

# Dosis mínima, ¿Violación al Libre Desarrollo de la personalidad?\*

■ Por: *Jorge Hernando Galeano Arias\*\**

Recibido: febrero 6 de 2017

Aprobado: junio 6 de 2017

## Resumen

En Colombia, está permitido el consumo de sustancias ilegales (psicoactivas, psicotrópicas) pues se entiende, que quienes las consumen no son delincuentes, sino adictos que deben ser tratados con políticas de prevención y tratamiento, tal cual como lo expresa la Ley 1556 de 2012.

De igual manera, existe una dosis mínima sobre la cual, a pesar de las múltiples sentencias tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, no se es claro sobre la cantidad de sustancia (dependiendo cual sea el tipo de droga) puede tener una persona. En términos generales, se puede señalar que cada caso es distinto, por lo cual, no se puede tasar taxativamente cual es la cantidad que se puede portar, pero lo que sí es claro, es que esta cantidad no puede ser ilimitada.

Existen serias divergencias de orden jurídico, en especial de política criminal antidrogas ante estas posturas, puesto que argumentan que, con la no dosificación del porte máximo, se permite que redes de micro tráfico se apoyen en este vacío, para argumentar que no se encontraban traficando, sino que, su mera tenencia era para consumo posterior de quien fue hallado portando estas sustancias.

El problema surge cuando se viola el derecho consagrado en el artículo 16 constitucional sobre el libre desarrollo de la personalidad, el cual sugiere que las personas tienen derecho a decidir libremente sobre su voluntad, el consumo de sustancias psicoactivas es una de estas. Sin importar si este consumo es excesivo o no, lo importante es el respeto por este, de lo contrario, se deberían tipificar actos como el suicidio.

Así las cosas y en el marco del respeto por los otros, pero considerando que existen sustancias que afectan tanto el comportamiento como la salud humana (tabaco, alcohol) que son legales y su venta y consumo no tienen topes legales, se hace necesario pensarse si realmente debe existir una tasación a la dosis mínima de sustancias prohibidas por el régimen jurídico colombiano.

**Palabras clave:** Consumo mínimo; Sustancias ilegales; Regulación; Libre desarrollo de la personalidad.

---

\* Artículo de Investigación desarrollado en el Grupo de Investigación “Escuela de Derecho Penal Nullum Crimen Sine Lege UN”, de la Universidad Nacional de Colombia Reconocido y Clasificado en A por Colciencias 2017, Proyecto “Debates criminológicos y dogmáticos entre el derecho penal clásico y el derecho penal moderno”, financiado por la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y sociales - Universidad Nacional de Colombia, Proyectos UNIJUS código 37706.

\*\* Abogado Universidad Nacional de Colombia, Magister © en Derecho énfasis en Derecho Penal, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Correo electrónico: [jhgaleanoa@unal.edu.co](mailto:jhgaleanoa@unal.edu.co)

## *Personal dose: ¿Transpose personality free development?*

### **Abstract**

In Colombia, it can use illegal substances (psychoactive, psychotropic) because it is understood that those who consume them are not delinquents, but addicts who must be treated with prevention and treatment policies, as expressed in law 1556 of 2012.

However, there is a minimum dose on which, despite the multiple sentences of both the Constitutional Court and the Supreme Court of Justice, it is not clear how much substance (depending on the type of drug) Can have one person. In general terms, it can be pointed out that each case is different, therefore, it is not possible to assess exhaustively what is the amount that can be carried, but what is clear, is that this amount can not be unlimited.

There are serious divergences in the legal order, especially in the area of anti-drug criminal policy, since they argue that, with the non-dosing of maximum capacity, micro-trafficking networks are allowed to rely on this vacuum to argue that they were not Trafficking, but that their mere possession was for later consumption of who was found carrying these substances.

The problem arises when the right enshrined in the sixteenth constitutional article on the Free Development of the Personality is violated, which suggests that people have the right to freely decide on their will, and substance use is one of them. Regardless of whether this consumption is excessive or not, what is important is respect for this, otherwise, acts such as suicide should be typified.

Thus, in the context of respect for others, but considering that there are substances that affect both behavior and human health (tobacco, alcohol) that are legal and their sale and consumption have no legal limits, it is necessary to think If there really should be an assessment of the minimum dose of substances prohibited by the Colombian legal regime.

**Keywords:** Minimum consumption; Illegal substances; Regulation; Free personality development.

## Introducción

El presente trabajo se centrará sobre el consumo de sustancias prohibidas por el régimen jurídico colombiano de parte de personas mayores de edad, puesto que se considera que las condiciones cambian según sea el sujeto. Definiendo así el sujeto como persona mayor de edad en estado de conciencia que decide consumir sustancias ilegales, el espacio a Colombia bajo su régimen jurídico y la temporalidad como la actualidad.

En la primera parte, se realiza una revisión dogmática sobre lo que significa el derecho al libre desarrollo de la personalidad y al consumo de la dosis mínima, para así, poder entender como es el derecho fundamental consagrado en el artículo 16 constitucional, el cual debe regular cuales deben ser los límites para el consumo de drogas ilegales.

En segundo lugar, se reconstruirá una línea jurisprudencial de lo existente sobre el tema de dosis mínima en Colombia, principalmente de las sentencias hito de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, analizando las modificaciones realizadas o la amplitud que se le ha permitido a las normas. Por último, se pondrá una postura a modo de conclusión que recurrirá a los estudios jurídicos críticos.

Ahora bien, entrando en materia se puede decir que la droga puede ser definida como aquella sustancia que modifica o altera el cuerpo humano sea por su físico, inteligencia o estado de ánimo (López, Santín, Torrico, & Rodríguez, 2003, p. 6). Esta palabra, aunque culturalmente tiene una connotación negativa, no significa que todas las drogas sean ilegales, lo que genera una gran confusión dentro de la sociedad.

En Colombia existen drogas legales (como lo es el caso del alcohol, del tabaco y hasta de la marihuana<sup>1</sup>), lo que significa que también existen ilegales y a pesar de que su consumo se encuentra prohibido por la ley, existen excepciones principalmente de orden jurisprudencial, pues han sido las cortes las progresistas respecto de este tema.

Lo anterior genera una confusión y va directo a el por qué existen drogas legales y otras ilegales y por qué hasta sobre las ilegales existe una permisividad respecto de su consumo. Para contestar estas preguntas, es necesario entender que no se ha medido de manera científica (para tener representación en la ley), el nivel de afectación de las sustancias, pues aunque existan estudios sobre casi todas, estos como ya se dijo, no se han visto representadas en la legislación. El cigarrillo es una de las principales causas de muerte en el mundo, pero está permitido, mientras que sobre la marihuana, se le han llegado hasta a encontrar efectos medicinales y es ilegal (Lachenmeier & Rehm, 2016).

Se puede deducir que la prohibición responde más a aspectos morales y éticos que a cualquier otra razón, lo que no representa, que sean más o menos importantes que los científicos, pues los valores fundantes de una sociedad van desde su constitución hasta la norma más baja. Pero esta afirmación, también nos lleva a pensar que existen derechos individuales que deben ser respetados y en este caso se podría hablar del consumo de drogas.

A pesar de que Colombia tiene un alto nivel de consumo de drogas ilegales entre jóvenes (Iregui, Palacios, Torres, Moreno, & Triana, 2017) también es cierto que sus niveles de rechazo social son altos, lo que provoca una dualidad que puede ser entendida como hipocresía social del comportamiento.

---

1 Esta última para fines medicinales.

Otro argumento contra el consumo de drogas, es que no puede haber consumo sin tráfico, es decir, la oferta no existiría sino existiese la demanda. Y dado que el narcotráfico le ha hecho demasiado daño al país, no se puede permitir por medio de la ley, una conducta que alimenta directamente un hecho ilegal. Pero este argumento es débil, pues gran cantidad de las drogas que produce el narcotráfico en Colombia son para exportación, no es gratuito que Colombia sea el principal productor de cocaína del mundo (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito -UNODC-, 2016) y Estados Unidos el principal consumidor, que envía dinero al primero para la eliminación de estos cultivos.

El debate de las drogas, se debe centrar principalmente, en cómo se está llevando a cabo su consumo, cuales son las razones y por qué debe existir una diferenciación entre drogas legales e ilegales. Que, aunque después de jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, permite igual el consumo no penalizado de sustancias psicoactivas no permitidas por la ley, si les pone límites a estos, violando el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad.

Todos los seres humanos somos conscientes de las decisiones que tomamos y al vivir en una democracia liberal, se deben respetar los derechos de garantía de la libertad y no juzgar desde teorías peligrosas y de la sociedad de riesgo. Al no tener en cuenta estos derechos de libertad consagrados en la Carta Constitucional de 1991, se cae en inconsistencias como las ya señaladas.

Lo anterior, dado que los avances del sistema penal según el avance de la sociedad, debe ser guiado por los cambios producidos dado que:

La intensidad del castigo tiende a disminuir en la medida en que las sociedades se vuelven más avanzadas y, al mismo tiempo, la privación de la libertad por medio del confinamiento surge como la forma predilecta del castigo, sustituyendo diversos métodos capitales y corporales que le antecedieron (Huertas & Durkheim, 2009).

Es decir, el juzgamiento penal de todos los hechos que afectan moralmente a una sociedad, son típicos de sociedades retrogradadas que no responden al avance social.

## **1. Derecho al libre desarrollo de la personalidad y dosis mínima**

### **1.1 Derecho al libre desarrollo de la personalidad**

El Derecho al libre desarrollo de la personalidad, es un derecho de corte liberal, el cual señala a grandes rasgos, que todas las personas tienen el derecho a comportarse como les parezca dentro de su razonabilidad, con el límite de los derechos de los demás y del orden jurídico.

Se debe entender, que los seres humanos somos seres vivientes dotados de razón, entendida esta como la capacidad de tomar decisiones ante distintas situaciones (estas decisiones son tomadas en todos los momentos de la vida, desde la elección del desayuno, hasta que profesión escoger), sobre esto Kant señala que las decisiones son tomadas con la intención de la razón, por medio de una determinación a priori, puesto que la conciencia del objeto puede ser insuficiente dada la experiencia, pero esto demuestra la trascendencia de la razón (Kant, p. 237).

Sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad, señala Carlos Santiago Nino<sup>2</sup>

---

2 Esta lectura no es propia del autor, sino como el mismo señala, es su reconstrucción junto con algunas adiciones de "Sandel, Michael J., Liberalism and the limits of justice, Cambridge, 1982".

que existen cinco elementos fundamentales los cuales son:

- i. Las personas están constituidas por capacidades de elección y así mismo, estas elecciones pueden ser revisadas o abandonadas;
- ii. estas elecciones que se dan sobre intereses o deseos, no deben ir precisamente guiadas en busca de un fin, es decir, se pueden tomar decisiones sin que estén guiadas a un fin específico.
- iii. esta separación de intereses y deseos sobre algún fin, no es necesariamente el desconocimiento de los fines de las personas.
- iv. las personas tienen distintos fines e intereses y;
- v. las comunidades no pueden ser valoradas como personas, por lo cual, no se puede concebir que dos personas que pertenezcan a una misma comunidad, tengan un mismo fin (Nino, 2007, p. 172).

En Colombia, al artículo 16 constitucional, señala que *“Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”* (Asamblea Nacional Constituyente, 1991). Esto significa que los ciudadanos colombianos cuentan con el derecho a la libertad de comportamiento y toma de decisiones, es decir, el Estado optó por permitirles a sus ciudadanos a que por medio de la razón, decidan como llevar su vida, sus objetivos y sus fines.

## **1.2 Dosis mínima**

La dosis mínima es la cantidad que se permite consumir a un ciudadano sobre cualquier tipo de sustancia ilegal. Es de subrayar la condición de ilegalidad, puesto que sobre las legales (en el caso colombiano lo son el

tabaco y el alcohol) no existe un límite sobre su consumo en la ley. Por lo anterior, cuando nos referimos a dosis mínima, estamos hablando exclusivamente de sustancias ilegales.

En Colombia existe una gran cantidad de sustancias prohibidas por la ley, no solo psicoactivas sino psicotrópicas, que actúan en el sistema nervioso.

## **2. Revisión doctrinal**

### **2.1 Sociedad de riesgo y consumo de sustancias ilícitas**

La sociedad de riesgo es conocida como aquella en la cual según el reparto de las riquezas y con nuevos modelos de producción propios de la sociedad moderna, se ve afectado el sistema. Es decir, así como existe un reparto de los medios de sostenibilidad individual, de igual manera existe un reparto de riesgos a cada clase social (Beck, 2002, p. 25). Por lo cual, en la apropiación de estos medios de sostenibilidad individual, señala Omar Huertas, se generan altas tasas de criminalidad en las sociedades que se explican como consecuencia de la primacía absoluta y excluyente de las instituciones económicas (Huertas, 2010).

Lo anterior, acompañado del nuevo constitucionalismo y su interpretación en materia criminal, para esto se debe resaltar en primer lugar la disputa que existe actualmente entre eficientismo y garantismo. Se debe señalar, que en las sociedades modernas, donde es parte fundamental de las constituciones el respeto a los derechos humanos, la manera en la que se lleva la política criminal es distinta, a lo que era antes del respeto a los mismos.

En estos momentos, principalmente en las sociedades occidentales, existe la disputa entre cómo se hace para que la política criminal tenga verdaderos efectos en las cifras sobre

criminalidad e impunidad, pero al mismo tiempo como se hace lo anterior respetando los derechos humanos. No es lo mismo una sociedad donde se permitan los malos tratos y las interceptaciones sin previa autorización, a una donde se deben respetar todas las garantías procesales no solo del derecho interno, sino también de acuerdos y tratados internacionales muchas veces introducidos al bloque de constitucionalidad de los países.

En los países occidentales, en especial en países con el desarrollo jurídico y de percepción social de la justicia como Colombia, el eficientismo se asemeja a la pena, es decir, se entiende que entre más condenas hayan, más eficaz es el derecho, y por lo tanto más validez social tiene el mismo (Aponte, 2016, p. 1).

El derecho penal mínimo y garantista, debe llevar a la despenalización de los conflictos sociales y delitos, porque aunque existan más penas, también existirán más impunidades (Baratta, 1998, p. 66). Esto es importante de resaltar, puesto que el debate de eficacia Vs. Garantismo, se puede tomar como una simple interpretación, puesto que entre más se criminalicen hechos sociales, mas delincuentes existirán y sí se crean más delincuentes, el aparato de judicialización debe crecer igual, hecho que no pasa, pues no existe un modelo judicial perfecto.

Actualmente, condenar el consumo de drogas, no resuelve los problemas sociales de fondo de la sociedad colombiana, sino que por el contrario se crean nuevos delincuentes para los cuales no existe una capacidad judicial tanto de individualización como de juzgamiento. Criminalizar el consumo de drogas en aras de solucionar una conducta reprochable moralmente, lo único que genera según Baratta, es aumentar la peligrosidad y eso que esto tiene unas repercusiones psicológicas para quienes realizan un hecho que es ilegal (hecho que no se será tratado en el presente artículo).

En Colombia, se podría decir existe un retroceso en materia penal, lo anterior sustentado en que se está empezando a aplicar el derecho penal del enemigo ya no solo para conductas graves, sino también para conductas que no alteran el orden social en gran medida (Sotomayor, 2008, p. 150). El derecho penal de autor ha sido uno de los principales problemas para el desarrollo garantista del derecho penal, en especial en estos momentos donde el derecho penal del mundo occidental se está centrando en el manejo que se le está dando a delitos de terrorismo.

El daño se ha causado ya que cuando se aplica un castigo a un delincuente por un delito y este castigo se ve como grave para el condenado, la sociedad empieza a exigir de manera constante el mismo castigo para delitos que no tienen una trascendencia social tan grave, pero que son realizados de manera sistemática contra las personas de a pie. Sin ánimos de entrar en el debate sobre el populismo punitivo, cuando en el derecho penal se abre una brecha para juzgar más fuertemente sobre un delito, inmediatamente los otros delitos por presión social empiezan a exigir la misma pena, aunque la repercusión y el daño sean menores.

Para concluir este aparte, se hace necesario señalar que la Constitución Colombiana de 1991 es de corte liberal y garantista, pues por el contexto político y social que vivía Colombia en esos momentos, no podía ser concebida de otra manera (Orozco & Gabriel, 1999, p. 5). Además de lo anterior, se entiende por eficientismo, al recorte de garantías individuales y al garantismo como el expansionismo de las mismas, por lo cual, se tienen como contrapuestas dentro del modelo judicial actual.

Por último, hay que mencionar las diferencias entre modelos, uno que pretende dar más garantías según la constitución y otro que pretende criminalizar más actos para proteger

una concepción moral. Todo lo anterior entra en juego respecto del consumo de sustancias psicoactivas, puesto que si tenemos una constitución que garantiza los derechos y libertades individuales, pero estas encuentran un contrapeso en la forma en cómo se está desarrollando el derecho penal y la forma en la que se está legislando los tipos penales, se debe sopesar cuál de los dos tiene más fuerza para hacer prevalecer la constitución.

## **2.2 Atipicidad del consumo de sustancias ilícitas**

Existe dentro de la estructura del delito tres categorías que deben ser desarrolladas según cada caso en particular. Dentro de la teoría del delito en términos generales están tres: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, tres requisitos que debe componer toda acción dado que, si faltare uno, ya no se podría decir que cierta persona cometió cierto delito.

Es necesario empezar desarrollando el término de tipicidad, el cual según Velásquez es la descripción de la conducta realizada por el legislador, como es frecuente en la parte especial del código penal correspondiente (Velásquez, 2007, p. 261). De igual manera se dice que es un instrumento legal, puesto que pertenece a la parte de la norma, a la adecuación de la realidad a la legalidad según lo expresado. Ya, así las cosas se procederá a realizar un análisis de como aplica en Colombia y si es posible adecuar típicamente un consumo de dosis mínima o mayor de sustancias ilegales a una persona, o si los métodos de tratamiento son distintos.

En el artículo 376 del Código Penal Colombiano, existe la prohibición expresa a quien “lleve consigo cualquier sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas” (Ley

599 del 2000, 2000). La Corte Constitucional en su jurisprudencia, ha declarado exequible condicionado este “lleve consigo”, pero por el momento, no nos centraremos en esta parte, dado que será tratado en acápite posterior.

Pero de lo anterior, es necesario señalar la falta de tipicidad que existe tanto por vía normativa como con su complemento jurisprudencial del consumo de drogas. Así las cosas, y aunque no existe una prohibición expresa al consumo, si existe un mínimo, es decir, una dosis mínima la cual no es tasada pero que si permite distintas interpretaciones.

Aunque existen autores que critican que se hayan incorporado al sistema este tipo de atipicidades, como los que señalan que desde la bioética el derecho no ha tenido en cuenta los efectos adversos de salud pública que las drogas traen consigo (Tellez & Bedoya, 2015), también existen quienes defienden esta posición, tal es el caso de Kreuzer, quien señala que sin importar cuál sea el método con el cual se intente combatir el problema de las drogas, todas tienen efectos ambivalentes, por lo cual se debe intentar dar un trato más humano al mismo y desde allí partir a medir los efectos tanto positivos como adversos al mismo (Kreuzer, 1982, p. 75).

Es necesario señalar, que a pesar de que el consumo de drogas si es un problema de salud pública, tipificarlo no garantiza que sea menos cometido o que su penalización tenga una función social esperada. Por lo ya expresado, la atipicidad del consumo de drogas está dada en Colombia, lo que genera otra confusión, y es porque se llama dosis mínima si esta no es taxativa y además si se supera con fines de consumo tampoco es penalizable según la normativa colombiana.

Además, al contextualizarse en términos de los delitos sucedidos en Colombia que realmente persisten en hechos atentatorios de la

humanidad, se tiene como conclusión que el derecho sigue estático preocupado por otras acciones menor importantes (Huertas, Amaya, & Malte, 2013), que para el caso, se podría comprender al consumo de sustancias ilícitas.

### **3. Análisis jurisprudencial**

#### **3.1 Corte Suprema de Justicia**

La Corte Suprema de Justicia ha tenido distintas posturas sobre el tema de la dosis mínima. Pero para el estudio actual, señalaremos las dos últimas sentencias sobre este tema y un comunicado que consideramos son los principales para entender en la actualidad como es la interpretación de la Corte respecto de esto.

En primer lugar, es necesario señalar la sentencia en la cual la corte señala que no existen claramente unos mínimos dentro de la conocida dosis personal, es decir, nadie puede ser juzgado por portar más lo que se consideraba la dosis dependiendo de cada sustancia en casos particulares. Esto, dado que según lo expuesto, el consumo de los adictos es distinto según las particularidades, además, estos pueden provisionarse para futuros consumos.

De esta manera, se salda el debate sobre la cantidad que, aunque no sea taxativamente determinada, si existen unos mínimos a razonar de parte del juzgador. Sobre esta sentencia, es necesario resaltar que esto solo aplica para quienes consuman, no para quien la porte con otros fines (SP2940, 2016).

Posteriormente la Corte Suprema de Justicia, con sentencia del Magistrado Ponente Eugenio Fernández Carlier (El mismo Magistrado ponente de la SP2940 de 2016), señala una particularidad, y es como proceder respecto del juzgamiento de aquellos que siendo adictos también trafican con sustancias ilícitas.

Para esto, el alto tribunal entiende que como bien señala el Código Penal, cualquier tipo o intento de comercialización de sustancias ilegales está prohibido, por lo cual, no se puede alegar ser consumidor si se llegase a comprobar que lo más mínimo de lo portado era para su venta o inclusive para ser obsequiado.

Es decir, aunque en sentencia anterior la Corte Suprema de Justicia dijo que la dosis personal no es taxativa y que dependiendo el caso se debe valorar el nivel de consumo, para este caso concreto no es eximente de responsabilidad ser adicto, si la droga encontrada tenía en una pequeña parte fines de comercialización (SP4131, 2016).

Por último, la Corte Suprema de Justicia, en comunicado de 3 de abril de 2017, señala a manera de conclusión e intentando unificar los criterios de las dos sentencias señaladas anteriormente, que para que una persona pueda ser judicializada por el porte de sustancias ilícitas, se debe comprobar que todo o al menos una parte de estas tenían fines de tráfico, de lo contrario y probando la condición de consumidor, no existe margen de acción para la sanción en el derecho penal (Comunicado, 2017).

#### **3.2 Corte Constitucional**

La Corte Constitucional ha sido más activa que la Corte Suprema respecto de los temas de dosis mínima, sobre esta, señalaremos tres sentencias que cambiaron la forma de concebir el consumo en Colombia, en especial la C-491 de 2012.

En primer lugar, en el 2011 la Corte Constitucional señala que el consumo de drogas no puede ser visto como un elemento criminal, sino de salud pública el cual, el Estado es el encargado de brindar todas las herramientas para que estos adictos (enfermos), tengan la posibilidad de recuperarse (Corte Constitucional, 2011). La Corte termina no decidiendo de fondo sobre el tema demandado

por cuestiones de la forma en la cual se presentó la demanda, pero si esbozó a grandes rasgos, el cambio en la política criminal que se tendría sobre el tratamiento penal y/o disciplinario a quienes de manera voluntaria deciden consumir sustancias ilegales.

Posteriormente, en sentencia de 2012, la Corte a pesar de las críticas y la solicitud de la Procuraduría General de la Nación, señala que no es penalizable el consumo de sustancias psicoactivas y reitera que si se puede considerar un problema de salud pública y por lo cual se deben tomar medidas de parte del Estado. También señala que en el caso que se encuentre a alguien portando estas sustancias, no se le puede infligir ningún castigo penal, más si se le pueden retener y destruir las sustancias que portaba (Corte Constitucional, 2012).

Lo anterior marcó un hito en el derecho penal colombiano, puesto que se dejó de ver totalmente al consumidor como un delincuente, para empezar a tratarlo como un enfermo, pero enfermo que además posee derechos y su tratamiento no puede ser forzado, esto porque la Corte entendió que el consumo se da en el marco de un razonamiento humano y que su tratamiento o no, de igual manera depende de la voluntad de quien está consumiendo.

Dicha sentencia no solo intenta diferenciar el tipo de consumidor, sino que a pesar de la diferenciación también reconoce que todos los ciudadanos colombianos tenemos derechos y en el marco del respeto por estos derechos, deben primar las libertades individuales basadas en el razonamiento sobre problemas éticos sociales.

Por último, la Corte Constitucional en pronunciamiento de 2016, señala complementando su sentencia del 2012, ya que todas las personas que consuman drogas serán tratadas como enfermas, el Estado es el encargado de proveer los mecanismos para el tratamiento de esta enfermedad. Esto es muy importante

porque la Corte enuncia que las instituciones de educación, así como los entes encargados de la prestación del servicio de salud, deben tener un dinero destinado a la prevención y al tratamiento del mismo (Corte Constitucional, 2016).

Esta parte representa un avance, puesto que recarga sobre el Estado no solo la búsqueda y judicialización de quienes trafican con sustancias ilícitas, sino que además intenta proveer con recursos especiales el tratamiento y la prevención de la misma.

Además, reitera que la decisión de la “cura” (si pudiese llamarse así al tratamiento) depende de la voluntad del enfermo, lo que tiene como carga simbólica que la decisión de dejar de tomar sustancias psicoactivas es un problema de la racionalidad humana y de la manera como pretende llevar su vida y los fines de la misma, dentro de las garantías individuales proveídas en un Estado Social de Derecho.

De lo anterior podemos concluir que la Corte Constitucional ha dado pasos de avance en cómo se debe mirar el consumo de drogas. Aunque aún se sigue viendo como una enfermedad, su mero consumo sea reiterado o no (diferente que con el alcohol o con el tabaco), si son pasos que han permitido dejar de ver al consumidor como un delincuente, para ahora verlo como un enfermo que depende de una sustancia psicoactiva para estar bien psicológicamente.

Así pues, es cierto que se permite el uso medicinal y a estas personas no se les trata como enfermos por su consumo, lo que sigue creando un trato diferenciado entre consumidor por gusto y consumidor por tratamiento.

## **4. Postura crítica**

### **4.1 Existencia de límites al consumo**

No deben existir límites al consumo, lo anterior puesto que no se debe entender tampoco

al consumidor como un enfermo. El problema de lo que se ha entendido en Colombia como consumo de sustancias ilegales, es que cuando no se le criminaliza, se le estigmatiza socialmente por parte del derecho. Entendemos que quien consume cigarrillo y alcohol de manera moderada y controlada no tiene ningún problema, mientras que quien consume sustancias ilegales de manera igualmente moderada es un enfermo.

Lo anterior es un velo moral que no permite equiparar cargas dentro de distintos tipos de consumo y de sustancias, a lo ya dicho se puede argumentar que las drogas ilegales son más peligrosas que las ya citadas, pero se señaló en la introducción que las legales son más peligrosas tanto para la salud mental como psicológica de quienes las consumen, que la mayoría de drogas ilegales.

Ferrajoli señala al respecto que el derecho penal ha sufrido un retroceso al modelo estatista o nacional socialista, donde el derecho penal del enemigo se basa en que es el derecho penal el enemigo de las garantías procesales y de la libertad de los individuos (El derecho penal del enemigo, 2007, p. 6). Es decir, un derecho penal que busca el eficientismo a toda costa y que ya sea por presión social o por legitimación del derecho, busca condenar a más personas y para eso necesita la creación de más delitos que crean más delincuentes.

Lo anterior, sin mirar la validez de esta norma. Quienes consumen sustancias psicoactivas saben que a pesar de que pueden consumir la dosis mínima, el hecho de su consumo genera en primer lugar un estigma social y en segundo lugar, una persecución de parte de la fuerza pública, la cual como ya se indicó, puede despojar y destruir las sustancias. Entonces, la validez y efectividad de esta norma no tiene gran función más allá del procesamiento penal

de los consumidores, puesto que su penalidad no disminuye su consumo.

De lo anterior, se logra concluir que no deben existir límites al consumo, puesto que no debe existir diferencias entre tipos de consumidores de sustancias legales e ilegales.

Esta diferenciación, tiende a crear estigmas a quienes consumen sustancias ilegales (algunas menos dañinas y con problemas de salud pública muchos menores a las drogas permitidas), pero la misma ilegalidad (que no implica ilegalidad penal en todos los casos sino que puede ser de la jurisdicción del derecho de policía, administrativa, etc.) conlleva a que la eficacia de la prohibición sea poca, y resulte no un mayor control sobre el consumo de drogas, sino en un mayor número de delincuentes que con el sistema jurídico colombiano actual, representaría un mayor número de impunidad y menor credibilidad y validez del derecho en Colombia.

#### **4.2 Respeto por el Derecho a decidir sobre la vida**

El ya mencionado artículo 16 constitucional, señala que todos tienen derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico (Asamblea Nacional Constituyente, 1991). Es decir, si las conductas no afectan a un tercero y no se encuentran prohibidas, son permitidas todas las actuaciones dentro del marco constitucional, según las decisiones tomadas por el ciudadano.

Sobre el primer punto, no se puede tomar que el consumo de drogas afecta a un tercero. Aquí existen dos críticas:

- i. La primera que señala que quien está drogado comete delitos y
- ii. la segunda que describe que por su connotación social, el consumo de drogas tiene unas repercusiones

morales que afectan a la salud pública y a las generaciones futuras. Es necesario señalar que el uso de sustancias no vuelve delincuentes a las personas, a pesar de que afectan la psiquis, así como las personas en estado de alteración cometen delitos, quienes están totalmente sobrios también los cometen, lo que convierte este argumento en uno más de la segunda crítica, la parte moral. Sobre la moralidad, basta decir que el derecho existe como medio regulatorio de las relaciones sociales y que la moral colectiva no puede primar sobre la restricción de los derechos individuales.

En países como Colombia, se entiende el delito como una negación al pacto social, y la pena, como la negación de la negación (Balcarce, 2014, p. 145), algo muy hegeliano, pero que muestra la función negativa de la pena sobre el individuo.

En este caso, dado que quien comete un delito en estado de alteración también lo comete sobrio según las particularidades, generar un ambiente peligrosista de persecución al consumidor solo para prevenir delitos es retrograda, en términos de avances en el desarrollo del libre desarrollo de la personalidad, así como en lo que significa la función de la pena, y si realmente quien comete el delito se siente delincuente y siente que deba resocializarse a pesar de la aceptación social (de su círculo cercano o en general de su cotidianidad).

## Conclusiones

En Colombia no debería existir el derecho a la dosis mínima, lo anterior, puesto que en virtud del artículo 16 constitucional, cada quien es libre de actuar dentro del respeto por el otro y el orden legal, así las cosas y equiparándose al consumo sobre drogas legales, cada quien

podría consumir lo que su racionalidad y decisiones adultas lo llevaran a hacer.

Las altas Cortes han tenido posturas blandas respecto de este tema, pues a pesar de que permiten su consumo, no lo entienden aún como un hecho racional que encaja dentro de un objetivo de vida o un placer temporal, sino que lo enmarcan en la afectación física y psicológica, por lo cual lo catalogan como una enfermedad, hecho discriminatorio respecto de quienes la consumen.

Dado que existen drogas legales más dañinas en todos los términos a las ilegales, esta diferenciación está de más y solo sirve para estigmatizar a un sector de la población que, por cuestiones de elección personal decidieron consumir una y no otra.

Las sociedades actuales avanzan tan rápido, que el ciudadano promedio tiende a sentirse atemorizado por los cambios (Jiménez, 2014, p. 2), esta caracterización de la sociedad conlleva a que se adopten modelos penales que responden a las sociedades del riesgo que terminan restringiendo derechos, es decir, haciendo más daño que lo que favorecen al sistema. Lo anterior, dado que el neo-punitivismo al que nos estamos viendo sometidos, solo genera manifestaciones restrictivas de los derechos fundamentales tanto en la parte sustancial como procesal, que terminan por afectar los principios del derecho penal (Huertas, 2013).

## Referencias bibliográficas

- Aponte, A. (2016). *El derecho penal en una perspectiva de paz: de la tensión entre el eficientismo y el garantismo en el caso colombiano. Sistemas Judiciales*.
- Asamblea Nacional Constituyente. (4 de Julio de 1991). *Constitución Política Colombiana*. Bogotá D.C., Bogotá D.C., Colombia.

- Balcarce, F. I. (2014). *Dogmática penal y principios constitucionales*. B de F.
- Baratta, A. (1998). *Delito y seguridad de los habitantes*. Seminarios 9, Jurídica.
- Beck, U. (2002). *La sociedad del riesgo*. Barcelona: PAIDÓS.
- Colombia, C. d. (24 de Julio de 2000). Ley 599 del 2000. *Código Penal Colombiano*. Bogotá D.C., Bogotá D.C., Colombia.
- Corte Constitucional. (2011). C-574 . Bogotá D.C., Colombia.
- Corte Constitucional. (2012). C-491. Bogotá D.C., Colombia.
- Corte Constitucional. (2016). T-511. Bogotá D.C., Colombia.
- Corte Suprema de Justicia. (9 de Marzo de 2016). SP2940. (E. Fernández Carlier, Trad.) Bogotá D.C., Bogotá D.C., Colombia.
- Corte Suprema de Justicia. (2016). SP4131. (E. Fernández Carlier, Ed.) Bogotá D.C., Bogotá D.C., Colombia.
- Corte Suprema de Justicia. (3 de Abril de 2017). Comunicado.
- Ferrajoli, L. (2007). El derecho penal del enemigo. *IUS*.
- Huertas, O. (2009). *Durkheim: la perspectiva funcionalista del delito en la criminología*. *Revista Criminalidad*.
- Huertas, O. (2010). *Anomia, normalidad y función del crimen desde la perspectiva de Robert Merton y su incidencia en la criminología*. *Revista Criminalidad*.
- Huertas, O. (2013). *El sistema de responsabilidad penal para adolescentes: la expansión de la punibilidad en el neopunitivismo colombiano*. *Revista científica Guillermo de Ockham*.
- Huertas, O., Amaya, C., & Malte Ruano, G. (2013). *Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Tras la sombra del mando fugitivo: Del dominio y la instrumentalización del delito*. *Opinión Jurídica*.
- Iregui, P., Palacios, M., Torres, M. L., Moreno, S., & Triana, B. (2017). *El Consumo De Drogas En Colombia: Una Reflexión Desde El Derecho Internacional De Los Derechos Humanos*. Obtenido de SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2931139>
- Jiménez, M. J. (2014). *Sociedad del riesgo e intervención penal*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.
- Kant, I. (2000). *Crítica de la razón pura*. Bogotá: Universales.
- Kreuzer, A. (1982). *Las drogas en la Republica Federal de Alemania, problematica y aspectos politicos-criminales. en la reforma penal*. Madrid: Instituto Alemán .
- Lachenmeier, D., & Rehm, J. (2016). *Comparative risk assessment of alcohol, tobacco, cannabis and other illicit drugs using the margin of exposure approach*. *Nature*.
- López, M., Santín, C., Torrico, E., & Rodríguez, J. (2003). *Consumo de sustancias psicoactivas en una muestra de jovenes universitarios*. *Psicología y salud*.
- Nino, C. S. (2007). *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito -UNODC-. (2016). *Informe de Monitoreo de Territorios Afectados por Cultivos Ilícitos en Colombia. Informe de Monitoreo de Territorios Afectados por Cultivos Ilícitos en Colombia*. Colombia.
- Orozco, i., & Gabriel, G. (1999). *los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*. Bogotá D.C.: TEMIS.
- Sotomayor, J. (2008). *¿El Derecho penal garantista en retirada?* *Revista penal* No. 21.

Tellez, J., & Bedoya, C. (2015). *Dosis personal de drogas: inconsistencias técnico-científicas en la legislación y la jurisprudencia colombiana*. Persona y Bioética.

Velásquez, F. (2007). *Manual de Derecho Penal*. Medellín: COMLIBROS.