la calidad del sujeto y la cantidad de droga encontrada, el propósito o la destinación del porte no era el consumo o aprovisionamiento personal (Corte Constitucional de Colombia, C-404, 2022). Luego, al referirse a la ineptitud de la demanda, la sentencia afirmó que el artículo demandado permite entender que quien cuente con autorización del Estado para realizar las conductas descritas como delito no incurrirá en este tipo penal (Corte Constitucional de Colombia, C-404, 2022). Agregó la Corte que:

Esto último, *prima facie*, permitiría afirmar que ante la formulación de una eventual política pública que permita, bajo un régimen de regulación, la realización de alguna(s) de dichas conductas para efectos de satisfacer en condiciones de legalidad y seguridad la dosis de uso personal, tal acción no estaría tipificada (Corte Constitucional de Colombia, C-404, 2022).

En ese sentido, la Corte reconoció que lo que subyace a esta demanda es un reproche al criterio adoptado por la política criminal sobre la materia, pero que esta no es la primera vez que ocurre (Corte Constitucional de Colombia, C-404, 2022). Recordó que en la Sentencia C-420 de 2002 se aclaró que la despenalización del narcotráfico no es un asunto que pueda ser resuelto mediante el control de constitucionalidad, pues le corresponde al titular de la capacidad de configuración normativa penal: el Congreso de la República. Además, reiteró que en dicha ocasión se concluyó que el derecho al libre desarrollo de la personalidad no es absoluto; por tanto, pretender despenalizar el narcotráfi-

18 Para tal propósito, la sentencia reiteró varias consideraciones que realizó en sentencias como C-420 de 2002, C-689 de 2002 y C-252 de 2003, y que por ser previas a la expedición del Acto Legislativo 02 de 2009 no se detallan acá.

co desconoce que detrás de su persecución no solo está la protección a la salud pública, sino también la seguridad y el orden económico y social (Corte Constitucional de Colombia, C-404, 2022). No obstante, la Corte aclaró que tales decisiones se adoptaron antes de la reforma al artículo 49 constitucional (Corte Constitucional de Colombia, C-404, 2022).

Esta decisión, particularmente la afirmación citada, tiene un carácter contradictorio, pues el análisis que realizó la Corte no se reflejó en su decisión. Pese a sus defectos, el análisis de la demanda interpuesta permite evidenciar la problemática de orden constitucional que plantea, especialmente en relación con los derechos de las PQUD a políticas de acceso y reducción de daños, que se funden en evidencia y tengan un enfoque de derechos humanos (Jiménez Ospina, *et al.*, 2022). No obstante, la Corte emitió un fallo que, si bien es inhibitorio, guardó silencio y se abstuvo de emitir un exhorto al Congreso de la República, para que este regule las condiciones de acceso y las políticas de reducción de daños para las PQUD¹⁹. Así las cosas, la afirmación sobre la posible formulación de una eventual política pública que permita, en un marco de regulación, distribuir sustancias para uso personal pierde sentido en el conjunto de la sentencia.

En 2023, en la Sentencia C-127²⁰, la Corte Constitucional

19 Esta fue la solicitud que le realizamos a la Corte Constitucional desde Dejusticia. Véase: Jiménez Ospina *et al.* [2022].

20 Esta sentencia resolvió una demanda contra los numerales 13 y 14 y contra los mismos numerales del parágrafo 2 del 140 del Código de Policía, que prohibían el porte y consumo de sustancias psicoactivas en varios subconjuntos del espacio público, como parques, zonas históricas y espacios deportivos, entre otros. La demanda reprochó la aplicación de esta prohibición en parques, zonas históricas y de interés cultural porque eran restricciones genéricas. En este caso, la Corte concluyó que las medidas adoptadas por los artículos del Código de Policía demandados son inconstitucionales, porque las restricciones al porte de sustancias psicoactivas no acreditaron que fueran conducentes, mientras que las medidas respecto al consumo no cumplieron con el requisito de necesidad ni eran proporcionales en sentido estricto. No obstante, la decisión declaró la constitucionalidad de estas medidas de manera condicionada, para que las restricciones apliquen para la protección del espacio público y los menores de edad, pero sujetas a las regulaciones que expidan las autoridades locales de policía de acuerdo con sus competencias.

reiteró que el Acto Legislativo 02 de 2009 introdujo una protección al consumo de sustancias psicoactivas en el contexto del derecho a la salud y el acceso a los servicios relativos (Corte Constitucional de Colombia, C-127, 2023). También dijo que esta reforma debía ser leída de manera sistemática con el resto de la Constitución, según lo cual el artículo 49 constitucional contiene reglas relativas al derecho a la salud y no tiene alcances en materia policiva (Corte Constitucional de Colombia, C-127, 2023).

En resumen, la interpretación del Acto Legislativo 02 de 2009 no ha generado choques de trenes entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, a diferencia de otras circunstancias. Las decisiones de la Corte Suprema de Justicia han recogido el razonamiento de la jurisprudencia constitucional y, a su vez, la Corte Constitucional ha reiterado y alimentado sus decisiones con los desarrollos de la jurisprudencia penal al respecto.

En la jurisprudencia penal, la reforma al artículo 49 constitucional se utilizó como un elemento interpretativo favorable que permitió cambiar el análisis dogmático de los casos a partir de la tipicidad. Incluso, esta reforma no impidió que la Corte Suprema hiciera desarrollos garantistas; por ejemplo, declarar como conductas no punibles el porte de la dosis de aprovisionamiento o la dosis compartida. En cambio, la jurisprudencia constitucional reiteró que el Acto Legislativo 02 de 2009 introdujo una protección para las personas con consumo problemático de sustancias psicoactivas, por lo que no es posible penalizar estas conductas (en relación con la dosis personal y otros comportamientos que no son lesivos para la salud pública). En parte, esto se explica porque la reforma constitucional no incidió o modificó algún aspecto del artículo 16 (libre desarrollo de la personalidad), así que la interpretación de esta se adecuó a la jurisprudencia vigente.

Finalmente, los últimos pronunciamientos de la Corte Constitucional demuestran la intención de delimitar el alcance de la reforma constitucional, pues se excluyó que esta restricción tenga aplicabilidad en materia policiva. Inclusive, en una sentencia reciente la Corte sugirió que el legislador podría ex-

pedir una política pública de acceso seguro y legal a sustancias psicoactivas para satisfacer la demanda de dosis personal. Sin embargo, este pronunciamiento es insuficiente, pues fue una consideración de paso en una sentencia inhibitoria, por lo que no tiene mayores efectos vinculantes.

Así, pese a que haya un consenso en la jurisprudencia constitucional de mantener y ampliar cada vez más la despenalización de ciertas conductas, es claro que la normatividad constitucional actual no permitiría habilitar un gran mercado de ninguna sustancia psicoactiva. En cambio, la jurisprudencia de la Corte siempre ha dicho que el artículo 49 no penaliza el porte y uso de drogas. Particularmente, en las sentencias se establece como regla para determinar el perímetro de la prohibición constitucional el criterio normativo del artículo 376 del Código Penal, que sí penaliza once conductas relacionadas con el tráfico de estupefacientes cometidas con el ánimo de lucro y comercialización.

Ahora bien, si interpretamos sistemáticamente las decisiones tanto de la Corte Suprema como de la Constitucional, esta es una ventana de oportunidad para generar una vía de acceso legal que excluye estrictamente la comercialización con ánimo de lucro. En cierto sentido, se podría habilitar un marco legal que reglamente la distribución del cannabis por medio del autocultivo o los CSC, una vía que exploraremos más adelante.

4.3 Una breve declaración sobre el lenguaje de la jurisprudencia respecto a las personas que usan drogas

En este recorrido jurisprudencial también se puede evidenciar que al referirse al consumo de sustancias psicoactivas, la mayoría de las sentencias, si no todas, parten de un abordaje que generaliza todo uso de drogas como enfermedad; tienen una mirada que vuelve patológica la conducta humana de usar drogas y que resulta en estigmatización. Las decisiones de la Corte Constitucional relativas al Acto Legislativo 02 de 2009 mencionan rutinariamente la necesidad de dichas normas de proteger a la sociedad de la “drogadicción”, detrás de lo cual está

la premisa errada de que todo uso es automáticamente un uso desbordado, y que además la manera de “combatir” dicho mal es la prohibición. A todo ello subyace una visión paternalista del Estado, donde su papel es evitar que sus ciudadanos “caigan” en este “flagelo”.

Lo mismo ocurre con las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que, pese a su carácter novedoso y garantista, ha analizado y abordado la mayoría de los casos de casación que conoce desde un sesgo y lenguaje estigmatizante. Al referirse al problema del consumo de cannabis y otras sustancias, la Corte afirmó que este “genera en la persona problemas de adicción y esclavitud que lo convierten en un enfermo compulsivo (en variedad de intensidades)” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, P. 31531, 2009). Así mismo, al referirse a la acción de portar dosis de aprovisionamiento, se refirió al consumo en las personas como una “condición de afectación de su voluntad y limitaciones a su capacidad de autodeterminación [que] despliega comportamientos orientados a la consecución de la droga con la cual puede calmar sus apetencias (no ilimitadas)” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, P. 31531, 2009).

En todo caso, cabe subrayar que según el Comité DESC (2000), en su Observación General n.º 14, el derecho a la salud no es solamente el derecho a estar libre de enfermedad, una situación que es imposible de lograr en términos absolutos, sino el derecho a tener el más alto nivel posible de salud, lo que incluye libertades y garantías para tomar decisiones sobre el propio cuerpo y el bienestar de cada individuo. Sobre esto, es importante precisar que el uso personal de drogas hace parte de estas libertades. Sin embargo, la Corte parte de un supuesto erróneo: que todo uso es inevitablemente adicción y, consecuentemente, enfermedad. Al respecto, el debate es más profundo de lo que podemos abarcar aquí, pero planteamos algunos elementos para problematizar estos supuestos.

El primero es que el uso problemático de drogas (conocido como adicción) afecta a una minoría de las personas que las usan. Para 2021, “39,5 millones de personas en todo el mundo padecían

trastornos por consumo de drogas” (UNODC, 2023, p. 19), lo que corresponde al 13 % del total de la población estimada que usa drogas a nivel mundial. Esto contradice la narrativa popular según la cual quien prueba drogas tan solo una vez se volverá adicto a la sustancia. El segundo es que la relación de un individuo con las sustancias ilegales es mejor comprendida en un espectro que en un binario. Se ha detectado, por ejemplo, que quienes experimentan con sustancias ilegales durante la adolescencia y los 20 eventualmente dejan de usarlas sin que medie tratamiento, más bien como parte del tránsito mismo a la adultez (Heyman, 2013). Así mismo, está demostrado que hay un vínculo importante entre experiencias traumáticas en la infancia y el desarrollo de un consumo problemático (Szalavitz, 2016, p. 65). Esto demuestra que no es la sustancia en sí misma la que hace “caer” a una persona en la enfermedad de la adicción, sino un conjunto de factores y circunstancias relacionadas con edad, antecedentes de salud mental, contextos de uso, entre varios más.

Por otra parte, y considerando que la prevención del uso problemático de drogas es una meta legítima, es importante cuestionar si la prohibición, las sanciones policivas o el delito de tráfico de estupefacientes son estrategias eficientes para alcanzar este fin. Si bien las decisiones de las cortes han respetado el núcleo esencial de la dosis personal y el libre desarrollo de la personalidad, normas subsiguientes han introducido sanciones administrativas al consumo. Se ha demostrado que estos elementos son contraproducentes para aquellas personas que en efecto padecen de un consumo problemático. La evidencia apunta a que la amenaza de la sanción y el estrés causado por esta alejan a las personas de los servicios sociales y de salud que serían necesarios para atender el consumo problemático que atraviesan²¹.

Sin embargo, las decisiones de la Corte a menudo acuden a una idea confusa entre las sustancias y su uso. Bajo esta mirada, toda persona que entra en contacto con las drogas ilegales

21 Al respecto, estudios desarrollados en Estados Unidos y Canadá han demostrado que el encarcelamiento de personas que usan drogas reduce entre un 20 % y 50 % la probabilidad de recuperación. Ver Pereira Arana & Ramírez Bolívar, pp. 70-71.

es automáticamente un adicto. De esta realidad se desprenden varios posibles caminos para el Estado, incluyendo la necesidad de ofrecer tratamiento, garantizar el acceso a la sustancia que se necesita para evitar el síndrome de abstinencia y también imponer medidas rehabilitadoras y profilácticas. Pero cabe preguntarse: ¿qué se previene y de qué se rehabilita? Si reconocemos, tal como nos dice la evidencia, que la mayoría del uso no se transforma en una adicción, y por tanto no hay nada qué rehabilitar, estamos ante una disonancia entre la realidad y la construcción que hace la Corte de la persona que usa drogas.

En suma, se parte de que hay una población que proteger de manera general de la “drogadicción”. No obstante, la prohibición es una respuesta innecesaria para la mayor parte de la población que usa drogas, pues se desconoce que para la mayoría de las personas su relación con las drogas está regulada de manera funcional y responsable, tal como ocurre con quienes usan alcohol de manera ocasional y controlada. Finalmente, cabe resaltar que al referirse a las personas que portan o usan sustancias psicoactivas, la jurisprudencia penal más reciente también se ha referido a consumidores ocasionales o recreativos, incluso experimentales, lo que es un avance, pese a que aún se replican términos estigmatizantes como *adicto* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, P. 54041, 2019).

5. La necesidad de la reforma y las formas de avanzar sin ella

A lo largo del texto hemos descrito los precedentes jurisprudenciales que justifican la no criminalización del uso y porte de drogas. A pesar de que el texto constitucional establece que el porte y consumo está prohibido, tal prohibición no se puede interpretar de manera absoluta. Incluso, basados en el principio de que ningún artículo de la constitución debe ser interpretado para vulnerar derechos humanos, tenemos que argumentar que la prohibición tiene excepciones. Esto se manifiesta incluso en el hecho de que el mismo artículo menciona la necesidad del consentimiento de la PQUD para adoptar las medidas que trata el resto del inciso del artículo 49.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional siempre ha dicho que el artículo 49 no penaliza el porte y uso de drogas. En la Sentencia C-404 de 2022 se estableció como regla para determinar el perímetro de la prohibición constitucional el criterio normativo del artículo 376 del Código Penal, que sí penaliza once conductas relacionadas con el tráfico de estupefacientes que se cometen con el ánimo de lucro. Si interpretamos sistemáticamente las decisiones de las cortes Suprema y Constitucional, se puede encontrar una ventana de oportunidad para generar una vía de acceso legal que excluye estrictamente la comercialización con ánimo de lucro; es decir, es posible habilitar un marco legal que reglamente la distribución del cannabis por medio de los CSC y el autocultivo (del que hablaremos en otra ocasión). En esta sección explicamos los argumentos que se han expuesto sobre la necesidad de hacer una reforma constitucional, los escenarios que enfrenta la regulación del cannabis de uso adulto y el concepto de clubes sociales que cabe en el marco constitucional, como forma de destrabar el engranaje normativo sin reformar el artículo 49.

5.1 Argumentos sobre la necesidad y conveniencia de la reforma al artículo 49

Dentro de las organizaciones de la sociedad civil que promueven la regulación del uso adulto del cannabis persiste el debate sobre la necesidad y conveniencia de la reforma al artículo 49 de la Constitución, particularmente con la expresión “el porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido”, pues impide habilitar la creación de un mercado de producción, distribución y comercialización de cannabis para uso adulto. En medio de la discusión del proyecto de Acto Legislativo 02/22 Cámara y 33/22 Senado (que finalmente no obtuvo la cantidad de votos suficiente para ser aprobado), un grupo de organizaciones emitió un comunicado en el que afirmaba que “el proyecto debería eliminar simplemente la barrera dispuesta en el artículo 49, a fin de dar seguridad jurídica al eventual marco regulatorio” (Coalición de Acciones Para el Cambio *et al.*, 2023),

sin embargo, existen posturas que califican la reforma como conveniente pero no necesaria²².

En un foro celebrado por el Centro de Estudios sobre Seguridad y Drogas (CESED) en la Universidad de los Andes (CESED, 2022), el profesor Aquiles Arrieta afirmó justamente que modificar el artículo 49 “es tan conveniente que parece necesario”. Para Arrieta, aceptar lo contrario es peligroso, ya que supone “empezar a regalar el sentido del texto que ya por orden constitucional de la Corte Constitucional es distinto” (1:06:48) y tiene un alcance más garantista. Lo que sí es importante reconocer es “la conveniencia para que el texto sea claro; sea fácil de entender qué es lo que se está diciendo sobre todo [para que las] personas que van a hacer inversiones” (1:23:04) puedan tener seguridad jurídica, al igual que los administradores públicos que van a tomar decisiones en ese mercado regulado.

Su argumentación inicia considerando que la respuesta que dio el presidente Uribe a la Sentencia C-221 de 1994 no pudo modificar el artículo 16 de la constitución (libre desarrollo de la personalidad), sino que solo pudo intervenir a partir de un proceso legislativo al artículo 49 (derecho a la salud). Así, lo que se legisla “es del derecho a la salud, y sus interpretaciones, respecto a la restricción de la libertad tienen que tener en cuenta que el Congreso nunca lo aceptó restringiendo la libertad, sino salud”. Cuando se demandó el texto aprobado en el Acto legislativo 02 de 2009, el argumento central de la demanda era que esa reforma consistía en una “sustitución porque est[aba] alterando y cambiando la libertad”. Sin embargo, la Sentencia C-574 de 2011 declaró que la reforma era un poco más generosa que la interpretación que daba la demanda, porque estableció la excepción de la prescripción médica, al punto que su primer desarrollo fue la ley que reglamentó la marihuana medicinal.

De acuerdo con Arrieta, basada en una interpretación histórica, teleológica y sistemática del artículo 49, la Corte Constitucional reconoció una redacción sutil, porque habla de “sus-

22 No hemos podido encontrar textos donde estén expuestas con mayor detalle; por eso hacemos uso del foro celebrado en la Universidad de los Andes.

tancias estupefacientes o psicotrópicas” y no de “sustancias ilegales”, y las prohíbe solo con “el propósito exclusivo de atacar la drogadicción como un problema de salud pública”, no de afectar la libertad. Supuestamente desde la interpretación teleológica, la Corte Constitucional ha dejado un espacio amplio donde incluso se puede hablar de regulación. Partiendo de la distinción entre sustancias psicoactivas legales e ilegales, Arrieta afirma que son las sustancias ilegales las que están prohibidas y no todas las sustancias psicoactivas, pues de lo contrario se requeriría prescripción médica para consumir alcohol, tabaco o café (que son sustancias psicoactivas). La conclusión de Arrieta es que si bien la Constitución prohíbe el uso de ciertas sustancias, esto no da lugar a una prohibición del mercado de distribución del cannabis, siempre y cuando este cuente con una regulación basada en la legalidad (que puede ser declarada por el legislativo), en el concepto científico de sustancia psicoactiva y en la no necesidad de prescripción médica para el uso de las sustancias legales. Al final, resaltó que para evitar este debate jurídico y no entrar en una situación donde “la norma no dice lo que parece que dice” es conveniente reformar el 49.

Desde nuestro punto de vista, esta postura tiene dos problemas. El primero es que tal argumento omite que la expresión “sustancias estupefacientes y sicotrópicas” del artículo 49 remite directamente a las sustancias controladas que se encuentran en las listas de las convenciones internacionales sobre la materia de 1961 y 1971. Legalizar el cannabis internamente a través de una ley no lo extrae de las listas internacionales y por esa vía podría seguir estando referida en el texto constitucional. El segundo problema consiste en que la interpretación de la Corte Constitucional no cubre todas las actividades o los verbos rectores que implica la comercialización y el ánimo de lucro de un mercado regulado de cannabis de uso adulto. Hay que considerar que dentro de ellas persiste una inseguridad jurídica que podría llevar a la criminalización de los potenciales actores de ese mercado naciente.

5.2 Los escenarios de regulación sin la reforma constitucional

Hasta este punto es claro que consideramos necesario reformar el artículo 49 para solventar todos los problemas jurídicos de la regulación. Sin embargo, el contexto político actual y la relación entre el Gobierno y el Congreso han afectado negativamente las iniciativas presentadas para tal fin. El hundimiento de los proyectos de reforma nos lleva a pensar escenarios en los que la regulación seguirá siendo empujada desde la sociedad civil, el Congreso y el Gobierno nacional. A continuación resaltamos los riesgos políticos y jurídicos de cada uno.

El primer escenario es la “regulación por decreto”. De acuerdo con conversaciones que hemos tenido con diferentes sectores afines a la regulación, podría ocurrir que el Gobierno nacional decida regular el mercado de cannabis de uso adulto a partir de un decreto reglamentario, sin contar con la reforma del artículo 49 y sin expedir una ley (ni siquiera una ley que dé facultades presidenciales), lo que implica una sustitución del marco regulatorio que debería expedir el Congreso. La idea es que el Gobierno tenga la mayor discrecionalidad para crear un mercado sin negociar con los intereses políticos representados en el Congreso, particularmente aquellos de la industria del cannabis medicinal que quiere apropiarse del mercado de uso adulto. Este es el escenario más problemático desde lo jurídico y lo político, debido a que dicha regulación corre el riesgo de ser declarada nula por inconstitucional en el Consejo de Estado, lo que genera una enorme inseguridad jurídica para las personas que participen. Igualmente, puede ser modificada o suprimida por un gobierno posterior que no esté de acuerdo con el marco regulatorio o con algunos aspectos, como el enfoque reparador o la participación de las comunidades rurales que cultivan cannabis. Este escenario, además, genera tensiones políticas con los congresistas que han apostado por la reforma constitucional, y que han dicho en los diferentes trámites que los detalles (las vías de acceso, los impuestos, las garantías para la protección de la población adolescente, etc.) de la regulación se reglamentarán

en una ley, lo que llevaría a un bloqueo en la negociación de futuros cambios en la política de drogas.

El segundo escenario lo podemos denominar una “regulación legislativa sin reforma constitucional”, que es factible considerando que el proyecto de ley 246/22 ya fue aprobado en primer debate por la Comisión Primera de la Cámara de Representantes²³. La aprobación de una ley llevaría el debate jurídico directamente a la Corte Constitucional y quedaría supeditado al fallo que emita este tribunal. Políticamente esto es positivo, pues la discusión no sale del Congreso y hay menor riesgo jurídico que en el anterior, pero no queda claro cómo proteger, más allá de un litigio fuerte en la Corte, a las personas que hagan parte del mercado en caso de que se declare inconstitucionalidad de la ley o ante los efectos de la sentencia. Adicionalmente, este escenario dependerá de la conformación de la Corte al momento que se examine la ley y de la creatividad jurídica para solucionar la mayoría de los problemas jurídicos que hemos expresado en este documento.

El tercer escenario lo denominamos “reglamentación de un piloto de regulación acotado”²⁴, en aplicación de los artículos

23 <https://congresovisible.uniandes.edu.co/proyectos-de-ley/ppor-medio-del-cual-se-regula-el-cannabis-de-uso-adulto-y-se-dictan-otras-disposiciones-regula-el-cannabis-de-uso-adulto/12790/>

24 A partir de 2021 el Parlamento Suizo —a través de una reforma a la ley federal sobre estupefacientes y sustancias psicotrópicas— autorizó el desarrollo de pilotos limitados en el tiempo y algunos cantones para la dispensación legal de cannabis, con el propósito de obtener evidencia científica sobre el posible funcionamiento de un mercado regulado. De acuerdo con el Departamento Federal de Salud Pública, “la ley establece los requisitos que deben cumplirse para llevar a cabo los pilotos y los detalles relativos al procedimiento de solicitud. El objetivo es aumentar el conocimiento sobre las ventajas y desventajas del acceso controlado al cannabis y proporcionar una base científica sólida para posibles decisiones sobre la forma de regular el acercamiento al cannabis”. Según el gobierno suizo, en la actualidad están en marcha siete pilotos en ciudades como Zurich, Lausana, Liestal, Allschwil, Ginebra, Berna, Bienne, Lucerna y Basilea. Aunque no es un caso completamente asimilable a la legislación colombiana, y además se trata de pilotos aprobados por la ley, es interesante resaltar que la regulación no se basa en el uso adulto del cannabis sino en el componente de generación de la evidencia para medir las ventajas y desventajas de dar este paso. Al respecto, ver: Federal Office of Public Health [FOPH], 2024a, 2024b.

3, 5 y 6 de la Ley 30 de 1986, donde el Gobierno (a través del Consejo Nacional de Estupefacientes o de los ministerios competentes) emitiría un decreto que reglamente la posibilidad de llevar a cabo pilotos de regulación de cannabis para uso adulto, amparados en el concepto de uso científico de las plantas y las sustancias. La regulación puede incluir circuitos de acceso a través de autocultivo y clubes cannábicos, o circuitos de acceso de dispensación desde el Norte de Cauca a Bogotá, Cali o Medellín, recolectando información en todas las fases del circuito y vigilando los efectos en la salud a través de encuestas/chequeos voluntarios. El riesgo jurídico es que sea demandado ante el Consejo de Estado o que sea objeto de una acción popular en defensa del derecho a la salud pública. Además, esta opción estira el concepto de uso “científico” casi hasta excederlo, lo que implica también un riesgo político de que se le considere como una regulación a espaldas del Congreso. Aun así, permitiría monitorear y generar evidencia sobre cómo podría funcionar el mercado regulado y dejaría enormes aprendizajes, así como capacidad institucional instalada. Esto nos aleja aún más de un marco legal, pero puede ser un insumo muy poderoso cuando la discusión vuelva al Congreso. Además, este escenario se puede presentar en paralelo con el anterior.

5.3 Acto legislativo y CSC como formas para destrabar

Hay dos escenarios adicionales que vale la pena considerar y que se pueden retroalimentar para generar una regulación con mayor solidez jurídica y política; los incluimos en esta sección porque plantean soluciones a las trabas que encontramos. El primero es un “nuevo *round* de la reforma constitucional”, que tiene mérito en su trámite y puede convocar a un compromiso más fuerte y decidido tanto del Gobierno como de las bancadas afines en el Congreso, mientras en paralelo el Gobierno crea una comisión de redacción de la ley que involucre un alistamiento multisectorial de la regulación y un cronograma de trabajo juicioso. Este es el escenario más seguro, pues la regulación no depende de la decisión de la Corte Constitucional y a la par que

se da el debate político se fortalecen las capacidades técnicas del Gobierno. Los problemas están más relacionados con los tiempos y el vaivén político, además de que se mantiene la incertidumbre por las mayorías que logre construir el Gobierno.

El segundo es una regulación a partir de una ley basada en el autocultivo y los CSC como organizaciones sin ánimo de lucro. Vamos a ahondar en esta opción, pues creemos que incluso sin la reforma constitucional es viable en términos jurídicos y que, además, puede cumplir con varios objetivos que hemos considerado para el modelo de regulación de cannabis de uso adulto. Para comenzar, los CSC son asociaciones privadas de personas que usan o producen cannabis colectivamente y lo distribuyen sin ánimo de lucro entre sus miembros adultos, lo que evita el aprovisionamiento del mercado ilegal (Decorte, 2015, pp. 122-130). Se puede decir que son una respuesta a las leyes nacionales o subnacionales, a las sentencias judiciales y a lagunas normativas del uso personal de drogas, que no en todos los casos atienden el uso recreativo. Se sabe que existen en la zona gris en Argentina, Chile, Bélgica, España e incluso en Colombia, pero Uruguay es el único país que cuenta con una regulación legal de los clubes cannábicos. Allí el número de afiliados debe ser entre 15 y 45, la plantación está limitada a 90 plantas, y la cantidad de producción y acopio no puede superar los 480 gramos anuales por socio (Instituto de Regulación y Control de Cannabis [IRCA], 2024).

Algunos clubes surgieron del activismo cannábico o de la relación cultural con la planta, pero el esquema evolucionó hacia algo parecido a lo siguiente: un grupo de personas en uso de las libertades de asociación y del libre desarrollo de la personalidad se juntan a cultivar cannabis, para lo cual algunas aportan trabajo y otras una cuota en dinero (anual por la membresía o cada vez que retiran el producto) (Cruz Olivera, 2023). El propósito central de los primeros CSC en Europa fue prevenir que las personas que usan cannabis estuvieran involucradas en actividades ilegales al asegurarles un suministro seguro desde el punto de vista de la salud pública (Decorte *et al.*, 2017, pp. 44-56). Los CSC pueden ser constituidos en países donde el cultivo, la pose-

sión y el uso de ciertas cantidades para fines personales han sido descriminalizados, y dentro de su modelo tienen características fundamentales como la transparencia, la democracia y la falta de ánimo de lucro, así como una activa política de prevención de daños y riesgos a través del monitoreo de condiciones de salud o la provisión de métodos seguros para que sus miembros usen cannabis (Belackova *et al.*, 2016, pp. 49-57). Como respuesta a la ausencia de un marco regulatorio legal, en muchos países han imperado “códigos de conducta”, en los que agremiaciones de CSC delinear acuerdos mínimos para protegerse de la acción judicial y proveer servicios. En algunas partes estos códigos se basan en principios como: que la oferta debe seguir la demanda, que los CSC deben ser entidades sin ánimo de lucro, que están orientados por un enfoque de salud y están abiertos al diálogo con las autoridades. Pacula *et al.* (2014) mencionan que los CSC aportan positivamente a la consecución de objetivos de salud pública, como disminuir el acceso, la disponibilidad y el consumo por parte de los jóvenes; reducir la conducción bajo los efectos del cannabis; “reducir el consumo de productos de cannabis con contaminantes no deseados y de potencia incierta, y reducir al mínimo el consumo simultáneo de cannabis y alcohol, especialmente en lugares públicos”(2014, pp. 1021-1028).

En España, el modelo de CSC surgió en medio de las lagunas legales para permitir el consumo y la distribución de cannabis en determinadas circunstancias, a pesar de su prohibición por parte del Gobierno central (Sánchez Avilés *et al.*, 2018, p. 26). Los CSC se basan en que el consumo personal y privado de drogas carece de relevancia penal en el ordenamiento jurídico español y en la “doctrina del consumo compartido” desarrollada por el Tribunal Supremo (Decorte *et al.*, 2017, pp. 44-56). De manera que el consumo y la tenencia de cannabis (al igual que el resto de las sustancias controladas) no están castigados por la legislación penal española, siempre que se destine al consumo personal, lo que quiere decir que “es la comercialización de esas sustancias lo que constituye efectivamente un delito penal, según el artículo 368 del Código Penal español” (pp. 44-56). Es decir, los CSC se han basado en estas premisas para producir cannabis que se

distribuye “sin ánimo de lucro entre un circuito cerrado de consumidores adultos” (pp. 44-56). No se ha logrado aún hacer una regulación local de determinados aspectos de las actividades de estas organizaciones y tampoco se ha introducido ningún cambio legislativo a escala nacional.

En Bélgica, la producción o posesión de cannabis se considera un delito menor que puede ser castigado con multa o privación de la libertad. Sin embargo, en 2005 el College of Public Prosecutors emitió una directriz ministerial para determinar que la posesión de cannabis ocupaba la prioridad más baja dentro de la persecución penal (Decorte, 2015, pp. 122-130). Esto marcó el inicio de una oportunidad para los CSC, que a partir de allí fueron adoptando un modelo sin ánimo de lucro que le permite la membresía a personas mayores de 18 años (o en algunos clubes de 21), residentes del país y que paguen una cuota de 25 euros. Mientras que en España no hay una cantidad de plantas asignadas para cada miembro del club, en Bélgica se aplica el principio de “una planta por miembro”, considerando que ningún CSC tiene límites de afiliación. El apego a la directriz ministerial es fundamental para alejar la acción de la policía y del sistema penal. Por ejemplo, los cultivadores pueden tener una planta para su uso personal, pero no se les permite vender cannabis o material genético a terceros (Decorte, 2015, pp. 122-130). Las principales amenazas para los CSC belgas están en los intentos de criminalizar el modelo, la aparición de clubes con ánimo de lucro y la violencia sistémica de las organizaciones criminales. De hecho, en los últimos años, al menos 3 de los 18 clubes sospechan haber sido infiltrados por la policía en algún momento y se ha presentado una condena a un usuario de cannabis que podría disuadir a los usuarios de solicitar la afiliación, pero no es inconcebible que los clubes pasen a la clandestinidad.

Si bien los CSC han sido una forma de organizar una distribución del cannabis por fuera del ánimo de lucro y promoviendo ciertas buenas prácticas, la ausencia de marcos legales hace vulnerables a quienes participan en ellos de ser sometidos a procesos penales. Esto se ha visto en casi todos los países donde se han encontrado CSC. Otra gran debilidad es la relación entre CSC

y la fase de producción, ya que estos suelen ubicarse en los grandes centros poblados y los cultivos están en zonas urbanas ocultas de la policía o en zonas rurales (incluso en otros países, como ocurre con la relación entre España y Marruecos). Esto termina subordinando los intereses de las poblaciones rurales, que suelen ser más pobres, a los intereses de quienes pueden pagar la membresía a un CSC o a sus propios directivos.

El modelo de CSC es propicio para involucrar a los actores de lo que hemos llamado el mercado gris: un mecanismo de distribución de bienes y servicios relacionados con el cannabis entre actores que no pertenecen al crimen organizado —porque no tienen capacidad para maniobrar la aplicación de la ley— ligados a una “cultura cannábica” que actúa “como una institución regulatoria de los comportamientos y como medio de respuesta ante la baja disponibilidad de marihuana o inconformismo con las organizaciones que suplen a los usuarios urbanos” (Cruz Olivera & Pereira Arana, 2021). Además, estos reivindican la planta partiendo por superar la estigmatización que han padecido las personas que la han usado.

Con la adopción de un modelo de CSC sin ánimo de lucro proponemos distinguir a los actores del mercado gris, en contraposición con los actores criminales que se dedican al tráfico de marihuana en grandes redes, como una forma de reparar a cannabicultores, pacientes y pequeños empresarios cannábicos (Cruz Olivera & Pereira Arana, 2021), especialmente porque estos son quienes han cargado con las consecuencias de la prohibición de la marihuana. Es decir, en principio es una acción afirmativa que reconoce a los CSC como la vía principal de acceso al cannabis legal, con la potencialidad de permitir la asociación con cultivadores que podrían surtir a los propios CSC.

Dentro de los riesgos de que el mercado de cannabis sea dominado por grandes industrias están el uso de publicidad excesiva, las interferencias con las medidas regulatorias, y el incentivo al uso o la creación de productos que potencian los efectos nocivos sobre la salud de las personas. Todos estos riesgos ya se han diagnosticado en mercados como las bebidas azucaradas, los alimentos ultraprocesados, el tabaco o el alcohol (Global

Health Advocacy Incubator [GHAI], 2022). El sector empresarial que avanza en el mercado medicinal ha construido una narrativa en la que el cannabis de uso adulto es un mercado lucrativo que insertará un nuevo renglón en las economías. En este sentido, los CSC podrían responder mejor a los retos frente al objetivo de salud pública y la gestión de riesgos y daños potenciales del uso de cannabis. Este modelo se inserta en la dinámica de los parches cannábicos, que tienen una relación cultural con la planta y no la ven como una simple fuente de riqueza. Así las cosas, dicho modelo cumple mejor con los objetivos que consideramos debería tener una regulación colombiana, no solo por reducir los riesgos y daños potenciales del uso, sino también por respetar a los actores que previamente habían trazado caminos dentro de la ambigüedad del mercado gris para garantizar su incorporación desde un enfoque de participación y derechos humanos.

No obstante, al ser un modelo basado en la necesidad de acotar la regulación a una distribución sin ánimo de lucro, este plantea un reto para armonizar las necesidades de las poblaciones que cultivan cannabis. Las condiciones de vida de las zonas dependientes de la economía ilegal del cannabis generan la necesidad de incrementar los ingresos que las familias obtienen de fuentes legales (como podría ser la distribución de productos a los CSC), y sin el ánimo de lucro es difícil llegar a ese punto. Además, sin ánimo de lucro las familias no podrían invertir ganancias en bienes rurales o en otras actividades que están por fuera del negocio mismo del cannabis, versatilidad que hoy sí otorga la ilegalidad. Esto, sin duda, puede romper el encadenamiento población rural/CSC urbano y podría llevar a una exclusión de facto de estas comunidades en el mercado regulado.

He ahí la gran debilidad de este modelo, pues en el contexto colombiano la regulación debe apuntar, entre otros objetivos, a incluir de manera real a los productores tradicionales de cannabis. Estos son en su mayoría población indígena y campesina que vive en el Norte del Cauca y lleva décadas cultivando cannabis para el mercado ilegal, donde han encontrado una fuente permanente de ingresos, pero con los impactos negativos del control armado del territorio, tanto de grupos legales como ile-

gales. Una eventual regulación en Colombia que no logre incluir de manera efectiva a esta población y proponer un reemplazo real para sus ingresos en un mercado legal será un fracaso ético y de política pública. Lo primero puesto que regular las drogas es una apuesta que busca dismantelar la prohibición como fuente de violencia y violaciones a derechos humanos; excluir a esta población sería perpetuar para ellos y ellas los daños de la prohibición. Lo segundo porque estarían dados los incentivos para que un mercado paralelo de cannabis subsista, con los riesgos para la seguridad y la salud pública que esto acarrea.

6. Reformar para regular: a manera de conclusión

Es indispensable, entonces, responder a la pregunta que planteamos en este escrito: ¿es necesario reformar la Constitución para regular el mercado y la venta de sustancias psicoactivas en Colombia para su uso adulto? Como hemos planteado a lo largo del texto, nuestra conclusión es que la reforma al artículo 49 es necesaria para lograr una regulación amplia basada en principios de derechos humanos, construcción de paz, salud pública, desarrollo y seguridad jurídica. Pero, como describiremos a continuación, esta conclusión tiene matices.

Como se indicó, una de las principales dificultades para responder esta pregunta es que los debates jurídicos se han concentrado principalmente en el porte y consumo, con enormes vacíos sobre la fabricación, comercialización y venta de las sustancias hoy declaradas ilícitas. Por ello, es claro que no existe algo como una prohibición absoluta en la Constitución que impida la regulación del mercado de drogas, porque en su momento el debate político no contemplaba siquiera la posibilidad de la regulación.

No obstante, no se pueden omitir las discusiones que generó y sigue generando la despenalización del porte y consumo de dosis personal, pues esta fue la motivación que suscitó el Acto Legislativo 02 de 2009. Por ejemplo, no se puede desconocer que los antecedentes políticos e intentos previos a esta reforma

demuestran que el objetivo era revertir la decisión de despenalización de 1994. Incluso, el texto propuesto por el gobierno colombiano en 2009 incluía sanciones privativas de la libertad, que entonces no se catalogaron como sanciones penales, sino como medidas médico-judiciales, un elemento que se eliminó en el trámite legislativo.

Paradójicamente, esta reforma constitucional ha tenido un impacto positivo. La exclusión de medidas penales en el Acto Legislativo permitió consolidar una jurisprudencia garantista por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Cuando la jurisprudencia de este tribunal introdujo esta reforma constitucional en su análisis, llevó el examen dogmático de las conductas calificadas como delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes al espectro de la tipicidad. Esto implica que al órgano acusador no solo le corresponde probar todos los elementos de tipo penal, especialmente el ánimo de comercio o distribución, sino también brindar ciertas garantías procesales.

Por su parte, la interpretación directa de la Corte Constitucional de esta reforma circunscribió principalmente sus efectos al ámbito del derecho a la salud, dando una interpretación más amplia que el texto mismo del Acto Legislativo. La proscripción impuesta por la reforma fue interpretada rápidamente como una prohibición no absoluta que estaba sujeta a medidas administrativas, por lo que se había excluido la posibilidad de sancionar penalmente el porte y consumo de estupefacientes en su dosis personal. Así, el Acto Legislativo 02 de 2009 se tomó como una garantía para el acceso a los servicios médicos y de rehabilitación relacionados con el consumo de drogas para toda aquella persona que así lo consienta.

Agotada la discusión respecto a si la reforma constitucional daba paso a medidas represivas frente al porte y consumo de drogas con fines personales, se han emitido decisiones judiciales que aportan al debate sobre la eventual regulación del mercado de sustancias psicoactivas. Entre ellas, es preciso resaltar la más reciente decisión de la Corte Suprema de Justicia en la que se considera que ciertas conductas que sobrepasan la dosis

personal, como el porte por aprovisionamiento o para consumo compartido, carecen de relevancia penal, pues su afectación al bien jurídico de la salud pública es mínimo y, por tanto, no son punibles. Estos elementos son cruciales para estudiar los caminos posibles de una regulación, en un escenario donde la reforma constitucional no sea viable políticamente.

En cambio, las decisiones más recientes de la Corte Constitucional han intentado acotar el alcance y carácter de la prohibición del artículo 49; por ejemplo, excluyendo de los efectos de esta prohibición a las medidas de carácter policivo. Incluso, la Sentencia C-404 de 2022, en una consideración de paso (*obiter dicta*), afirmó que el legislador podría regular mediante una política pública el acceso a la dosis de uso personal en condiciones de legalidad y seguridad. Este planteamiento es revolucionario, pero al ser un *obiter dicta* en una sentencia inhibitoria no tiene poder vinculante.

Ahora bien, la eventual regulación de un mercado (que implica la comercialización con fines de lucro) de alguna sustancia psicoactiva para el uso adulto mediante una ley ordinaria va a enfrentar oposiciones políticas, que se trasladarán al control de constitucionalidad. La eventual ley se va a contrastar con varias disposiciones constitucionales, entre ellas el artículo 49. Para la revisión de tal regulación, la interpretación de este artículo —desde un ejercicio histórico y teleológico— debería partir del supuesto de que la reforma no solo buscaba dar acceso a servicios médicos a personas con consumo problemático de sustancias, sino también reforzar los esfuerzos estatales contra el narcotráfico. Dejando de lado las consideraciones sobre la dosis personal, en la exposición de motivos y los informes de ponencia que acompañaron la reforma en 2009 se argumentó que estas sustancias son una amenaza para la salud pública y otros bienes jurídicos.

En ese sentido, una interpretación conservadora podría llegar incluso a afirmar que la cara oculta del Acto Legislativo 02 de 2009 fue que constitucionalizó el régimen de prohibición de sustancias psicoactivas, pues se debe considerar que los tratados internacionales ratificados por Colombia en la materia tienen rango de ley. Estos tratados no versan sobre derechos humanos,

por lo que no hacen parte del denominado bloque de constitucionalidad²⁵. De esa manera, no tendría sentido que un Estado regule mediante ley un mercado de drogas para consumo adulto y que la constitución de este mismo Estado contenga una prohibición, al considerar el consumo de estas sustancias como un asunto que amenaza la salud pública.

Por otra parte, desde una interpretación histórica y literal, de acuerdo con los diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional, la referencia a los términos *estupefacientes* y *psicotrópicos* no fue una simple coincidencia, sino que ha de entenderse como una remisión a las sustancias fiscalizadas por estos instrumentos. De ese modo, la propuesta de regular el mercado de drogas sin una reforma constitucional, bajo la justificación de que la prohibición no se refiere a sustancias legales, es una salida en falso. Así, en el caso hipotético que se le otorgue carácter legal al cannabis, con el propósito de esquivar la prohibición constitucional, esta sustancia seguirá siendo considerada un estupefaciente por tales convenciones.

Ahora, es necesario insistir en que, en todo caso, la regulación del mercado de sustancias psicoactivas debe necesariamente ser discutida en el Congreso de la República, pues la Corte Constitucional enfatizó que no es posible subvertir la política criminal en sede de control constitucional. En ese sentido, es claro que la protección constitucional al consumo de sustancias psicoactivas, por la prevalencia de la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad, es insuficiente jurídicamente para

25 La Corte Constitucional revisó la ley aprobatoria del tratado denominado Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Ley 67 de 1993) en la Sentencia C-176 de 1994. En esa ocasión, esta decisión validó la declaración del Congreso de que ninguna parte de la Convención puede interpretarse para obligar a Colombia a adoptar medidas que vulneran o restrinja su sistema constitucional. Además, allí se indicó que “el artículo 93 de la Constitución Política introdujo la prevalencia en el orden jurídico interno de los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción. Por lo tanto, si Colombia ha ratificado instrumentos internacionales no puede ser obligada a adoptar medidas contrarias al compromiso adquirido”.

pretender una regulación al acceso legal a estas sustancias mediante vía judicial o reglamentaria. Nos guste o no, no es una incoherencia del sistema que un Estado proteja la demanda de sustancias psicoactivas en adultos y penalice la oferta de estas sustancias, porque la propia Convención de Viena de 1988 dejó en libertad a los Estados para penalizar o no el consumo.

Nuestra conclusión se fundamenta en un análisis de los vacíos y las certezas de la jurisprudencia en Colombia. En cuanto a las certezas, hay claridad sobre la definición que da la Corte Constitucional a las sustancias estupefacientes, la cual se desprende de los tratados internacionales. También hay certeza de que la reforma constitucional de 2009 ha sido acotada por las cortes para impedir que se introduzca una penalización al uso personal de drogas, buscando, de hecho, ampliar las protecciones para quienes usan drogas ilegales. Ahora bien, hay vacíos que no podemos obviar si queremos imaginar la regulación. Los pronunciamientos de las cortes y las motivaciones políticas del Acto Legislativo 02 de 2009 buscaban mantener en firme los delitos para el resto de la cadena de la producción, tráfico y distribución de drogas, con una intención clara: que el mercado de sustancias ilícitas esté dentro de la órbita penal. Ahí está el principal nudo para una regulación, su traba mayor.

Bajo este contexto, si se quiere regular y abrir un mercado de alguna sustancia psicoactiva para el uso adulto, es necesario reformar la constitución. De una parte, no se puede escindir lo jurídico de lo político; una eventual regulación mediante ley ordinaria, sin una reforma constitucional, enfrentaría graves riesgos de eficacia y seguridad jurídica. Si bien hay pronunciamientos de la Corte Constitucional en los que se ha intentado delimitar los alcances de la reforma constitucional, estos son insuficientes para brindarle seguridad jurídica a una regulación por vía ordinaria. Es riesgoso depender de algunas frases y de la composición política e ideológica de la Corte para que esta regulación sobreviva el examen de constitucionalidad, especialmente porque desde una interpretación histórica la reforma al artículo 49 podría traducirse como una constitucionalización de la protección de la salud pública frente a las sustancias psicoac-

tivas, la cual se salvaguarda con los diferentes tipos penales relativos al narcotráfico.

No obstante, con los desarrollos de la jurisprudencia —particularmente las más recientes decisiones de la Corte Suprema de Justicia— parece avistarse una salida de orden legal al laberinto de la prohibición, al menos para la marihuana: los clubes cannábicos. Estos clubes son asociaciones privadas de usuarios y cultivadores que producen marihuana colectivamente sin ánimo de lucro, lo que permitiría la distribución y el acceso de esta sustancia para el uso adulto sin necesidad de recurrir al mercado ilegal. Esta salida no solo lograría armonizar la tensión entre la prohibición del artículo 49 y la libertad protegida por el artículo 16 constitucional, sino que también es una expresión del derecho a la libre asociación.

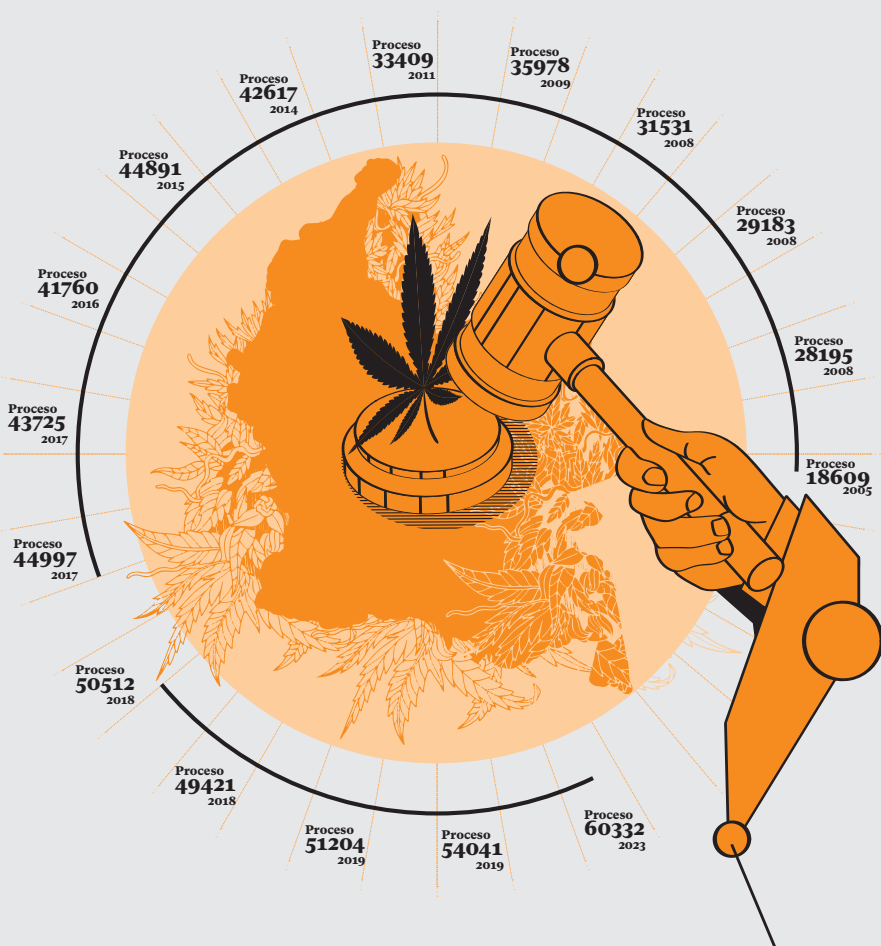
Hemos dicho que la regulación del cannabis en Colombia debería tener unos principios específicos. Creemos que los CSC no solo caben dentro del marco constitucional, sino que además se ajustan a estos objetivos de la regulación en Colombia, a partir de dar lugar a lo que hemos llamado los actores del mercado gris. Sin embargo, esta salida podría dejar por fuera a los actores rurales que han padecido los efectos del mercado ilegal de cannabis, o al menos subordinaría su necesidad de obtener ingresos legales a una articulación sin ánimo de lucro con los CSC.

Para destrabar la prohibición constitucional y crear un mercado de uso adulto de alguna sustancia psicoactiva, es necesario adoptar, mediante un consenso amplio en el ámbito constitucional, la concepción de que la regulación, a diferencia del prohibicionismo, es la forma idónea para proteger la salud pública, la seguridad y los derechos humanos, además de promover el desarrollo y la seguridad jurídica. Esto contrasta con el estado actual de la Constitución, en la que se adoptó la prohibición como una respuesta a las necesidades de salud pública. Con todo, si se quiere abrir un mercado con fines de lucro para alguna sustancia psicoactiva, la reforma constitucional es imprescindible, pero debe ser minimalista. Esta no puede concentrarse en elementos regulatorios que le corresponden al legislador ordinario, ni en una sola sustancia psicoactiva. Por tanto, la reforma ideal

sería aquella que elimine la prohibición al porte y consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas del artículo 49, conservando las garantías allí dispuestas sobre el derecho a la salud para las personas que consumen estas sustancias. Ahora, ante la imposibilidad política de lograr dicha reforma constitucional, la regulación legal de los clubes cannábicos —como forma limitada, pero segura de acceso al cannabis— sería el único mecanismo viable que se puede vislumbrar para destrabar, así sea un poco, la prohibición constitucional del mercado de drogas.

LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE EL PORTE DE SUSTANCIAS PSICOACTIVAS Y LA DOSIS PERSONAL

Elaborada por *Sergio Pérez*



1



Corte Suprema de Justicia.
Sala de Casación Penal.

Proceso 18609

(M. P. Hernán Galán Castellanos; 8 de agosto de 2005).



Se capturó, previa denuncia ciudadana, a un hombre que portaba 0,2 gramos más de la dosis personal permitida de cocaína (1,2 gramos en total). Los habitantes de la zona denunciaron que dicha persona estaba comercializando esta sustancia.

El fallo de segunda instancia la absolvió del delito de tráfico de estupefacientes, pues consideró que el caso no acreditaba la antijuridicidad material; es decir, que la conducta no ocasionó un perjuicio efectivo a un bien jurídico.



¿Portar una dosis ligeramente superior a la dosis mínima afecta el bien jurídico protegido por el delito de tráfico de estupefacientes?



La Corte Suprema de Justicia casó la sentencia: anuló la sentencia absoluta y confirmó la condenatoria, porque en el caso concreto había circunstancias que acreditaban que la persona estaba comercializando.

No obstante, la Corte afirmó que si la persona hubiera sido un consumidor, la conducta no tendría antijuridicidad material. Se argumentó que las cantidades que se acercan al límite se ubican en una franja entre lo importante y lo insignificante. Si bien el juez no puede modificar los límites de las cantidades, debe tener en cuenta lo dispuesto en la dosis mínima para fijar la ponderación del bien jurídico.

2



Corte Suprema de Justicia.
Sala de Casación Penal.

Proceso 28195

(M. P. Julio Enrique Socha Salamanca; 8 de octubre de 2008).



Se judicializó y condenó a una persona por el delito de tráfico de estupefacientes. Al momento de ser capturada, esta portaba 38,7 gramos de marihuana, distribuidos en varios empaques. Durante el proceso, el acusado declaró que nunca había consumido marihuana.



El recurso de casación reprochó, entre otras cosas, que el procedimiento de pesaje no separó las semillas, los tallos y las flores del cannabis.

¿Se debe tener en cuenta exclusivamente el pesaje de las flores del cannabis para determinar si una conducta está incluida dentro de la dosis personal?



La Corte no casó la sentencia, porque las circunstancias de la captura, la manera como estaba almacenada la droga y la versión de los hechos demostraban que el propósito era comercializar esta sustancia.

Respecto al pesaje, la Corte afirmó que la cuestión era irrelevante, porque la afectación a los bienes jurídicos implicados en el delito de tráfico depende de las características de cada circunstancia. En ese sentido, se dijo que portar droga dentro de las cantidades de la dosis mínima o en una cantidad que no la supera de manera excesiva carecerá de relevancia penal, siempre y cuando se haya demostrado que solo iba a repercutir el ámbito privado del consumidor.

3



Corte Suprema de Justicia.
Sala de Casación Penal.

Proceso 29183

(M. P. José Leónidas Bustos Martínez; 18 de noviembre de 2008).



Se judicializó a una persona por portar 29,9 gramos de marihuana (9,9 gramos por encima de la dosis personal), almacenada en doce bolsas. Durante el proceso se acreditó que la persona consumía marihuana.

La persona fue condenada en las dos primeras instancias por el delito de tráfico de estupefacientes.



¿Carece o no de antijuridicidad material la conducta de una persona que usa drogas y porta una cantidad que excede la permitida para la dosis personal?



La Corte decidió casar la sentencia y absolver al procesado del delito que se le acusó. Para ello, se dijo que si bien la conducta se adecua a la descripción del delito (tipicidad), no se demostró que haya lesionado el bien jurídico protegido por el delito (antijuridicidad material). Particularmente, porque la sustancia era para consumo personal; no iba a ser comercializada.

La Corte definió que la conducta de una persona que consume drogas de portar alguna droga en una cantidad superior de la dosis personal permitida carece de antijuridicidad material, por lo que no es una conducta punible o sancionable. Siempre y cuando, la sustancia sea para consumo personal.



Corte Suprema de Justicia,
Sala de Casación Penal.

Proceso 31531

(M. P. Yesid Ramírez Bastidas 08 de julio de 2009).



Se judicializó por el delito de tráfico de estupefacientes a una persona que portaba 1,3 gramos de cocaína en dos papeletas. Durante el proceso, la persona se allanó a los cargos y este terminó por sentencia anticipada.



¿Carece o no de antijuridicidad material la conducta de una persona cuando porta una cantidad que excede ligeramente la permitida para la dosis personal?

¿Es posible que la Corte Suprema de Justicia revise la aplicación del derecho sustancial de sentencias anticipadas proferidas por preacuerdos, negociaciones o aceptación de responsabilidad al inicio del juicio oral?



La Corte decidió casar la sentencia y absolver al procesado. Se reiteró que la conducta carecía de antijuridicidad material porque, de acuerdo con las pruebas, se podía inferir que la persona portaba esa sustancia para consumo personal, de modo que la salud pública (bien jurídico protegido) no se vio amenazada por la conducta del sujeto. Por tanto, la Corte reiteró la importancia del principio de lesividad en el Código Penal, pues para sancionar una conducta se exige que esta no solo cumpla con el desvalor de la conducta (tipicidad), sino también con el desvalor de resultado (antijuridicidad), que es lesionar el bien jurídico protegido.

En esta decisión la Corte afirmó que el concepto de dosis personal está relacionado con el de dosis de aprovisionamiento. Al referirse a este último término, la sentencia utiliza un lenguaje estigmatizante, pues se refiere al consumo como esclavitud y condición que afecta la voluntad. No obstante, dice que circunstancias como las del caso, en las que se encuentra a personas portando cantidades un poco mayores de las permitidas, se pueden explicar porque la persona está previendo la posibilidad de varios consumos. Si repercute exclusivamente en la persona, carece de lesividad.

Finalmente, sobre la viabilidad del recurso de casación en casos de allanamiento a cargos, se explicó que, en principio, el problema surge de la imposibilidad de retractación una vez el juez haya aprobado el acuerdo (art. 293 de la Ley 906). No obstante, la Corte aclaró que en las sentencias anticipadas, el imputado renuncia a la práctica y contradicción probatoria, más no a los derechos y garantías sustanciales y procesales. Por tanto, se aclaró que la Sala Penal es competente para casar de oficio sentencias anticipadas en las que se haya violado garantías fundamentales, como en el caso analizado.



5



Corte Suprema de Justicia.
Sala de Casación Penal.

Proceso 35978

(M. P. Fernando Alberto Castro Caballero; 17 de agosto de 2011).



Se capturó y condenó a una persona por el delito de tráfico de estupefacientes, pues portaba 79,9 gramos de marihuana.



¿Vulnera el bien jurídico de la salud pública que una persona con consumo problemático de sustancias psicoactivas porte una cantidad de drogas que supera ampliamente la dosis mínima?



La Corte no decidió casar la sentencia y mantuvo la condena a la persona. Reiteró que el delito de tráfico de estupefacientes es pluriofensivo; es decir, que protege varios bienes jurídicos. De acuerdo con la Sentencia C-420/2002, este delito no solo protege el bien jurídico de la salud pública, sino también la seguridad pública y el orden económico y social.


Esta sentencia es posterior al Acto Legislativo 02 de 2009, por lo que aborda la pregunta de si con esta norma había desaparecido el concepto de dosis personal. La Corte responde que no ha desaparecido, porque la conducta está protegida por el artículo 16 constitucional, entonces lo que hay es un conflicto con el artículo 49 (conflicto entre normas constitucionales). Se dijo, además, que el artículo 2 de la Ley 30 de 1986 no fue derogado, entonces el concepto de dosis personal aún existe.

No obstante, en el caso concreto se concluyó que no había ausencia de lesividad, porque opera una presunción sobre la puesta en riesgo de los bienes jurídicos tutelados, presunción definida por el legislador. Así, pese a que se demostró que la persona procesada tenía un consumo problemático de sustancias psicoactivas, la Corte concluyó que el desborde significativo de la cantidad tolerada (dosis personal) es suficiente para afirmar la puesta en peligro abstracta de los bienes jurídicos tutelados por el delito de tráfico de estupefacientes. Se diría, entonces, que si la cantidad de droga es ostensiblemente superior a la dosis personal, no es posible concluir que esté destinada al consumo, sino que se presume que su propósito es cualquiera de las conductas consideradas lesivas (comercialización, distribución).


-  Corte Suprema de Justicia.
Sala de Casación Penal.

Proceso 33409


(M. P. José Leónidas Bustos Ramírez; 3 de septiembre de 2014).

-  Se capturó y condenó a una persona por portar 2,2 gramos de cocaína y 51,8 gramos de marihuana, quien se allanó al cargo de delito de tráfico de estupefacientes.

Las decisiones se impugnaron porque no había acuerdo con la tasación de la pena y la improcedencia de los subrogados penales.

-  ¿Carece de antijuridicidad portar sustancias psicoactivas en una cantidad considerablemente superior de la dosis permitida?

¿Tiene interés para recurrir una decisión judicial la persona que se haya allanado a los cargos, razón por la cual su proceso tuvo una terminación anticipada?

-  La Corte decidió casar parcialmente la sentencia, porque consideró que el juez de instancia no le otorgó la oportunidad a la defensa de demostrar que el sujeto cumplía con las condiciones subjetivas para la suspensión de la pena. En consecuencia, le otorgó el subrogado, pues para el momento de los hechos no existía la Ley 1709 de 2014.

En cuanto al interés para recurrir, se diferenció entre la retractación y la nulidad del acuerdo o allanamiento. Así, la retractación no es procedente, porque es garantía de seriedad del acto consensual. Por otra parte, sí procede la solicitud de nulidad en las instancias ordinaria o extraordinaria, siempre y cuando se demuestre que la voluntad estuvo viciada o se transgredieron garantías, un supuesto que no ocurrió en este caso concreto.

Además, en esta sentencia se resumió la línea jurisprudencial de la Corte respecto a la dosis personal y sus cantidades permitidas, así como su relación con la antijuridicidad material de la conducta. Esta reiteró que la reforma del Acto Legislativo 02 de 2009 y la Ley 1453 de 2011 no eliminaron la dosis personal. Además, reiteró que carece de antijuridicidad material la tenencia conjunta para el consumo propio y para el consumo de varias personas (dosis de aprovisionamiento). Entonces, se concluye que el porte de dosis para consumo personal en la cantidades establecidas es una conducta atípica.



7



Corte Suprema de Justicia.
Sala de Casación Penal.

Proceso 42617

(M. P. Gustavo Enrique Malo Fernández; 12 de noviembre de 2014).



Se capturó y procesó a una persona que portaba 52 gramos de marihuana y 0,8 gramos de cocaína. Durante el proceso se demostró que en ese momento la persona tenía un consumo problemático de sustancias psicoactivas.

Las sentencias de primera y segunda instancia absolvieron a la persona, bajo la razón de falta de antijuridicidad de la conducta. El tribunal argumentó que la reforma del Acto Legislativo 02 de 2009 inhibió al Estado de perseguir al consumidor y se refirió a la necesidad de replantear el concepto de dosis de aprovisionamiento.

La decisión fue objeto de recurso extraordinario por parte de la Fiscalía, quien argumentó que la cantidad de marihuana —que superaba más del doble de la dosis permitida— permite presumir la destinación ilícita de la droga.



¿La presunción de antijuridicidad material (lesividad) del comportamiento de porte de sustancias psicoactivas que supera la cantidad permitida es una presunción relativa (acepta prueba en contrario) o es absoluta (no acepta prueba en contrario)?



La Corte no casó la sentencia y mantuvo la decisión de absolver al acusado del delito que se le imputó, porque, de acuerdo con las circunstancias al momento de la captura y las pruebas aportadas en el proceso, las sustancias psicoactivas estaban destinadas al consumo personal. Entonces, la Corte determinó que la conducta no tuvo la potencialidad de poner en riesgo los bienes jurídicos protegidos por el delito.

También, dijo que hasta el momento se hacía una distinción en el tratamiento penal del porte de sustancias psicoactivas cuando se supera la cantidad de droga permitida, distinción basada en la propia cantidad. Si se portaba una cantidad que sobrepasa ligeramente la dosis permitida, la presunción de antijuridicidad material es relativa, pues se permite desvirtuar con la prueba de que su finalidad era el consumo propio y al desvirtuarse se tiene por impune tal conducta. Mientras tanto, si la conducta de porte excede significativamente la dosis permitida, se presume absolutamente el riesgo a los bienes jurídicos, como la salud pública. Al ser una presunción de derecho no puede desvirtuarse, por lo que se sancionará penalmente esta conducta.

En esta decisión la Corte dispuso que es necesario revisar esa distinción, pues no tiene justificación. Para ello, se hizo un recuento de la jurisprudencia en


la materia. Consecuentemente, se concluyó que —bajo el modelo constitucional adoptado en 1991 y con la exigencia explícita de lesividad del artículo 11 del Código Penal— el concepto de antijuridicidad material, como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, es una presunción que debe revisarse o desvirtuarse en cada caso. Afirmó también que el Acto Legislativo 02 de 2009 limitó la respuesta estatal a la conducta de porte y consumo a medidas de carácter administrativo, disponiendo que el consumidor era un sujeto de especial protección constitucional. Reafirmó que la presunción de antijuridicidad del delito de porte y tráfico de estupefacientes es una presunción relativa o *iuris tantum*. Así, portar sustancias por encima de la dosis permitida es una conducta que se presume antijurídica, pero, como es una presunción relativa, es posible desvirtuarla si se demuestra que era para el consumo estrictamente personal y no afectaba a terceros. Finalmente, reiteró que a la Fiscalía le corresponde probar cada uno de los presupuestos del delito, porque la reforma constitucional, la racionalización del poder punitivo y la actividad judicial exigen mayor rigor en la imputación de delitos.


8


Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.

Proceso 44891

(M. P. Patricia Salazar Cuéllar; 17 de junio de 2015).

 Se condenó en segunda instancia por el delito de porte y tráfico de estupefacientes, en la modalidad “llevar consigo”, a una persona que portaba una planta de marihuana recién cortada, que pesaba 129,1 gramos (tallos, semillas y hojas).

 **¿Qué tratamiento jurídico se le debe dar a una planta de marihuana? ¿Es planta o es una sustancia psicoactiva?**

 La Corte casó la sentencia y confirmó la sentencia de primera instancia que fue absolutoria. De acuerdo con ella, para responder a la pregunta sobre el tratamiento de la planta recién arrancada, es necesario remitirse a las definiciones de la Ley 30 de 1986. Según el artículo 2 del Decreto 3788 de 1986, que reglamentó la precitada ley, también se debe entender como planta el ser vivo recién arrancado o del cual se conservan sus hojas.

En ese sentido, desde el punto de vista jurídico, la planta recién cortada no es una sustancia psicoactiva, sino una planta. Por tanto, no se configuró el delito de porte y tráfico de estupefacientes. Así mismo, al ser una sola planta —es decir, no superar la cantidad de veinte plantas— no se configuró el delito de conservación o financiación de plantaciones.



9



Corte Suprema de Justicia.
Sala de Casación Penal.

Proceso 41760

(*M. P. Eugenio Fernández Carlier; 9 de marzo de 2016*).



Se condenó por el delito de porte y tráfico de estupefacientes a un soldado activo que portaba 50,2 gramos de marihuana dentro de una instalación militar. Durante el proceso se comprobó que tenía un consumo problemático de sustancias psicoactivas. Además, hay que señalar que la persona se iba de acuartelamiento a un municipio.

Se casó la decisión de segunda instancia, bajo el argumento de que se había violado la ley sustancial, pues la conducta carecería de antijuridicidad material, pues esa cantidad de marihuana era para el aprovisionamiento del soldado.



A partir del Acto Legislativo 02 de 2009, ¿la conducta de un consumidor de portar una cantidad de droga superior a la dosis permitida para su consumo propio es una conducta que carece de antijuridicidad material?, ¿o es una conducta atípica que no se adecua a la descripción del delito de porte y tráfico de estupefacientes?



La Corte casó la sentencia y absolvió al procesado, porque en su consideración la conducta fue atípica, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

Se reiteró que cuando se trata de porte para consumo personal, hasta el momento los casos en los que se excede la cantidad de drogas permitida por la dosis personal se han resuelto desde la ausencia de lesividad de la conducta (antijuridicidad material). No obstante, en esta decisión se determinó que estos casos se deben resolver dogmáticamente desde el ámbito de la tipicidad de la conducta, no desde la antijuridicidad, pues según el Acto Legislativo 02 de 2009 se debe tener en cuenta el ánimo de consumo de la sustancia psicoactiva. Se dijo que tal reforma constitucional estuvo guiada por una filosofía preventiva y rehabilitadora, por lo que excluyó la posibilidad de imponer sanciones penales a los consumidores de drogas.

En ese sentido, la Corte sostuvo que declarar el consumo de drogas como un asunto de salud pública, cuya única consecuencia pueden ser medidas administrativas, parte del presupuesto que las personas están autorizadas a portar y consumir droga para su consumo personal, sin que esto se corresponda con la descripción del tipo penal según el artículo 376 del Código Penal. Para la configuración de este delito, la ley exige tácitamente un elemento subjetivo: la intención de comercializar o distribuir.

La Corte concluyó que la dosis personal que genera atipicidad de la conducta también es aquella que, siendo superior a la dosis mínima, se demuestra que es necesaria para el consumo de la persona; no se limita exclusivamente a las cantidades que están determinadas en la Ley 30 de 1986.

10



Corte Suprema de Justicia.
Sala de Casación Penal.

Proceso 43725

(M. P. Eugenio Fernández Carlier; 15 de marzo de 2017).



Se absolvió en primera y segunda instancia a una persona a quien se le imputó el delito de porte y tráfico de estupefacientes por portar 5,7 gramos de cocaína. Esta fue sujeta a un requisado por parte de la policía.

Durante el proceso judicial se demostró que la persona presentaba un consumo problemático de sustancias, que tenía un trabajo como obrero de construcción y que vivía en un municipio alejado. Se comprobó con ello que la persona había acudido hasta la ciudad para aprovisionarse de tal sustancia porque en su municipio de residencia era muy cara.



¿Portar sustancias psicoactivas en una cantidad que exceda considerablemente la dosis permitida legalmente es una conducta que pone en peligro los bienes jurídicos protegidos por el delito de porte y tráfico de estupefacientes? ¿Debe por tanto ser sancionada?



La Corte decidió no casar la sentencia y mantener las decisiones absolutorias, pues el tribunal no incurrió en ningún error al aplicar la ley sustancial. Para la conformación del delito de porte y tráfico de estupefacientes se requiere la comprobación del elemento subjetivo: la intención de comercialización o distribución.

La Corte realizó un breve recuento de su jurisprudencia y explicó que antes del Acto Legislativo 02 de 2009, las conductas que sobrepasan ligeramente los límites de la dosis personal se resolvían desde la ausencia de antijuridicidad material. No obstante, después de esta reforma constitucional, de las decisiones que la interpretaron y de sus desarrollos legales, se tiene claro que no se puede tratar el consumo problemático de sustancias psicoactivas como un acto de delincuencia, pues este se debe distinguir del narcotráfico.

Así, tal reforma constitucional obligó a resolver los casos de porte de sustancias desde el ámbito de la tipicidad, pues la dosis personal ya no corresponde exclusivamente a la fijada en la Ley 30 de 1986, sino que se debe entender como aquella requerida por la persona. Concluyó la Corte que el



consumidor puede portar una cantidad diferente a la legalmente establecida como dosis personal, siempre que la finalidad sea de consumo personal o aprovisionamiento.

Finalmente, reiteró que la protección a los consumidores implica que la carga procesal de demostrar en cada caso un contexto de actividad orientada al tráfico para condenar a alguien por el delito de porte y tráfico de estupefacientes recae en la Fiscalía.

11



Corte Suprema de Justicia.
Sala de Casación Penal.

Proceso 44997

(M. P. Patricia Salazar Cuéllar; 11 de julio de 2017).



Se condenó a una persona que portaba un cigarrillo de marihuana de 1,3 gramos y 5,5 gramos de cocaína. Al momento de la captura, esta tenía la cocaína en seis papeletas y dinero en efectivo con billetes de varias denominaciones (sumando en total 83.000 pesos).

Las decisiones de instancia afirmaron que las circunstancias de la captura permitían inferir el ánimo de comercialización del acusado.

Se interpuso un recurso de casación porque se presumió la antijuridicidad material de la conducta, pues dicho ánimo no se demostró.



¿Cómo se configura el delito de porte y tráfico de estupefacientes y a quién le corresponde probar su ocurrencia? ¿Qué circunstancias se pueden tomar para inferir el ánimo de comercialización?



La Corte decidió casar la sentencia y absolver al procesado, porque no se alcanzó el estándar de convencimiento probatorio respecto del ánimo de comercialización, con lo que la conducta de la persona era atípica.

En esta decisión se reiteró el carácter atípico de la conducta del porte de dosis personal para su consumo. Además, se insistió en que el delito de porte y tráfico de estupefacientes exige un elemento subjetivo tácito, relacionado con la intención del sujeto, por lo que la realización del delito no depende de la cantidad de droga que se porte.

Se aclaró que el hecho de que la presunción sobre la antijuridicidad material sea una presunción parcial o legal no invierte la carga de la prueba, que siempre recae sobre el Estado (la Fiscalía). Así mismo, se dijo que la cantidad determinada para la dosis mínima riñe con las necesidades y circunstancias de cada persona (p. ej. nivel de dependencia, finalidad de abastecimiento o dosis compartida).

Se reiteró que analizar los casos desde la antijuricidad penal supone que la conducta se adecua al tipo penal (típica) y que presenta una afectación real aunque sea mínima. Dicha situación no se constata en los casos de porte para consumo personal, pues no se cumple con el elemento subjetivo. Así, lo que permite establecer la configuración del delito es el ánimo de comercialización o distribución.

Finalmente, se aclaró que —contrario a lo que ocurrió en las sentencias de instancia— no se pueden tomar ciertas circunstancias como reglas de experiencia universal para determinar el ánimo de comercialización, como que la droga esté porcionada o que la persona cargue de dinero en efectivo con billetes de varias denominaciones.

12



Corte Suprema de Justicia.
Sala de Casación Penal.

Proceso 50512

(M. P. Patricia Salazar Cuéllar; 28 de febrero de 2018).



Se condenó en segunda instancia a una persona que portaba una bolsa con 17 papeletas de cocaína, que pesaban un total de 11,4 gramos.

Durante el proceso se demostró que cuando le fue requerida una requisita por parte de la policía, la persona les entregó voluntariamente la bolsa, a quienes les expresó que cargaba esta sustancia para su consumo personal. Además, se comprobó durante el proceso que la persona acusada se encontraba en condición de calle.

Se interpuso un recurso de casación por parte del Ministerio Público, bajo el argumento de que se trasladó la carga de la prueba a la defensa, pues la Fiscalía no probó que la persona tenía la intención de comercializar la sustancia incautada.



¿Cómo se configura el delito de porte y tráfico de estupefacientes, y a quién le corresponde probarlo? ¿Qué circunstancias se pueden tomar para inferir el ánimo de comercialización?



La Corte decidió casar la sentencia condenatoria de segunda instancia y dejar en firme la decisión absolutoria. Durante el proceso se invirtió la carga de la prueba, pues a la defensa del acusado no le correspondía probar su inocencia, ya que esta se presume constitucionalmente. Por tanto, le corresponde a la Fiscalía comprobar como parte de la tipicidad del delito que la sustancia iba a tener una destinación diferente al consumo. Además, se



infririó el ánimo de comercialización según circunstancias, por lo que se desatendieron las reglas de la sana crítica y no se alcanzó el estándar de convencimiento para condenar (conocimiento más allá de toda duda razonable).

La decisión reiteró la línea jurisprudencial en la materia, especialmente con la decisión de resolver dogmáticamente estos casos desde el ámbito de la tipicidad. Se explicó que esta decisión es razonable, porque en aquellos supuestos en los que la cantidad está dentro de la dosis personal la conducta deja de ser relevante, pero si se trata de una acción de tráfico, se estima que el comportamiento es lesivo sin importar la cantidad. Por tanto, lo que permite comprobar la configuración del delito es el fin propuesto de traficar o distribuir, es decir, el elemento subjetivo. Además, se reiteró que la comprobación del elemento subjetivo le corresponde a la Fiscalía.

13



Corte Suprema de Justicia.
Sala de Casación Penal.

Proceso 49421

(M. P. José Luis Barceló Camacho; 15 de agosto de 2018).



Se capturó a una persona que portaba 418 gramos de marihuana, quien fue condenada por el delito de porte y tráfico de estupefacientes en primera y segunda instancia. Durante el proceso se acreditó que la persona era consumidora habitual de esta sustancia y que la sustancia que portaba iba a ser compartida con un compañero de trabajo.

Se interpuso un recurso extraordinario de casación, bajo el argumento de que estas decisiones desconocieron la jurisprudencia de la Corte, en tanto la conducta era carente de lesividad.



¿Carece de antijuridicidad material la conducta de porte de sustancias psicoactivas en una cantidad superior a la dosis permitida cuando su finalidad era compartirla con otra persona?




La Corte no casó la sentencia y mantuvo la decisión condenatoria en contra de la persona. Se dijo que durante el proceso se acreditó la condición de consumidor habitual de la persona acusada, pero esta misma declaró que iba a compartir la sustancia con otra persona. Entonces, la conducta cumple con el requisito de antijuridicidad, porque no tenía como finalidad única el consumo propio, sino también el suministro de la sustancia a otra persona.

14

-  Corte Suprema de Justicia.
Sala de Casación Penal.


Proceso 51204

(M. P. Patricia Salazar Cuéllar; 23 de enero de 2019).

-  Se condenó por el delito de porte y tráfico de estupefacientes a una persona que portaba 30 cigarrillos de marihuana, que pesaban un total de 50 gramos. La captura se dio por una requisita ordinaria cuando la persona se movilizaba en una motocicleta.

El recurso extraordinario de casación fue interpuesto por la defensa y coadyuvado por el Ministerio Público. Durante el proceso no se comprobaron más hechos que aquellos que se determinaron al momento de la captura.


-  ¿Cómo se configura el delito de porte y tráfico de estupefacientes en la modalidad de llevar consigo?

-  La Corte casó la sentencia condenatoria y en su lugar absolvió al procesado, porque el tribunal desconoció la exigencia subjetiva para la configuración del tipo penal y se invirtió la carga de la prueba a la defensa.

También, se reiteró la jurisprudencia más reciente de la Corte, según la cual la conducta de llevar consigo alguna sustancia por sí misma es atípica, a menos que se nutra de la finalidad específica de comercializar o distribuir, porque la determinación de este ánimo es un complemento necesario al verbo de “llevar consigo”.


La Corte determinó que en este caso en concreto el tribunal dio por sentada la existencia del delito por el solo hecho de que la cantidad de droga era superior a la dosis permitida. Así, el juez de instancia presumió el ánimo de comercializar exclusivamente a partir del hecho de que la cantidad portada era superior a la dosis permitida.

15

-  Corte Suprema de Justicia.
Sala de Casación Penal.

Proceso 54041

(M. P. Jaime Humberto Moreno Acero; 20 de noviembre de 2019).

-  Se condenó en primera y segunda instancia a una persona que fue sorprendida portando 5,7 gramos de pasta base de cocaína. Al encontrarse con la policía, esta decidió arrojar el paquete que contenía la droga, la cual estaba porcionada en varias papeletas.



Durante el proceso se comprobó que era un consumidor habitual de sustancias psicoactivas y que era habitante de calle.



¿Circunstancias como ponerse nervioso ante la presencia policial y portar una sustancia psicoactiva de manera porcionada permiten inferir de manera universal que se está ante una persona que se disponía a comercializar dicha sustancia?



La Corte decidió casar la sentencia y absolver al acusado. Se afirmó que la conducta aislada de porte de sustancias psicoactivas es por sí misma una conducta atípica si no se nutre de la finalidad específica de comercialización. La decisión expuso que las decisiones de instancia invirtieron la carga de la prueba, pues le correspondía a la Fiscalía demostrar el interés de venta o distribución, no a la defensa probar que se trataba de una persona con consumo problemático de drogas.

La Corte puntualizó que ponerse nervioso frente a la presencia policial no puede usarse como regla para indicar que se trata de un sospechoso o delincuente que está consciente de que está cometiendo un delito. Respecto al porte de sustancias psicoactivas porcionadas en papeletas, la Corte aclaró que es equívoco inferir de este hecho que se está ante un vendedor, pues es de esta forma cómo se venden y se compran estas sustancias, por lo que también puede concluirse que se trata de un comprador. Lo mismo afirmó respecto a ser detenido en un lugar de expendio de drogas. En ese sentido, se concluyó que la Fiscalía no había probado el elemento subjetivo que exige la descripción del tipo penal de porte y tráfico de estupefacientes: la intención de comercializar o distribuir. Así, las decisiones de instancia desconocieron que la realización de la conducta delictiva no depende de la cantidad de la sustancia, sino de la intención de su portador.

16



Corte Suprema de Justicia.
Sala de Casación Penal.

Proceso 60332

(M. P. Miriam Ávila Roldán; 21 de junio de 2023).



Se condenó a una mujer que pretendía ingresar dos gramos de cocaína a un establecimiento de reclusión carcelaria, donde iba a visitar a su compañero sentimental. La persona fue condenada en ambas instancias.



¿Se configura el tipo penal de porte y tráfico de estupefacientes ante la conducta de portar sustancias psicoactivas para compartirlas con una persona con quien se tiene una estrecha relación?



La Corte decidió casar la sentencia y absolver a la procesada. Se reiteró que la jurisprudencia exige que para que la conducta de “llevar consigo” sustancias psicoactivas sea un hecho punible, se exige que la finalidad sea la venta o distribución (elemento subjetivo), lo cual debe ser probado por la Fiscalía. También recordó que estos casos se deben resolver dogmáticamente desde el análisis de la tipicidad, no de la antijuridicidad; así, cuando el porte es para consumo personal, la conducta es atípica. Reiteró que, pese a la vigencia de la dosis personal, esta no es un criterio para determinar la punibilidad de una conducta, porque lo decisivo no es la cantidad de drogas que se porte, sino la finalidad de tráfico o distribución.

Se dijo que, de acuerdo con los hechos probados en el proceso, se puede inferir razonablemente que la intención de la persona era compartir o suministrar la sustancia a la persona que se encontraba detenida en el centro de reclusión.

También se argumentó que la Corte ya había planteado la posibilidad de que el exceso de los límites de la dosis personal pueda corresponder a factores no representativos de afectación a la salud pública, como el consumo recreativo, el abastecimiento para consumos futuros o el consumo de dosis compartida.

En esta sentencia la dosis compartida fue definida como aquella circunstancia en la que el portador no considera el porte de drogas para la distribución a sujetos indeterminados, sino para suministrarla o compartirla, sin ánimo de lucro, con un estrecho círculo de individuos con los que hay una relación personal o circunstancial. Por tanto, se dijo que hay formas de suministro que no encajan dentro de la estructura típica del delito de porte y tráfico de estupefacientes, como suministro entre adultos, bajo mutua voluntad y con el propósito de consumo personal por parte del receptor.

Así las cosas, la Corte aclara que la conducta de portar sustancias psicoactivas con el fin de compartirla con una o varias personas con quienes se tiene una relación estrecha —si es un acto libre, voluntario y horizontal, asociado a relaciones de confianza y responsabilidad mutua— es una conducta atípica. Esto porque el peligro generado para la salud es meramente individual y no alcanza el carácter público, que es el bien jurídico protegido por el delito (salud pública). Además, porque el consumo compartido se equipara al personal, debido a la autonomía y espontaneidad de los consumidores.

Bibliografía

Belackova, V., Tomkova, A. & Zabransky, T. (2016). Qualitative research in Spanish cannabis social clubs: “The moment you enter the door, you are minimising the risks”. *International Journal of Drug Policy*, 34, 49-57. <https://doi.org/10.1016/j.drugpo.2016.04.009>

Britto, L. (2022). *El boom de la marihuana. Auge y caída del primer paraíso de las drogas en Colombia*. Crítica, Universidad de los Andes.

Calzada, R. (2013). *Nombrando las drogas* [Documentos de trabajo]. Espolea. <http://www.espolea.org/uploads/8/7/2/7/8727772/ddt-nombrandolasdrogas.pdf>

Centro de Estudios sobre Seguridad y Drogas [CESED]. (2022, 26 de septiembre). ¿Cuáles son las iniciativas legislativas para reformar la política de drogas? [video de YouTube]. <https://www.youtube.com/watch?v=RYSx2VXDIAA>

Coalición de Acciones Para el Cambio, Elementa DD. HH., CESED, Viso Mutop, ATS, Fescol, FIP, Deliberar & Dejusticia. (2023). *Comunicado conjunto sobre la regulación del cannabis de uso adulto*. <https://ideaspaz.org/publicaciones/noticias/2023-05/comunicado-conjunto-sobre-el-tramite-de-la-regulacion-del-cannabis-de-uso-adulto-en-el-congreso>

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas [Comité DESC]. Observación General n.º 14. El derecho al disfrute al más alto nivel posible de salud. Doc. ONU E/C.12/2000/4 (11 de agosto de 2000). <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>

Congreso de la República de Colombia. (2009a). *Gaceta del Congreso 161*. Imprenta Nacional de Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2009b). *Gaceta del Congreso 240*. Imprenta Nacional de Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2009c). *Gaceta del Congreso 281*. Imprenta Nacional de Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2009d). *Gaceta del Congreso 374*. Imprenta Nacional de Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2009e). *Gaceta del Congreso 380*. Imprenta Nacional de Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2009f). *Gaceta del Congreso 782*. Imprenta Nacional de Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2009g). *Gaceta del Congreso 1211*. Imprenta Nacional de Colombia.

Cruz Olivera, L. (2023, septiembre 14). Marihuana en Colombia: del laberinto al club. *Dejusticia*. <https://www.dejusticia.org/marihuana-en-colombia-del-laberinto-al-club/>

Cruz Olivera, L. & Pereira-Arana, I. (2021). *Laberintos de prohibición y regulación: los grises de la marihuana en Colombia*. Dejusticia, CEDD.

Decorte, T. (2015). Cannabis social clubs in Belgium: Organizational strengths and weaknesses, and threats to the model. *International Journal of Drug Policy*, 26(2), 122-130. <https://doi.org/10.1016/j.drugpo.2014.07.016>

Decorte, T., Pardal, M., Queirolo, R., Boidi, M. F., Sánchez Avilés, C. & Parés Franquero, Ò. (2017). Regulating Cannabis Social Clubs: A comparative analysis of legal and self-regulatory practices in Spain, Belgium and Uruguay. *International Journal of Drug Policy*, 43, 44-56. <https://doi.org/10.1016/j.drugpo.2016.12.020>

Departamento Nacional de Planeación [DNP]. (2000). *Política de prevención integral frente al consumo de sustancias psicoactivas. Documento Conpes 3078*. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3078.pdf>

Federal Office of Public Health [FOPH]. (2024a). *Overview of authorised pilot trials*. <https://www.bag.admin.ch/bag/en/home/gesund-leben/sucht-und-gesundheit/cannabis/pilotprojekte/bewilligte-pilotversuche.html>.

Federal Office of Public Health [FOPH]. (2024b). *Pilot trials with cannabis*. <https://www.bag.admin.ch/bag/en/home/gesund-leben/sucht-und-gesundheit/cannabis/pilotprojekte.html>

Filomena, D. & Uprimny, R. (2020). La jurisprudencia penal sobre la marihuana de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. En Muro Polo, A., *El control de constitucionalidad de las Altas Cortes sobre la prohibición del consumo de cannabis en América Latina* (pp. 177-206). Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Global Health Advocacy Incubator [GHA1]. (2022). *Marketing al descubierto: una amenaza para la salud pública global y las políticas alimentarias*. https://uppindustrywatch.net/Marketing_Exposed_Report_es.pdf

Guzmán, D. E. & Uprimny, R. (2010). *La prohibición como retroceso. La dosis personal en Colombia* [Serie Reforma legislativa en materia de drogas n.º 4]. Washington Office on Latin America, Transnational Institute. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_170.pdf

Heyman, G. M. (2013). Addiction and choice: Theory and new data. *Frontiers in Psychiatry*, 4, art. 31. <https://doi.org/10.3389/fpsy.2013.00031>

Instituto de Regulación y Control de Cannabis [IRCCA]. (2024). *¿Qué son los clubes de membresía?* <https://ircca.gub.uy/vias-de-acceso/clubes-de-membresia/>

Jiménez Ospina, A., Pereira Arana, I., Uprimny, R., Cruz Olivera, L. F. & León Marín, M. J. (2022, 14 de octubre). Intervinimos en una demanda contra la penalización del uso de drogas. *Dejusticia*. <https://www.dejusticia.org/litigation/intervinimos-en-una-demanda-contra-la-penalizacion-del-uso-de-drogas/>

Lines, R. & Barrett, D. (2018). Cannabis Reform, 'Medical and Scientific Purposes' and the Vienna Convention on the Law of Treaties. *International Community Law Review*, 20(5), 436-455. <https://doi.org/10.1163/18719732-12341384>

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [OACNUDH]. (2023). Desafíos en materia de derechos humanos a la hora de abordar y contrarrestar todos los aspectos del problema mundial de las drogas. Doc. ONU A/HRC/54/53 (15 de agosto de 2023). <https://www.ohchr.org/es/documents/thematic-reports/ahrc5453-human-rights-challenges-addressing-and-counterung-all-aspects>

Pacula, R. L., Kilmer, B., Wagenaar, A. C., Chaloupka, F. J. & Caulkins, J. P. (2014). Developing Public Health Regulations for Marijuana: Lessons From Alcohol and Tobacco. *American Journal of Public Health*, 104(6), 1021-1028. <https://doi.org/10.2105/AJPH.2013.301766>

Pereira Arana, I. (2024, 18 de enero). Los caminos para regular las drogas: límites y posibilidades dentro de los tratados. *Dejusticia*. <https://www.dejusticia.org/column/los-caminos-para-regular-las-drogas-limites-y-posibilidades-dentro-de-los-tratados/>

Pereira Arana, I. & Ramírez, L. (2019). *Los caminos del dolor. Acceso a cuidados paliativos y tratamiento por consumo de heroína en Colombia*. Dejusticia. <https://www.dejusticia.org/publication/los-caminos-del-dolor-acceso-a-cuidados-paliativos-y-tratamiento-por-consumo-de-heroina-en-colombia/>

Real Academia de la Lengua Española. (s. f.-a). Antijuricidad material. En *Diccionario panhispánico del español jurídico*. <https://dpej.rae.es/lema/antijuricidad-material>

Real Academia de la Lengua Española. (s. f.-b). Atipicidad. En *Diccionario panhispánico del español jurídico*. <https://dpej.rae.es/lema/atipicidad>

Referendo contra las drogas. (1994, 19 de mayo). *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-131226>

Rodríguez Llach, A., Cruz Olivera, L. F. & Pereira Arana, I. (2021). *Principios Fiscales Cannábicos: elementos para el debate regulatorio en Colombia*. Dejusticia. <https://www.dejusticia.org/publication/principios-fiscales-cannabicos-elementos-para-el-debate-regulatorio-en-colombia/>

Salazar, H. (2009, 25 de agosto). Debate por dosis personal en Colombia. *BBC Mundo*. https://www.bbc.com/mundo/america_latina/2009/08/090825_1830_colombia_drogas_dosis_wbm

Sánchez Avilés, C. & Collins, M. (2018). *Better to Ask Forgiveness than Permission: Spain's Sub-National Approach to Drug Policy* [Policy Brief 12]. Global Drug Policy Observatory, Swansea University. <https://gdpo.swan.ac.uk/?p=512>

Scholten, W. (2015). Make Your Words Support your Message. *Journal of Pain & Palliative Care Pharmacotherapy*, 29(1), 44-47. <https://doi.org/10.3109/15360288.2014.997855>

Szalavitz, M. (2016). *Unbroken Brain: A Revolutionary New Way of Understanding Addiction*. St. Martin's Press.

Tokatlian, J. (2000). La polémica sobre la legalización de drogas en Colombia, el Presidente Samper y los Estados Unidos. *Latin American Research Review*, 35(1), 37-84. <https://doi.org/10.1017/S0023879100018306>

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito [UNODC]. (2023). *Informe mundial sobre las drogas 2023*. https://www.unodc.org/res/WDR-2023/WDR23_ExSum_Spanish.pdf

Jurisprudencia

Acto Legislativo 02 de 2009. *Por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política*. 21 de diciembre de 2009. DO: 47 570.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-176 de 1994 (M. P. Alejandro Martínez Caballero; 12 de abril de 1994).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-221 de 1994 (M. P. Carlos Gaviria Díaz; 5 de mayo de 1994).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-551 de 2003 (M. P. Eduardo Montealegre Lynett; 9 de julio de 2003).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-574 de 2011 (M. P. Juan Carlos Henao Pérez; 22 de julio de 2011).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-882 de 2011 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 17 de octubre de 2012).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-491 de 2012 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; 28 de junio de 2012).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-253 de 2019 (M. P. Diana Fajardo Rivera; 6 de junio de 2019).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-404 de 2022 (M. P. Diana Fajardo Rivera; 16 de noviembre de 2022).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-127 de 2023 (M. P. Juan Carlos Cortés; 27 de abril de 2023).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 18609 (M. P. Hernán Galán Castellanos; 8 de agosto de 2005).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 28195 (M. P. Julio Enrique Socha Salamanca; 8 de octubre de 2008).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 29183 (M. P. José Leónidas Bustos Martínez; 18 de noviembre de 2008).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso 31531 (M. P. Yesid Ramírez Bastidas 08 de julio de 2009).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 35978 (M. P. Fernando Alberto Castro Caballero; 17 de agosto de 2011).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 33409 (M. P. José Leónidas Bustos Ramírez; 3 de septiembre de 2014).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 44891 (M. P. Patricia Salazar Cuéllar; 17 de junio de 2015).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 41760 (M. P. Gustavo Enrique Malo Fernández; 9 de marzo de 2016).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 43725 (M. P. Eugenio Fernández Carlier; 15 de marzo de 2017).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 44997 (M. P. Patricia Salazar Cuéllar; 11 de julio de 2017).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 50512 (M. P. Patricia Salazar Cuéllar; 28 de febrero de 2018).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 46848 (M. P. Patricia Salazar Cuéllar; 14 de marzo de 2018).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 49421 (M. P. José Luis Barceló Camacho; 15 de agosto de 2018).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 54041 (M. P. Jaime Humberto Moreno Acero; 20 de noviembre de 2019).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 60332 (M. P. Miriam Ávila Roldán; 21 de junio de 2023).

Este texto es una respuesta al debate sobre la necesidad de reformar la Constitución para regular el mercado de cannabis o de cualquier sustancia psicoactiva ilícita en Colombia, dada la prohibición al porte y consumo introducida al artículo 49 constitucional en 2009. Luego de analizar los debates legislativos que precedieron a la reforma y la jurisprudencia, se concluye que si se quiere que la regulación del mercado de cualquier sustancia psicoactiva cuente con seguridad jurídica, es necesaria dicha reforma. Aun así, con una dosis de realismo, este documento plantea una regulación legal compatible con la Constitución Política y la jurisprudencia de las altas cortes: los clubes sociales cannábicos (CSC).

Para llegar a estas conclusiones, partimos de la despenalización del porte y consumo de sustancias psicoactivas en Colombia y sus efectos. Luego —desde un ejercicio de interpretación historicista— retomamos los debates que antecedieron a la prohibición constitucional del artículo 49, los exámenes de constitucionalidad que tuvo el acto legislativo que reformó la Constitución y la línea jurisprudencial sobre el tratamiento jurídico penal que le ha dado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia al porte de sustancias psicoactivas. Con esto se aclaran los efectos de la reforma y el desarrollo de la jurisprudencia constitucional y penal de las altas cortes bajo esta prohibición. Finalmente, se explica qué son los CSC y por qué son una solución viable en el campo político.

ISBN: 978-628-7517-87-5



9 786287 517875