

**USO LÍCITO DEL CANNABIS EN COLOMBIA, EN LAS COMUNIDADES
INDIGENAS Y EN LA LEGISLACION INTERNACIONAL.**

DANILO CASTAÑEDA ESCRUCERÍA

LUIS FELIPE LUQUE ALEMAN

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS DE AQUINO

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTÁ D. C.

2.019

**USO LÍCITO DEL CANNABIS EN COLOMBIA, EN LAS COMUNIDADES
INDIGENAS Y EN LA LEGISLACION INTERNACIONAL.**

DANILO CASTAÑEDA ESCRUCERÍA
LUIS FELIPE LUQUE ALEMAN

Monografía para optar el título de profesional en Derecho

Director
JORGE CARVAJAL
Abogado

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS DE AQUINO
FACULTAD DE DERECHO
BOGOTÁ D. C.
2.019**

NOTA DE ACEPTACIÓN

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Bogotá D. C., (Día, Mes y Año)

DEDICATORIA

Para nuestros padres quienes sin su ayuda y apoyo incondicional en nuestro paso por la vida.

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|--|-----------|
| 1. INTRODUCCIÓN | 7 |
| 2. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN | 10 |
| 3. HIPÓTESIS | 11 |
| 4. OBJETIVOS | 12 |
| 4.1 OBJETIVO GENERAL | 12 |
| 4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS | 12 |
| 5. CAPÍTULO 1. ASPECTOS JURÍDICOS A NIVEL NACIONAL SOBRE EL CONSUMO, DOSIS PERSONAL Y USO LÍCITO DE LA MARIHUANA EN COLOMBIA. | 13 |
| 5.1 ANTECEDENTES | 13 |
| 5.1.1 PRIMER ANTECEDENTE JURISPRUDENCIAL PARA LA LEGALIZACIÓN DE LA DOSIS MÍNIMA | 14 |
| 5.2 DOSIS MÍNIMA | 20 |
| 5.3 EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y LA PENALIZACIÓN DEL CONSUMO DE ESTUPEFACIENTES O DROGA | 22 |
| 5.3.1 DOSIS QUE EXCEDE LA MÁXIMA LEGAL PERMITIDA | 23 |
| 5.4 CAMBIO JURISPRUDENCIAL RESPECTO A LA DOSIS DE APROVISIONAMIENTO | 26 |
| 5.5 USO LÍCITO DE LA MARIHUANA EN COLOMBIA Y SU REGULACIÓN LEGAL | 27 |
| 5.5.1 CULTIVO DE LA PLANTA DEL CANNABIS Y PROCESOS DE TRANSFORMACIÓN DE LA MISMA CON FINES CIENTÍFICOS Y MEDICINALES. | 28 |
| 5.6 LEY 1787 DEL 2016, SOBRE EL USO MÉDICO Y CIENTÍFICO DE LA MARIHUANA | 30 |
| 5.7 DECRETO 613 DEL 2017 REGLAMENTARIO DE LA LEY 1787 DEL 2016 | 33 |
| 5.7.1 DE LAS LICENCIAS QUE SE OTORGAN CONFORME AL DECRETO 613 DEL 2017 | 33 |
| 5.8 CONSUMO DEL CANNABIS EN ESPACIO PÚBLICO | 34 |
| 5.9 CONCLUSIONES | 37 |
| 6. CAPÍTULO 2. DEL USO LÍCITO DE LA MARIHUANA Y EL CANNABIS EN COMUNIDADES INDÍGENAS Y CAMPESINAS, CONVENIO 169 DE LA OIT RESPECTO AL USO LÍCITO DE LA MARIHUANA EN COMUNIDADES INDÍGENAS. | 40 |
| 6.1 ANTECEDENTES | 40 |
| 6.2 CULTIVOS ILÍCITOS, LA INDUSTRIA DE DROGAS ILÍCITAS EN COLOMBIA Y COMUNIDADES INDÍGENAS Y CAMPESINAS AFECTADAS CON ESTAS ACTIVIDADES. | 43 |
| 6.3 DEL USO CON FINES LÍCITOS DE LA MARIHUANA Y EL CANNABIS DE CONFORMIDAD CON LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COLOMBIANA, Y USOS ANCESTRALES DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS. | 47 |
| 6.4 USO LÍCITO DE LA MARIHUANA EN COMUNIDADES INDÍGENAS CONFORME A TRATADOS INTERNACIONALES: CONVENIO 169 DE 1989 DE LA OIT, CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS, SUSCRITO EN VIENA EN 1988. | 51 |
| 6.5 CONCLUSIONES | 60 |

| | |
|--|-----------|
| 7. CAPÍTULO 3 .PRODUCCIÓN MEDICINAL, USO LÍCITO CON FINES RECREATIVOS Y CIENTÍFICOS DE LA MARIHUANA, CANNABIS SATIVA, EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL. | 62 |
| 7.1 PAÍSES BAJOS | 63 |
| 7.2 LEGALIZACIÓN DE LA MARIHUANA EN HOLANDA | 64 |
| 7.3 ESPAÑA..... | 66 |
| 7.4 USO LÍCITO DEL CANNABIS CONFORME SEGÚN LA LEY 17/1967 | 68 |
| 7.4.1 AUTOCONSUMO Y CONSUMO COMPARTIDO LÍCITO DEL CANNABIS EN ESPAÑA..... | 70 |
| 7.5 ITALIA | 72 |
| 7.5.1 USO LÍCITO DEL CANNABIS A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN ITALIANA | 74 |
| 7.6 ESTADOS UNIDOS | 75 |
| 7.7 CANADÁ..... | 78 |
| 7.8 URUGUAY..... | 81 |
| 7.9 LEY 19 172 DEL 10 DE DICIEMBRE DE 2013 REGULATORIA DEL USO LÍCITO DE LA MARIHUANA CANNABIS..... | 82 |
| 7.10 CONCLUSIONES | 84 |
| 8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 86 |

1. INTRODUCCIÓN

Frente al uso de la planta de cannabis ha existido un gran debate en el siglo XXI en torno a los argumentos jurídicos que defienden la legalización de la planta, como también el de su uso lícito, médico, científico e industrial, y por otro lado, las razones que propenden por su prohibición absoluta y su consecuente penalización cuando su uso se hace con fines recreativos y de narcotráfico. Los argumentos a favor de una u otra posición que se expondrán en el presente trabajo son de carácter: cultural, industrial, ambiental y jurídico, a nivel nacional e internacional.

Se pueden evidenciar los debates que sobre el cannabis se han presentado en diferentes escenarios, uno de ellos es el lícito y de otro lado el ilícito, así como el debate cultural frente al tema.

De otro lado, se analizará el tratamiento que en el Derecho nacional e internacional, se ha consagrado frente al uso lícito e ilícito del cannabis, por lo cual es imprescindible tener como sustento distintos pronunciamientos del tema, como los de la Corte Constitucional y Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia frente al impacto que genera sobre los derechos constitucionales fundamentales de los consumidores, de las comunidades étnicas y lo señalado por Estados foráneos que han legislado, aprobando y legalizando el uso de la marihuana desde diversos aspectos como el científico, industrial, medicinal y recreativo.

Para este punto se hace necesario precisar objetivamente, aquellos aspectos positivos del uso industrial de la planta de cannabis, pues debido a factores éticos, morales y religiosos, se han fijado normas y políticas que limitan su uso a ciertos sectores.

La finalidad es evidenciar la discusión jurídica, jurisprudencial y la política pública sobre el uso del cannabis tanto en el ordenamiento jurídico colombiano como distintas legislaciones extranjeras.

Este trabajo pretende analizar el debate jurídico del uso de la planta del cannabis, se espera que este trabajo abarque de manera concreta y específica cada uno de los elementos antes mencionados. Resulta conveniente ilustrar las características positivas del uso de la planta, la legalización de los cultivos y compararlos con aquellos argumentos de carácter cultural, social, filosófico, moral y jurídico que optan por estar en contra de la legalización de los cultivos de marihuana y su consecuente utilización a nivel industrial, económico y recreativo.

De tal manera que resulta viable este trabajo investigativo, pues mucho se ha hablado y escrito frente a los aspectos legales y las consecuencias jurídicas, políticas, culturales y económicas que implicaría la despenalización del tráfico y comercialización de la marihuana.

El trabajo tendrá sustento en diversos pronunciamientos de las Altas Cortes en Colombia entre ellas: Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia de Colombia, conceptos emitidos por la ONU y legislación comparada.

El trabajo se dividirá en tres capítulos, el Capítulo I acerca de los *Aspectos jurídicos a nivel nacional sobre el consumo, dosis personal y uso lícito de la marihuana en Colombia*, se estudian diversos pronunciamientos judiciales y leyes, como las sentencias C-221/1994 , la C-491/2012, el Decreto 2467 del 22 de Diciembre del 2015, por medio del cual se reglamentó el cultivo de la planta de cannabis, autorización de posesión de semillas para siembra de cannabis, control de áreas de cultivo de cannabis y procesos de producción, fabricación, exportación, importación y el uso de estos y sus derivados con fines únicamente científicos y medicinales; la Ley 1787 del 2016 regula su uso médico y científico, reglamentado por el Decreto 613 del 2017.

En el Capítulo II, acerca del *Uso lícito de la marihuana y el cannabis en comunidades indígenas y campesinas*, se realizara un estudio desde el enfoque cultural de las comunidades indígenas en Colombia, por otra parte, se hace un recuento histórico muy breve sobre los diferentes usos medicinales y ancestrales

que le daban diferentes culturas en Asia al cannabis. Se ve en este capítulo la importancia del cannabis en determinadas culturas en Colombia como también las víctimas y perjudicados que ha dejado la guerra del narcotráfico en estas culturas a causa de los cultivos ilícitos.

Finalmente, el Capítulo III, acerca de la *producción medicinal, uso lícito con fines recreativos y científicos de la marihuana, cannabis sativa, en la legislación internacional*, se ocupa de realizar un estudio sobre las legislaciones en distintos países como Canadá, España, Estados Unidos, Italia, Países Bajos, entre otros, sobre los antecedentes legislativos sobre el prohibicionismo del Cannabis y las razones que en determinado momento político propiciaron su criminalización. En este capítulo también se examina el cambio legislativo en estos países que decidieron por legalizar el uso del Cannabis para uso personal, médico o terapéutico y sus presupuestos para hacerlo.

2. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿Cuáles han sido las controversias desde el Derecho nacional e internacional sobre el uso lícito e ilícito del cannabis que se han presentado en el siglo XX al XXI?

3. HIPÓTESIS

La reglamentación jurídica sobre el uso del cannabis se ha limitado y ha encontrado fundamento en el debate sobre aspectos que tienen que ver con la legalidad de su uso y su criminalización, más sin embargo, existe otra posibilidad del uso reconocido que va más allá de lo ilegal como la ha establecido la jurisprudencia constitucional y la legislación internacional.

4. OBJETIVOS

4.1 OBJETIVO GENERAL

Establecer desde una perspectiva jurídica y socio jurídica, cuáles han sido los debates en torno al uso del cannabis a nivel internacional en el siglo XX y XXI.

4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Analizar los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales del máximo tribunal Constitucional (Corte Constitucional) y Corte Suprema de Justicia de Colombia frente al uso lícito de la marihuana.
- Estudiar el derecho nacional, pronunciamientos judiciales y derecho comparado del tema respecto al uso cultural, medicinal e industrial de la marihuana.
- Establecer cuáles son los argumentos socio jurídicos que pretenden por una lado penalizar y prohibir de manera absoluta el uso de la marihuana, cualquiera que sea su finalidad y de otro, dejar claro los argumentos socio jurídicos que sustentan el uso lícito de la marihuana a nivel cultural, medicinal e industrial.

5. CAPÍTULO 1

Aspectos jurídicos a nivel nacional sobre el consumo, dosis personal y uso lícito de la marihuana en Colombia.

5.1 Antecedentes

En Colombia siempre ha existido el debate interdisciplinario y público respecto del uso lícito e ilícito de la marihuana y de sus correspondientes cultivos, pues quienes están a favor de la legalización pregonan por sus beneficios culturales y medioambientales, como las comunidades indígenas que tienen una cosmovisión respecto al tema. El sector industrial tiene otra perspectiva, desde las prerrogativas económicas que traería la legalización de los cultivos de la planta, y los aspectos jurisprudenciales de las Altas Cortes, como la Corte Constitucional y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que han establecido los límites de una actividad lícita y con otra ilícita que siempre es cuando se comercializa con el cannabis con fines de narcotráfico.

De otro lado, nos encontramos con argumentos que pregonan por la prohibición absoluta y la penalización a cualquier uso de la planta de marihuana, ya sea con fines culturales, medioambientales, ancestrales, recreativos, entre otros, pues básicamente, señalan que hay problemas de orden público, mafias, tráfico de drogas y en ciertos casos el uso del cannabis está relacionado con homicidios.

Respecto al uso lícito en Colombia, el primer pronunciamiento jurisprudencial que consagró y permitió el uso y consumo de la marihuana fue la sentencia C-221 de 1994, que será objeto de análisis en este trabajo, la cual indicó los presupuestos

bajo los que se considera lícito el uso y consumo de esta planta y cuando se considera ilícito su uso.

Posteriormente, la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia de Colombia mediante Sentencia de fecha 08/07/ 2009 con radicado 31531 y ponencia del Magistrado Yesid Ramírez Bastidas, amplió el concepto de la dosis mínima (uso lícito con la denominada “dosis de aprovisionamiento” que considera legal el uso del cannabis aun cuando supere la cantidad permitida de la dosis mínima cuando sea con fines de consumo propio.

Debido a que dicha jurisprudencia no ha sido uniforme y su posición ha variado como se evidencia mediante sentencia del 12 de Noviembre de 2014 de radicado 42617 y ponencia del Magistrado Gustavo Enrique Malo Fernández, en la que se indicó que quien lleve consigo cantidad que supere levemente la dosis personal se encuentra frente a un comportamiento que carece de lesividad debido a la insignificancia para el derecho penal, pues no pone en riesgo, ni lesiona bienes jurídicos señalados por la ley penal.

De otro lado en sentencia de fecha 15/03/ 2017, radicado: 43725 se expresó:

“De igual manera, aclaro mediante sentencia del 9 de Marzo de 2016 con radicado 41760 que quien porte cantidades de exceso superior se resuelve por atipicidad de la conducta, es decir que ese hecho no se considera delito siempre que la finalidad del porte sea para consumo propio y no para venta, comercialización ni distribución gratuita y por último la Sentencia del 15 de Marzo de 2017 con radicado 42.725 soluciono el tema en sede de atipicidad de la conducta, pues con la modificación del Acto Legislativo 02 del 2009 el ánimo de ingesta de las sustancias se constituye en ingrediente subjetivo o finalidad del tipo, es decir el comportamiento se ejecuta con el objeto de consumo personal . Lo cierto es que un uno u otro caso estos criterios de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema sirven como eximentes de responsabilidad en materia penal que también serán objeto de análisis”¹.

5.1.1 Primer antecedente jurisprudencial para la legalización de la dosis mínima

¹ Sentencia 15 de Marzo de 2017 radicado 43.725, Magistrado Ponente Eugenio Fernández Carlier.

Mediante la sentencia C-221/1994, la Corte Constitucional por vía jurisprudencial despenalizó el porte de la dosis mínima de estupefacientes en Colombia siempre que su uso este destinado al consumo propio de quien la lleva consigo.

Con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad presentada por el ciudadano Alexandre Sochandamandou contra el literal j del artículo 2 y el artículo 51 de la Ley 30 de 1986 en la que consideraba que se estaban vulnerando los derechos constitucionales fundamentales consagrados en los artículos 13 y 16 de la Constitución Política, pues a su juicio el Estado no puede intervenir en la órbita de decisión de las personas que solo a ellas conciernen.

Inicia la Corte Constitucional señalando la principal diferencia que hay entre la moral y el derecho, señalando que la moral es de carácter unilateral, es decir aquellas normas que están guiadas por la conciencia del individuo y que solo a él le afecten, y de otro lado, el derecho es de carácter coercitivo, toda vez regula la forma en que las personas se deben comportar con otras para salvaguardar los intereses y derechos de la sociedad.

El Estado únicamente puede exigir a los individuos la realización de determinadas conductas cuando afecten los intereses jurídicos de los demás miembros de la sociedad.

De acuerdo a las consideraciones de la Corte en el numeral 6.2.1 *“el legislador puede prescribirme la forma en que debo comportarme con otros, pero no la forma en que debo comportarme conmigo mismo, en la medida en que mi conducta no interfiere con la órbita de acción de nadie².”*

En esta primera consideración, la Corte plantea el primer argumento de carácter ético jurídico en el cual es lícito el uso de la marihuana cuando la finalidad es el consumo propio, debido a que es una decisión que solo incumbe y afecta a quien la asume y a nadie más y por ello el Estado no puede invadir esta esfera de autonomía personalísima.

² C 221/94. M.P Carlos Gaviria Díaz.

Siguiendo con el análisis de la sentencia, la Corte realizó un estudio teleológico de las razones que llevaron al Congreso de la República a expedir la Ley 30 de 1986, es decir se indago por la voluntad del legislador al tratar como punible el consumo de estupefacientes en cantidad considerada como dosis mínima conforme al literal j del artículo 2 y el artículo 51.

1. En primer término se abarca el debate en torno a la ilicitud y tipificación como punible el consumo de estupefacientes. Existen tres situaciones: la primera, en el evento que el consumidor tenga familia y esta quede desamparada afectiva y económicamente, pues según la Constitución, la familia es el núcleo esencial de la sociedad y es deber del estado debe propender por su íntegra protección.

1.1. La segunda, en cuanto es una conducta socialmente provechosa, toda vez que con la judicialización y privación de la libertad de los “drogadictos” ha favorecido a la sociedad por cuanto se ha librado de un ser indeseable.

1.2. Por último, la situación en la que se tipificaría como delito el consumo de estupefacientes porque tiene que ver con el peligro potencial que implicaría frente al resto de la sociedad, la conducta agresiva generada por el consumo de estupefacientes.

Bajo estas premisas la primera posibilidad hermenéutica que realizo la Corte Constitucional de la voluntad del legislador al sancionar penalmente el porte y consumo de cualquier droga o estupefaciente, no estaría llamada a prosperar,

toda vez que esta vulnera y está en contra de los postulados de la Constitución Política que consagra un sistema democrático liberal, en el cual se respeta y tiene como principio fundamental la dignidad humana.

En la primera situación, si se tiene como argumento la protección a la familia del adicto, con la prohibición se llevaría a fraccionar y quebrantar los lazos familiares.

Respecto a la segunda y tercera situación, también sería abiertamente inconstitucional plantear la penalización del consumo y uso de la marihuana, toda vez que implicaría quebrantar el principio del derecho penal de acto en virtud del cual únicamente se debe ejercer el poder punitivo del Estado contra lo que una persona efectivamente hace y tiene consecuencias en el mundo exterior que trascienden a la esfera del Derecho Penal y no por lo que puedan llegar a hacer, pensar o sentir, pues si se criminaliza la personalidad del individuo se sancionaría penalmente a los consumidores por el solo hecho de que con su forma de actuar frente al uso de ciertas sustancias ya se consideran peligrosos y por ende deben ser sancionados y judicializados, y la sentencia descarta esta posibilidad de la siguiente manera:

2. De otro lado, surge el segundo argumento de carácter jurídico con fundamento en el que se debe permitir el hecho de portar y consumir la marihuana y otros estupefacientes cuando se esté dentro de los límites de la dosis mínima atendiendo los siguientes presupuestos para no tratar como delincuente al consumidor:
 - El espíritu de la constitución no debe ser el de imponer ni obligar a quienes están sometidos a sus normas, imponer perfeccionismos morales para comportarse consigo mismo.

- Respecto a la protección a la salud de los personas corresponde única y exclusivamente a ellos determinar si quieren conservarla o recuperarla atendiendo a sus propias decisiones, pues solo la persona está facultada para decidir lo que le conviene a su vida.

El inciso 3 correspondiente al artículo 51 del Estatuto Nacional de Estupefacientes, Ley 30 de 1986, obligaba al consumidor a internarlo en un establecimiento psiquiátrico de carácter oficial o privado con la finalidad de que fuera rehabilitado y curado de su enfermedad, es decir que la norma facultaba a los jueces penales a internar en un establecimiento psiquiátrico mediante sentencia aun en contra de la voluntad del consumidor hasta su rehabilitación completa dejarlo al cuidado de la familia para que se le obligara a estar pendiente de la recuperación de aquel, y además le obligaba a prestar una caución dineraria. Así lo establecía el artículo 51:

Artículo 51 Ley 30 de 1986: El que lleve consigo, conserve para su propio uso o consuma, cocaína, marihuana o cualquier otra droga que produzca dependencia, en cantidad considerada como dosis de uso personal, conforme a lo dispuesto en esta Ley, incurrirá en las siguientes sanciones: Corte Constitucional, Sentencia C-221 de 1994

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

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

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

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

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

Esta norma fue declarada inexecutable por la Corte atendiendo a los argumentos anteriormente descritos, pues es claro que el Estado no puede obligar a ninguna persona a recuperar su salud si no desea hacerlo y mucho menos obligarlo a someterlo a un tratamiento médico el cual no quiere.

El tercer argumento que expuso la Corte frente al uso lícito y porte de la dosis mínima tiene que ver con el libre desarrollo de la personalidad consagrado como derecho fundamental en el artículo 16 de la Carta Política.

Frente a este derecho fundamental la Corte empezó por indicar que todas las personas gozan de autonomía en la toma de decisiones que únicamente a ellas concierne, de tal manera que es a cada persona a quien le incumbe darle un rumbo a su vida y existencia conforme a sus propias determinaciones y no al Estado a través de poder legislativo imponer formas de conducta que obliguen a una persona a comportarse de acuerdo a la voluntad de éste, pues si bien es cierto que hay decisiones buenas y malas, estas solo les corresponde elegir las a los individuos según sus creencias y convicciones. Argumentación que tiene coherencia con lo anotado al inicio por la sentencia en el entendido de que este derecho fundamental otorga la facultad a la persona a decidir qué rumbo le da a su vida.

Partiendo de los principios fundamentales como la dignidad humana y el Estado democrático liberal, es este el que debe abstenerse de entrometerse en la esfera privada e íntima de todo ser humano, ya que el Estado, según nuestra Carta Política debe estar al servicio del hombre y no viceversa.

De otro lado, la Corte declaró executable el literal j del artículo 2 de la Ley Nacional de Estupefacientes por cuanto el legislador delimitó una actividad lícita (porte de dosis mínima para uso o consumo personal) de otra ilícita (narcotráfico).

Por último la Corte decidió declarar inexecutable el artículo 87 de la Ley 30 de 1986 por considerarla violatoria de la Constitución por unidad normativa, pues esta norma no fue demandada, pero la Corte determinó que si no se declaraba su inexecutableidad, el Estado seguiría facultado para obligar a los consumidores a internarlos en establecimientos públicos o privados para tales efectos.

5.2 Dosis mínima

Este concepto fue expuesto por primera vez mediante la Ley 30 de 1986, literal J del artículo 2 así:

“Dosis para uso personal: Es la cantidad de estupefacientes que una persona porta o conserva para su propio consumo. Es dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos; la de marihuana hachís la que no exceda de cinco (5) gramos; de cocaína la que no exceda de un gramo y la metacualona la que no exceda de dos (2) gramos. No es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleve consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta, cualquiera sea su cantidad”³.

Esta misma normativa contemplaba en el artículo 51 unas sanciones de tipo penal judicial y patrimonial para quien llevara consigo, conservara para su propio uso o consumo cualquier tipo de estupefaciente que produjera dependencia de acuerdo a la cantidad señalada como dosis personal. La sanción judicial consistía en conducir ante la justicia penal al consumidor y juzgarlo por el solo hecho de llevar consigo o consumir estupefacientes o drogas como la marihuana, y la sanción patrimonial se establecía en cuantía de medio salario mínimo mensual legal vigente o hasta de un salario mínimo legal mensual vigente si era reincidente.

Con la expedición de la Ley 30 de 1986 se tenía como nefastos, perjudiciales y aberrante para la sociedad colombiana la ingesta o consumo de estupefacientes o cualquier clase de droga, motivo por el cual era sancionado con pena privativa de la libertad y con multa económica el porte o consumo de estupefaciente incluida la

³ Ley 30 de 1986. Estatuto nacional de estupefacientes.

marihuana⁴. Razones de todo tipo llevaron al legislador para la época de la expedición del Estatuto Nacional de Estupefacientes de carácter filosóficas, morales y éticas en la que se centraba la idea de que la droga ha sido un flagelo que ha vivido la sociedad colombiana a raíz de las guerras y consecuencias que ha dejado el narcotráfico.

Así mismo la sentencia C-491 de 2012 con ponencia de Luis Ernesto Vargas Silva, mediante la que se reafirmó la despenalización de la dosis mínima por no encontrarse contemplada como delito de conformidad con el artículo 376 del Código Penal que consagra el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Sentencia desarrollada con base a una demanda de acción de inconstitucionalidad efectuada por el ciudadano David Delgado Vitery, en contra de una norma de la República, más concretamente el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011 la cual modificó el artículo 376 de la ley 599 de 2000, exactamente lo que se buscaba con esta demanda era aclarar la expresión "*lleve consigo*" que se encuentra en la norma demandada en cuestión.

El actor de dicha demanda, David Delgado Vitery, buscaba la protección de los consumidores de sustancias psicoactivas y el derecho adquirido por los mismos al despenalizarse el porte o tenencia con fines de consumo personal, pues con la reforma legislativa del artículo 11 de la Ley 1453 de 2011 en la que elimino la expresión "*salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal*" que anteriormente contemplaba el artículo 376 del Código Penal, se volvió a penalizar el porte de la dosis mínima, pero la Corte sobre este punto aclaro que la actividad sujeta a penalización es el narcotráfico y no la dosis mínima para consumo.

Las sentencias que se mencionaron y se estudiarán constituyen un importante punto de referencia para entender el régimen legal que se tiene para tratar a los consumidores, cuando es lícito el uso de la marihuana con fines recreativos y medicinales y cuando estamos frente al narcotráfico comportamiento que es

⁴ Ibídem.

penalizado por el derecho nacional, para diferenciar cuando se está frente al uso lícito e ilícito de la marihuana.

5.3 El libre desarrollo de la personalidad y la penalización del consumo de estupefacientes o droga

En el punto 6.2.4 de la sentencia C-221 de 1994 se trata este importante aspecto en el que la Corte Constitucional confronta el artículo 16 superior que consagra como fundamental el derecho al libre desarrollo de la personalidad frente a las disposiciones normativas señaladas en los artículos 2 y 51 de la Ley 30/1986 están en concordancia de los lineamientos y parámetros constitucionales.

Inicia la Corte por estudiar el artículo 16 de la Constitución y su parte final que indica: *“sin más limitaciones que las que imponen los derechos demás y el orden jurídico”* que hace alusión a que cuando se establecen limitaciones deben ser aquellas que no estén en contra de los derechos y fines constitucionales, pues de no ser así, este derecho no tendría razón para nuestro ordenamiento jurídico pues cualquier normatividad que imponga alguna limitación a este derecho debe estar acorde a los preceptos constitucionales.

Uno de los aspectos esenciales o el núcleo esencial de este derecho es la autonomía que se le reconocen a las personas para decidir lo que consideren conveniente para el desarrollo de su vida en la sociedad. Por eso, la Corte Constitucional en esta sentencia parte desde el sentido negativo del derecho en mención pues este confiere al individuo la potestad de decidir lo que considera bueno para su vida y desarrollo en su entorno social, y le queda “vedado al Estado

y a la sociedad intervenir en las decisiones que le atañen única y exclusivamente al individuo”⁵. Sustento de lo anterior lo explica la Corte Constitucional así:

“El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen”.

En ese orden de ideas, los argumentos que se expusieron fueron los presupuestos que tuvo en cuenta la Corte Constitucional para establecer unas pautas sobre la licitud del uso y consumo de la marihuana en cantidad de dosis mínima, siempre que la finalidad esté dirigida al propio consumo de quien la porta. Cabe aclarar que esta sentencia no despenalizó el delito de tráfico de estupefacientes que en todo caso siempre se considera punible; lo que se hizo a través de esta providencia fue delimitar una actividad totalmente legal (consumo personal) de una delictual (narcotráfico).

5.3.1 Dosis que excede la máxima legal permitida

Mediante una nueva figura legal creada jurisprudencialmente, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal mediante sentencia del 8 de julio de 2009 con radicado 31531 y con ponencia de Yesid Ramírez Bastidas, estableció la denominada dosis de aprovisionamiento.

En sede de casación la Corte resolvió favorablemente el recurso a favor del condenado partiendo de los principios fundamentales que rigen el Derecho Penal como: lesividad, intervención mínima y derecho penal de acto.

⁵ Fernando Álvarez Molina, *La jurisprudencia constitucional sobre la despenalización del consumo mínimo de drogas y su relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad*, Bogotá, Publicaciones Pontificia Universidad Javeriana, 1999, pág 34.

La Corte absolvió al acusado que llevaba consigo 1.3 gramos de cocaína y fue sorprendido y aprehendido por la Policía Nacional. La Corte casó la sentencia del Tribunal Superior de Armenia que confirmó la del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Conocimiento de la ciudad de Armenia en la que se le condenó a sesenta y cuatro (64) meses de pena de prisión por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes en la modalidad de llevar consigo cuando se demostró que ese porte era con fines de consumo personal. La casación tuvo como fundamento el principio de lesividad del artículo 11 del Código Penal que señala: *“Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal”*. Es decir, el Estado únicamente debe penalizar a los individuos que con su actuar trasciendan la esfera social y trasgredan las esferas de las libertades y derechos ajenos, esto es, criminalizar aquellos comportamientos que amenacen o lesionen efectivamente los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico penal.

En sentencia del 8 de agosto de 2005, con radicado 18609 y ponencia del Magistrado Herman Galán Castellanos, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia considero que la dosis mínima y la dosis de aprovisionamiento, esta última es aquella que excede levemente la cantidad considerada como dosis personal, siempre que sea con fines de consumo personal, merecen igual tratamiento legal, por lo cual las dos han de ser impunes, pues este comportamiento no afecta derechos ni libertades ajenas, es decir no afecta bienes jurídicos distintos al del consumidor y es por ello que la conducta deviene impune.

Dentro de los argumentos que dio la Corte respecto de la conducta del señor Ancízar, se desarrolló un nuevo concepto denominado dosis de aprovisionamiento el cual consiste en que quien sea sorprendido llevando consigo marihuana, cocaína o cualquier otro estupefaciente que supere ligeramente los límites legales considerados como dosis mínima (20 gramos para marihuana), no será

sancionado penalmente pues con este comportamiento no se están vulnerando los bienes jurídicos protegidos por la Ley Penal.

Dentro del principio de lesividad se encuentra así mismo la antijuricidad material, que consiste en la efectiva lesión al bien jurídico, que para el delito de tráfico de estupefacientes la afectación de los bienes jurídicos son plurales, ya que se trasgreden, la salubridad pública, la seguridad pública, y el orden económico y social, que para el caso de los consumidores de marihuana u cualquier otro estupefaciente, su comportamiento carece de la antijuricidad material, pues no se están afectando estos bienes jurídicos, sino que por el contrario es una decisión del individuo respecto de sí mismo y no trasciende ni afecta bienes jurídicos de terceros, sino únicamente del consumidor.

Lo anterior se concluye de una lectura del artículo 376 de nuestro estatuto penal sustantivo el cual contempla penas de prisión y multas económicas, únicamente a quienes dirijan actividades de comercialización de estupefacientes con fines de narcotráfico, más no a los consumidores de sustancias estupefacientes, pues señala esta norma:

Artículo 376: El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de droga sintética, sesenta (60) gramos de nitrato de amilo, sesenta (60) gramos de ketamina y GHB, la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si la cantidad de droga excede los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana, tres mil (3.000) gramos de hachís, dos mil (2.000) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro mil (4.000) gramos de droga sintética, quinientos (500) gramos de nitrato de amilo, quinientos (500) gramos de ketamina y GHB, la pena será de noventa y seis (96) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de ciento veinte y cuatro (124) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De acuerdo con el principio de la intervención mínima, debe el Estado intervenir mediante el *ius puniendi en última ratio*, es decir cuando han fracasado todos los demás controles de carácter jurídico posibles, se debe acudir a la Justicia Penal para regular la situación.

De esta manera, este postulado indica el carácter subsidiario del derecho penal del Estado a partir del cual no es posible aplicar las disposiciones del derecho penal, sino únicamente cuando las demás instituciones jurídicas resultan ineficaces e insuficientes.

5.4 Cambio jurisprudencial respecto a la dosis de aprovisionamiento

Mediante sentencia de fecha 12/11/ 2014 con radicado 42617 y ponencia del Honorable Magistrado Gustavo Enrique Malo Fernández, se mantuvo la posición jurisprudencial respecto a la dosis de aprovisionamiento, en el entendido que quien porte cantidades ligeramente superiores a la dosis personal permitida, su comportamiento sería impune por carecer de lesividad y antijuricidad material dada su insignificancia social.

Posteriormente, la sentencia del 9 de Marzo del 2016 de radicado 41760, con ponencia del magistrado Eugenio Fernández Carlier, se cambió la posición jurisprudencial, respecto de la dosis de aprovisionamiento como eximente de responsabilidad, pues ya no se trataría en sede de antijuricidad, sino de atipicidad, es decir la conducta devendría atípica, lo que significa que el comportamiento del consumidor no estaría enmarcado dentro de los presupuestos del tipo penal. Esta sentencia tuvo como antecedentes los siguientes hechos:

“el señor YESID ALEXANDER ARIAS PINTO fue sorprendido con 50,1 gramos de marihuana en el batallón militar José Antonio Galán de Socorro Santander quien se encontraba en servicio activo como militar, quien fuera capturado, judicializado y condenado a la pena de 9 años y 10 meses de prisión por el juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de San Gil Santander, decisión que fue confirmada en segunda instancia

y casada por la Corte Suprema, ya que en el juicio oral se probó que la cantidad de marihuana que le fue hallada al acusado aunque excedía el doble de la dosis mínima legal permitida era para consumo personal y no para comercialización, tráfico o distribución gratuita estas últimas conductas que si son sancionadas penalmente. De tal forma que mediante esta jurisprudencia se hizo hincapié en que la distinción ha de ser clara entre aquellos comportamientos de porte para consumo con fines medicinales o recreativos y el porte con fines de narcotráfico, pues el primero no puede ser sancionado punitivamente y ello a razón de lo expuesto en la sentencia C-221 de 1994 en la que ya se había definido el tema del consumo personal. La segunda si ha de ser penalizada puesto que trasciende de la esfera personal y afecta derechos ajenos y bienes jurídicos que el estado se ha propuesto proteger.”

Por último, en cuanto al cambio de la posición jurisprudencial respecto del tratamiento legal que ha de recibir la dosis de aprovisionamiento se resuelve por atipicidad de la conducta, es decir que el comportamiento del consumidor, cuando porte cantidad de droga considerada como dosis mínima o en cantidad superior, siempre que sea con fines de consumo personal no se tipifica como tráfico de estupefacientes, pues es una actividad lícita por parte del consumidor y no se adecua a las descripciones legales del delito.

5.5 Uso lícito de la marihuana en Colombia y su regulación legal

El uso lícito de la marihuana en Colombia ha sido objeto de fuertes debates tanto legales como jurisprudenciales, pues no ha existido consenso en torno a la legalización de la marihuana con fines industriales, medicinales y recreativos.

Para resolver esta controversia frente al uso que se le da al cannabis, ha sido la jurisprudencia y la ley las que han desarrollado el tema como quedo expuesto anteriormente.

De acuerdo a la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema, se despenalizó el porte o tenencia de la dosis mínima de la marihuana y otros estupefacientes, siempre que sea con fines de uso personal o medicinal y recientemente mediante la sentencia C-253 de 2019 se declararon inexecutable el

numeral 2, literal c del artículo 33 y el numeral 7 del artículo 140 del Código Nacional de Policía (Ley 1801 de 2016) que tipificaron como contravención el consumo de estupefacientes en espacio público, lugares privados que trasciendan a lo público y en general en cualquier lugar abierto al público, pues la Corte determinó que no se puede limitar el derecho al libre desarrollo de la personalidad prohibiendo el consumo de estas sustancias en espacio público y por ello es lícito el consumo de estupefacientes hoy día en Colombia en espacios públicos por vía jurisprudencial.

Frente al uso lícito de la marihuana en Colombia desde los ámbitos medicinales, legales, ambientales, científicos e industriales, el Congreso expidió el Decreto 2467 del 22 de Diciembre del 2015, por medio del cual se despenalizó el consumo, cultivo y distribución de la marihuana, y producción y venta de productos hechos a base a los derivados del cannabis; la Ley 1787 del 2016 regula su uso médico y científico, reglamentado por el Decreto 613 del 2017, normativa que será examinada.

5.5.1 Cultivo de la planta del cannabis y procesos de transformación de la misma con fines científicos y medicinales.

Mediante el Decreto 2467 del 22 de Diciembre del 2015, el Congreso de la República reglamentó el cultivo de la planta de cannabis, la autorización de posesión de semillas para siembra de cannabis, el control de áreas de cultivo de cannabis y los procesos de producción, fabricación, exportación, importación y el uso de estos y sus derivados con fines únicamente científicos y medicinales, para lo cual el decreto estableció unos requisitos para obtener licencias y permisos a personas naturales y jurídicas que pretendan desarrollar actividades como la posesión de semillas, la siembra de plantas de cannabis, el cultivo de plantas de cannabis, la producción y fabricación de derivados de cannabis, y la exportación de derivados del cannabis para usos estrictamente médicos y/o científicos,

licencias que otorgaban el Consejo Nacional de Estupefacientes y el Ministerio de Salud y Protección Social, según los artículos 5 y 6 del Decreto 2467 del 2015.

Este decreto tuvo vigencia por un término de tres años, en el que se otorgaron licencias a tres empresas para cultivar, fabricar, producir y comercializar con los derivados del cannabis.

“La primera empresa que obtuvo la licencia para la producción de marihuana con fines medicinales fue Pharmacelio que se le otorgó el 27 de Junio del 2016 cuya casa matriz se encuentra en Canadá, mediante la cual se le permitió realizar proceso de transformación del cannabis en extractos de aceite cannabico medicinal con el que se elaborarían medicamentos para el cáncer, epilepsia y artritis”⁶.

Posteriormente, más empresas en Colombia obtuvieron estas licencias para cultivar, producir o comercializar con los derivados del cannabis.

El haber creado un primer antecedente legislativo en el año 2015 con la finalidad de permitir a empresas dedicadas al cultivo, producción y comercialización con derivados del cannabis para fines científicos y medicinales, fue un gran avance social y cultural, porque se logró romper, en grandes sectores políticos y económicos, con el tabú del uso del cannabis.

Con estos avances legislativos se demostró que las propiedades de la marihuana pueden ser utilizadas con fines altruistas como tratar enfermedades terminales relacionadas con el trastorno motor y el sistema nervioso central, se esta generando empleo a personas que conocen del funcionamiento de los invernaderos, haciendo cambio de los plásticos donde se tienen cosechadas las plantas, la instalación del sistema de riego por goteo ,la adecuación de la tierra donde crecen las plantas y otro tipo de actividades especializadas que fomentan el desarrollo industrial del cannabis.

⁶ <https://www.dinero.com/empresas/articulo/pharmacielo-y-su-planta-de-produccion-de-cannabis-en-colombia/251523>

5.6 Ley 1787 del 2016, sobre el uso médico y científico de la marihuana

La Ley 1787 del 6 de julio de 2016 estableció una reglamentación frente al acceso informado del uso medicinal y científico del cannabis y sus derivados en todo el territorio nacional pues de conformidad con el art 1 se indica que: *“La presente ley tiene como objeto crear un marco regulatorio que permita el acceso seguro e informado al uso médico y científico del cannabis y sus derivados en el territorio nacional colombiano.”*⁷

El inciso quinto del artículo 1 definió el cannabis como:

“sumidades, floridas o con fruto, de la planta de cannabis (a excepción de las semillas y las hojas no unidas a las sumidades) de las cuales no se ha extraído la resina, cualquiera que sea el nombre con que se les designe. Se entiende por aquel cannabis psicoactivo cuyo contenido de tetrahidrocannabinol (THC) es igual o superior al límite que establezca el Gobierno nacional mediante la reglamentación de la presente ley.”

Definición de la que nos apartamos, toda vez, que lo que hace esta normativa no es definir qué es el cannabis, sino informar acerca de las propiedades y características del mismo.

Con mejor criterio, el profesor Roberto Solórzano Niño, presenta una definición del cannabis y la marihuana, como una planta silvestre de 2 metros de altura aproximadamente con hojas lanceoladas y dentadas en número impar por tallo. Esta planta da frutos y cosechas anualmente y es de reproducción dióica, es decir, tiene macho y hembra, en la cual la hembra es utilizada por sus flores y hojas.

“El Cannabis es una planta silvestre vegetal que pertenece a la familia Cannabaceae cultivada en climas templados, cuyo uso se remonta a China desde el año 2700 ac, la cual era usada con fines industriales pues de ella se extraía el cáñamo para la fabricación

⁷ Ley 1787 de 2016.

*de fibras textiles y granos oleaginosos es decir se extraía el aceite que contiene la planta por su abundancia”.*⁸

Con la expedición de esta Ley, y por expresa disposición del párrafo primero del artículo 3 se facultó al Ministerio de Justicia y del Derecho, al Ministerio de Salud y Protección Social, y al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para reglamentar lo que tiene que ver con las actividades medicinales, industriales y comerciales frente a la planta de cannabis y de sus derivados.⁹

Así mismo esta ley presentó un gran avance en la protección a comunidades campesinas e indígenas que pretendan comercializar con fines medicinales y científicos con la planta de cannabis, pues según expresa el párrafo 5 del artículo 3 de la Ley 1787 de 2016, que el Estado debe diseñar los mecanismos que se deberán implementar para que los pueblos y comunidades campesinas e indígenas desarrollen con el cannabis y sus derivados actividades con fines médicos y científicos, pues para las comunidades indígenas su uso medicinal y científico corresponde a una cosmovisión totalmente diferente al de la sociedad civil, tema que será abordado en el capítulo siguiente.

Aspecto fundamental de la Ley 1787 del 2016 es el que tiene que ver con las licencias y permisos otorgados por las autoridades competentes que permiten llevar a cabo actividades industriales, comerciales y medicinales con el uso de la marihuana y derivados del cannabis, pues el artículo 6 facultó al Ministerio de Salud y Protección Social para otorgar las licencias que permiten llevar a cabo actividades industriales con el cannabis y sus derivados a través de un proceso administrativo y podrá así mismo coordinar con otras autoridades la expedición de licencias y permisos.

⁸ ROBERTO SOLORZANO NIÑO, *Medicina legal, criminalística y toxicología para abogados*, 7ª edición, Bogotá, Editorial Nomos, 2009. Pág 566.

⁹ PAOLA ALVAREZ DROGUETT, *Legislación extranjera: elaboración y distribución de Cannabis para uso medicinal*, Chile, Departamento de estudios, extensión y publicaciones, 2018, pág 5.

De acuerdo con el artículo 7 de la Ley 1787 del 2016 se consagró el procedimiento administrativo que se debe seguir para el otorgamiento de las licencias, para verificar su cumplimiento bajo la dirección del Ministerio de Salud y Protección Social, la Subdirección de Control y Fiscalización de Sustancias Químicas y Estupefacientes del Ministerio de Justicia y del Derecho de la siguiente manera:

“1. Componente administrativo: Seguimiento técnico y jurídico de los parámetros requeridos para el otorgamiento de las licencias o de aquellos sobre los cuales se realizó el otorgamiento de la licencia. Este componente estará a cargo del Ministerio de Salud y Protección Social y de la Subdirección de Control y Fiscalización de Sustancias Químicas y Estupefacientes del Ministerio de Justicia y del Derecho, según corresponda, con el apoyo del Instituto Colombiano Agropecuario (ICA), o quien haga sus veces, en el marco de sus respectivas competencias.

2. Componente operativo: Hace referencia al ejercicio de las actividades de seguimiento y evaluación que sean requeridas para la verificación de los parámetros técnicos y jurídicos citados en el componente administrativo. Este componente estará a cargo del Ministerio de Salud y Protección Social y de la Subdirección de Control y Fiscalización de Sustancias Químicas y Estupefacientes del Ministerio de Justicia y del Derecho, según corresponda con el apoyo cuando así se requiera del Ministerio de Defensa Nacional, por intermedio de las fuerzas militares o la Policía Nacional y también del Instituto Colombiano Agropecuario (ICA), o quien haga sus veces, en el marco de sus respectivas competencias.”

Los objetivos de estos componentes es que las autoridades a las cuales la Ley les otorgó la dirección y control de los procesos administrativos al momento de expedir y conceder licencias para actividades de producción, comercialización, fabricación, importación del cannabis y sus derivados, estén siempre dirigidas a tener un uso médico y científico, y por ello se creó el componente administrativo para que al momento de otorgar la respectiva licencia el interesado cuente con los medios idóneos para cumplir con dichas actividades y en un segundo momento, es decir, el componente operativo sirve para que una vez otorgada la respectiva licencia se verifique y realice un seguimiento a los licenciatarios de que se están cumpliendo con los requisitos exigidos en esta Ley que son fundamentalmente la producción, fabricación, cultivo, importación, exportación, almacenamiento, entre otros, con fines de uso médico y científico, pues si el licenciatario incumple las exigencias, obligaciones y requisitos contenidos en estas puede ser multado

económicamente, se le podrá cancelar la licencia para ejercer dichas actividades y en caso de que se compruebe de que el licenciario está incurriendo en delitos, se deberá compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación para efectos de que se investiguen los presuntos hechos delictivos, previa comprobación de los mismos por parte de las Autoridades administrativas competentes ya mencionadas de conformidad con el artículo 11 de la Ley 1787 del 2016.

Por último, preceptúa el artículo 16 de la Ley 1787 del 2016 que si un menor de edad requiere de cannabis medicinal, se le deberá informar en todo caso a padres o tutores del menor sobre las implicaciones que puede generar el uso medicinal del cannabis en el cuerpo y en la salud, por parte del médico tratante encargado de autorizar o negar el tratamiento médico.

5.7 Decreto 613 del 2017 reglamentario de la ley 1787 del 2016

Mediante el decreto 613 del 10 de abril del 2017 se reglamentó la ley 1787 del 2016, en el cual consagro y simplificó el trámite para la obtención de licencias que clasificó en cuatro tipos a saber:

“producción y venta de semillas, cultivo de cannabis psicoactivo, cultivo de cannabis no psicoactivo y fabricación de derivados del cannabis con vigencia de cinco años prorrogables por el mismo tiempo cuantas veces así lo requiera el interesado e incluyo a los pequeños cultivadores que quieran iniciar actividades relacionadas con las licencias que otorga el Ministerio de Salud y Protección Social y el Ministerio de Justicia y del Derecho¹⁰.

5.7.1 De las licencias que se otorgan conforme al Decreto 613 del 2017

De acuerdo con el art 2.8.11.2.1.2 correspondiente al Decreto 613 del 2017 están legitimadas para otorgar licencias el Ministerio de Salud y Protección Social y la Subdirección de Control y Fiscalización de sustancias Químicas y Estupefacientes

¹⁰ Publicación Ministerio de Salud y Protección Social, *ABECÉ sobre el uso médico y científico del cannabis en Colombia*, Grupo de comunicaciones, Abril del 2017.

del Ministerio de Justicia y del Derecho a personas naturales o jurídicas de las siguientes clases:

1. "Licencia de fabricación de derivados del cannabis: Esta licencia se otorga con la finalidad de que el licenciatarlo realice proceso de transformación del cannabis con fines de uso médico y científico y comprende actividades de adquisición a cualquier título, importación, almacenamiento, comercialización, distribución, posesión y disposición final, así como su exportación y uso para fines médicos y científicos.

Esta licencia la otorga el Ministerio de Salud y Protección Social con las siguientes finalidades: el uso nacional, investigación científica y exportación.

2. Licencia de uso de semillas para siembra: Esta licencia se otorga con la finalidad de que el licenciatarlo maneje semillas para sembrarlas y de ellas obtener productos con fines de uso medicinal o científico.

Esta licencia es otorgada por el Ministerio de Justicia y del Derecho con la finalidad de que con ellas se comercialice o con fines científicos.

3. Licencia de cultivos de plantas de cannabis psicoactivo: Esta licencia se otorga con la finalidad de que el licenciatarlo realice el cultivo de plantas de cannabis psicoactivo, que puede comprender la siembra, adquisición y producción de semillas, almacenamiento, comercialización, distribución y disposición final, así como la exportación y uso para fines médicos y científicos.

Esta licencia la otorga el Ministerio de Justicia y del Derecho y bajo esta modalidad se pueden producir granos y derivados del cannabis para fines de almacenamiento, disposición final, y científicos.

4. Licencia de cultivos de plantas de cannabis no psicoactivo: Por último esta licencia también la otorga el Ministerio de Justicia y del Derecho con la finalidad de que el licenciatarlo produzca granos y semillas para siembra, fabricación de derivados, fines industriales, fines científicos, almacenamiento y para disposición final¹¹.

En virtud de esta legislación se estableció el uso lícito en Colombia con fines medicinales y científicos del Cannabis, para realizar medicamentos y venderlos a personas que sufran de enfermedades relacionadas con los trastornos motores, así mismo con su legalización permite a investigadores científicos realizar estudios detallados sobre las propiedades del Cannabis bajo los parámetros que otorgan las licencias; permite un crecimiento industrial pues pequeños empresarios

¹¹ artículo 2.8.11.2.1.2 Decreto 613 del 2017

pueden realizar las actividades que otorgan las licencias conforme a la Ley 1787 de 2016 y el su Decreto reglamentario 613 de 2017 y de igual forma comunidades indígenas y campesinas tienen acceso a estas actividades.

Frente al ámbito científico esta nueva normativa le permite a personas jurídicas legalmente constituidas y universidades realizar proyectos de investigación relacionados con los productos que se pueden obtener con esta planta, los beneficios ambientales, industriales, económicos con las propiedades que se pueden extraer.

El Decreto 613 del 10 de abril 2017 reglamenta el uso lícito de los derivados del cannabis cuando se trata de darles fines medicinales. Esta normativa creó las “preparaciones magistrales” que consisten en la elaboración de productos médicos a base de cannabis preparados por un establecimiento de carácter farmacéutico a fin de atender las necesidades de los pacientes que necesitan de la marihuana, cannabis o sus derivados para tratar enfermedades de tipo terminal.

Para las preparaciones magistrales se requiere de una prescripción médica que deben elaborarlas establecimientos farmacéuticos de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud establecidas por el Decreto 2200 de 2005 y se debe especificar en la prescripción médica las concentraciones del tetrahidrocannabinol (THC), cannabidiol (CSD) y cannabinoles (CSN), para saber la cantidad de dosis que se deba suministrar al paciente, todo de anterior de conformidad con el artículo 2.8.11.3.1 del Decreto 613 del 2017

5.8. Consumo del Cannabis en espacio público

Con ocasión de la reciente sentencia del 6 de junio de 2019 la Corte Constitucional mediante sentencia C-253 de 2019 y Ponencia de la Magistrada Diana Fajardo Rivera se resolvió una demanda de inconstitucionalidad presentada contra los numerales 2 literal c del artículo 33 y 7 del artículo 140 de la Ley 1801 de 2016 (Código Nacional de Policía) que prohíbe el consumo de sustancias

psicoactivas en lugares públicos, abiertos al público o que siendo privados trasciendan a lo público, por cuanto el demandante considera vulnerados los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de expresión y al acceso al espacio público. Por ello solicitó que se declarara la constitucionalidad condicional de la disposición prohibiendo únicamente el consumo de sustancias psicoactivas en lugares públicos donde se encuentren niños, niñas y adolescentes. Para ello sustentan su pretensión en lo ya decidido por la Corte Constitucional en sentencia C-221 de 1994.

La decisión de esta sentencia ha suscitado bastantes debates jurídicos como políticos pues el actual presidente Iván Duque manifestó estar en desacuerdo con esta decisión por cuanto genera inseguridad ciudadana pero que aun así la va a acatar por cuanto la Corte Constitucional es el máximo tribunal y guardián de la constitución haciendo la aclaración que no va a dejar luchar contra todas las modalidades del narcotráfico. La decisión adoptada por la Corte Constitucional fue declarar inexecutable la norma en mención toda vez que a juicio de la Corte viola los derechos fundamentales que dieron origen a la demanda en la que resumió así:

“El Legislador viola el derecho al libre desarrollo de la personalidad al prohibir de forma amplia y general, so pena de medidas de policía, el consumo de bebidas alcohólicas y sustancias psicoactivas “en espacio público, lugares abiertos al público, o que siendo privados trasciendan a lo público”, como forma de proteger la tranquilidad y las relaciones respetuosas; aunque es un medio que no está prohibido, que busca fines imperiosos, no es necesario en tanto existen otras herramientas de policía aplicables y, en ocasiones, ni siquiera es un medio idóneo para alcanzar tales fines.

El Legislador viola el derecho al libre desarrollo de la personalidad al prohibir de forma amplia y general, so pena de medidas de policía, el consumo de bebidas alcohólicas y sustancias psicoactivas “en parques [y en] el espacio público” en general, como forma de proteger el cuidado y la integridad de dicho espacio;

aunque es un medio que no está prohibido, que busca fines imperiosos, no es necesario, ni siquiera es adecuado para lograr el propósito buscado. ”

5.9 Conclusiones

Para concluir este primer capítulo, se tiene que el uso lícito de la marihuana en Colombia tienen los siguientes antecedentes:

En primer lugar, la Sentencia C-221-94 despenalizó el consumo de la dosis personal de estupefacientes, siempre que esta fuera la finalidad, pues aun cuando se pruebe por parte de la Fiscalía General de la Nación que el porte o tenencia de la sustancia estupefaciente fuere menor de la cantidad permitida y tenga por finalidad su comercialización ilícita, la conducta siempre será punible, pues lo que dejó claro la sentencia es el límite entre una actividad legal y otra que es punible.

Las Sentencias del 8 de Julio de 2009 de radicado 31531, 12 de Noviembre de 2014 con radicado 42169 y la del 9 de Marzo del 2016 de radicado 41760 establecieron que quien porte consigo dosis de marihuana u cualquier otro estupefaciente que exceda la legalmente permitida, esto es de 20 gramos para marihuana y sea para consumo personal, la conducta no es antijurídica materialmente por cuanto no trasgrede bienes jurídicos de terceros, sino únicamente del propio consumidor y el derecho penal no puede sancionar comportamientos que únicamente afectan a quien los asume.

Posteriormente, mediante el Decreto 2467 del 22 de Diciembre del 2015 se reglamentó por primera vez en Colombia por vía legislativa el cultivo de plantas de cannabis, la obtención de semillas de la planta y todas las actividades de comercialización con la misma, estableciéndose unos requisitos para su licitud y

las correspondientes licencias que podían ser otorgadas a través de las autoridades administrativas competentes.

Mediante la Ley 1787 del 2016 y su Decreto reglamentario 613 del 2017 se permitió el uso lícito de la planta de cannabis y marihuana mediante la concesión de licencias para la producción y venta de semillas, cultivo de cannabis psicoactivo y no psicoactivo y fabricación de derivados del cannabis a personas naturales y jurídicas, con el requisito, de que debe ser para fines medicinales y científicos, pues al momento de solicitar la respectiva licencia que será otorgada mediante acto administrativo por la entidad competente, el interesado debe aportar toda la documentación correspondiente y contar con los medios técnicos e idóneos para tal fin.

En Colombia esta normativa legalizó el cultivo, producción, almacenamiento, y demás actividades comerciales, industriales o medicinales con el Cannabis y sus derivados, siempre que sea para fines medicinales, como tratar pacientes que requieran de sus propiedades para tratar enfermedades con los productos y derivados de la planta del cannabis. De otro lado, se regulo el uso lícito del cannabis relacionado con investigaciones científicas, permitiéndole a las instituciones académicas e investigadores realizar las actividades anteriormente mencionadas para llevar a cabo estudios académicos de la planta y sus derivados bien sea para informar sobre sus aspectos positivos o negativos con un sustento empírico.

Un aspecto positivo que trajo consigo la regulación normativa es el crecimiento industrial en el territorio nacional, ya que permite a comunidades campesinas, pequeños productores, comunidades indígenas y en general, a cualquier persona natural o jurídica que desee realizar cualquiera de las actividades que establece esta Ley con la finalidad de obtener derivados del cannabis, pues además de incentivar la libre iniciativa económica de los pequeños empresarios, generar empleo para aquellas personas expertas en cultivo y procesamiento de la planta de marihuana y cannabis y para aquellas personas que anteriormente tenían

áreas de terreno destinado al cultivo ilícito, pueden legalizar su situación y cambiar estos sitios a cultivos lícitos dentro de los parámetros de la Ley 1787 del 2016 y su Decreto Reglamentario 613 del 2017.

Por último, se introdujeron reformas a los artículos 375, 376 y 377 del Código Penal que describen las conductas punibles de conservación o financiación de plantaciones, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y destinación ilícita de muebles o inmuebles, pues de acuerdo a los artículos 12, 13 y 14 de la Ley 1787 del 2016 no se aplicarán las penas contempladas en los artículos mencionados del Código Penal cuando sea para el uso médico y científico del cannabis siempre y cuando se tengan las licencias otorgadas, ya sea por el Ministerio de Salud y Protección Social o el Ministerio de Justicia y del Derecho, según sus competencias, estableciendo así una causal de exoneración de responsabilidad penal de acuerdo al numeral 5 del artículo 32 del Código Penal que señala:

“Artículo 32. #5. Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público”.

El sustento lo establecen los artículos 12, 13 y 14 de la Ley 1787 de 2016 que adicionaron los artículos 375, 376 y 377 del Código Penal relacionados con actividades de narcotráfico que son del mismo tenor e indican la causal de exoneración de responsabilidad penal de la siguiente manera:

“Ley 1787 de 2016. Artículos 12, 13 y 15: Las sanciones previstas en este artículo, no aplicarán para el uso médico y científico del cannabis, siempre y cuando se tengan las licencias otorgadas, ya sea por el Ministerio de Salud y Protección Social o el Ministerio de Justicia y del Derecho, según sus competencias.”

6. CAPÍTULO 2

Del uso lícito de la marihuana y el cannabis en comunidades indígenas y campesinas, Convenio 169 de la OIT respecto al uso lícito de la marihuana en comunidades indígenas.

6.1 Antecedentes

Para empezar a hablar del uso lícito de la marihuana y cannabis para las comunidades indígenas de manera general y algún sector campesino hay que contextualizar sobre sus primeros usos respecto a su entorno cultural, medicinal e industrial en sus principios y repasar un poco su historia, para ello nos centramos en el continente de Asia, más específicamente en el país de China que ha sido uno de sus principales actores respecto al crecimiento industrial de dicha planta.

Desde el año 2700 a.c se usaba en China la planta de marihuana (cannabis sativa), con fines espirituales y religiosos, pues había quienes aseguraban que “*se bordeaba los caminos, y mientras que unos decían que el camino los transportaba al infierno, para otros era la puerta que los conducía al paraíso*”¹². En China se cultivaba la planta de marihuana y cannabis para que con el producto de sus cosechas se utilizarán con fines medicinales debido a sus propiedades y además con su producto y semillas se utilizaba industrialmente para la creación de textiles, fibras, cuerda y ropa.¹³

¹² ROBERTO SOLORZANO NIÑO, Medicina legal, criminalística y toxicología para abogados, 7ª edición, Bogotá, Editorial Nomos, 2009. Pág 567.

¹³ Tomado de: <https://pevgrow.com/blog/la-marihuana-en-china/>.

En China se considera realmente importante la planta del cannabis, desde su semilla que tiene un potencial alimenticio, sus tallos que son usados para fabricar textiles, papel, etc., hasta sus flores, que son las generadoras de THC, CBD que son propiedades de la planta a la cuales se les daba un uso recreativo y medicinal.

Estos usos industriales y medicinales fueron permitidos por el emperador chino Shen Nung (año 3000 a.c) quien además de darle este tipo de finalidades a las propiedades del cáñamo y la marihuana, fue considerado el padre de la medicina pues fue un herbario que estudio las características de gran cantidad de hierbas y plantas incluida el cannabis de la cual concluyo que el cannabis trataba enfermedades relacionadas con la tos, trastornos motores, inflamaciones articulares, prevenía la ansiedad y la consideraba excelente para la memoria.

En su enciclopedia de materia médica china llamada Pen Tsao el emperador Shen Nung clasifica y describe la planta de cannabis como “ma”, recomendada para aliviar todo tipo de dolencias musculares y articulares además de curar enfermedades, pues consideraba que *“el cáñamo tomado en exceso hace ver monstruos, pero si se usa largo tiempo puede comunicar con los espíritus y aligerar el cuerpo”*¹⁴.

De forma similar, en India entre el año 2000 y 1400 a.c se recopilaron los cuatro textos denominados “Los vedas”, considerados sagrados para la religión hinduista y escritos en sanscrito. En ellos se hace alusión a la marihuana como elixir de vida que ayuda a la humanidad a afrontar sus temores quitándolos de encima y fuente eterna de felicidad.

En la India se le daba un uso distinto para consumir el cannabis pues por lo general se usa fumada; los hindús la prefieren ingerida a través de una bebida llamada “*bhang*”.

¹⁴ Alfredo Jacome Roca, Shen Nung el salvador divino, Academia Nacional de Medicina en libros digitales de medicina disponible en internet en : <https://encolombia.com/libreriadigital/lmedicina/hmedica/historiamedica-sheng/>

“Esta bebida sigue siendo ingerida actualmente de esa manera pues representa a los arios, atribuyéndole propiedades mágicas además de los efectos beneficiosos de la planta eran atribuidos por los hindúes a la bondad de los dioses y no es de extrañar que, dadas las propiedades atribuidas, se utilizara para la curación de múltiples molestias como para calmar la fiebre, el insomnio, la lepra, la caspa, las jaquecas, la tos ferina, la oftalmia, las enfermedades venéreas y hasta la tuberculosis”¹⁵.

A demás del Bhang los vedas clasificaron las propiedades de la marihuana y el cannabis con diferentes nombres según sus características, por ejemplo, clasificaron la Ganja como la floración de plantas femeninas no fertilizadas, sin semillas, que se conoce como “sin semilla”. A la resina del cannabis que se obtenía a partir de las flores por fricción de las mismas sobre una superficie el denominaron Charas o Hashish¹⁶.

Muchas son las religiones y culturas en las cuales la marihuana juega un papel importante para el crecimiento del espíritu de los creyentes. En México, existe una tribu denominada, los indios de Hidalgo de Veracruz, que utilizan el cannabis como un medio para comunicarse con la Virgen; ellos realizan sus ceremonias apoyándose de elementos cristianos, pero resaltan la marihuana como una planta divina a la que llaman Rosa María¹⁷.

En Nariño – Colombia, en la comunidad de los Pastos el resguardo “El Gran Cumbal”, dirigida por el Taita Efrén Tarapues, señaló a Radio Televisión Nacional de Colombia que los sabios de su resguardo *“le dan usos medicinales a la planta más no de diversión, resalta que existen otras plantas como la brugmansia o la hoja de coca, que al igual que la marihuana son usadas para calmar dolores en paciente que tiene enfermedades terminales”*.¹⁸

¹⁵ Eva Candela García y José Pedro Espada Sánchez, *Una revisión histórica sobre los usos del cannabis y su regulación*, Salud y Drogas, Alicante, España, vol 6, num 1, 2006, pág 52.

¹⁶ Puentes Centeno, Francisco. Cepeda, Fernando Jairo. Mosquera Téllez, Jairo: *Revisión histórica de usos folclóricos medicinales de preparados de cannabis y estado actual de indicaciones médicas aprobadas para preparados sintéticos*, Bogotá, Ministerio de Justicia y del Derecho, 2015, pág 312.

¹⁷ tomado de: <https://www.alchimiaweb.com/blog/uso-espiritual-religioso-tradicional-marihuana/>

¹⁸ Tomado de: <https://www.radionacional.co/noticia/regiones/comunidades-indigenas-del-sur-colombia-celebran-legalizacion-marihuana-uso>.

Es claro que desde hace siglos se ha consumido, en muchas culturas del mundo, la marihuana y el cannabis con fines ancestrales y medicinales los cuales le proporcionan un sentido a la vida, ayudan a curar enfermedades y crean en muchos grupos sociales formas de vida y hasta ritos, que les dan una identidad cultural.

6.2 Cultivos ilícitos, la industria de drogas ilícitas en Colombia y comunidades indígenas y campesinas afectadas con estas actividades.

Para el desarrollo de este capítulo el punto de partida está en la cosmovisión, usos ancestrales, medicinales e industriales de las comunidades campesinas e indígenas acerca del cannabis, y por otro lado como los cultivos ilícitos financiados por el narcotráfico han desconocido y violado derechos fundamentales de estas comunidades y de la protección de que gozan a la identidad cultural frente al uso de la planta del cannabis de conformidad con el Convenio 169 de la O.I.T, Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de la ONU y la legislación y jurisprudencia interna colombiana.

En Colombia entre 1974 a 1980 (bonanza de la marihuana) la industria de drogas ilícitas se convirtió en el país con mayor producción, cultivo y exportación de marihuana. Los cultivos se concentraban en la Sierra Nevada de Santa Marta y Guajira, controlados por carteles de droga de la costa de Barranquilla y la Guajira, lugares escogidos por las mafias de la droga por su ubicación geográfica, el clima, zonas fértiles para cultivar, ubicado en zonas boscosas que permitían una producción de calidad. Esta zona geográfica se vio afectada por estos cultivos ilícitos, la comunidad indígena de los arhuacos en particular, pues sus raíces están ubicadas en este punto. Esta comunidad se vio obligada a trabajar forzosamente a favor de estas organizaciones criminales, bajo amenazas de muerte contra sus familiares; también les fueron usurpadas sus tierras y cosechas que durante mucho tiempo habían laburado para el sostenimiento económico de su familia y

para el mantenimiento de sus costumbres, usos culturales y ancestrales, así mismo integrantes de estas comunidades indígenas fueron asesinados a manos de los narcotraficantes de la zona que les trajo consecuencias nefastas como desintegración cultural, violación de derechos humanos, hurtos y usurpación de sus bienes. Ante este cruel panorama el entonces ministro de justicia de la época, Rodrigo Lara Bonilla emprendió una ardua lucha contra el Narcotráfico¹⁹.

Lo que el ministro pretendía era dismantelar estas organizaciones criminales, en especial la liderada por Pablo Escobar, quien para el primer decenio de los 80 era quien más droga enviaba a los Estados Unidos y se había consolidado como el narcotraficante más poderoso y adinerado del mundo, que además de incurrir en todo tipo de actividades criminales quería posicionarse políticamente y obtener un puesto en el Congreso de la República, el cual obtuvo en 1982, siendo elegido como Representante Suplente a la Cámara y Jairo Ortega como el principal. Este último fue quien incursiono a Pablo Escobar en la política. La incursión de Pablo Escobar en la política no le resultó como lo esperaba por sus nexos y actividades relacionadas con el narcotráfico, pues el ministro Lara Bonilla en su insistencia política y legislativa de penalizar y extraditar a los narcotraficantes, logró que Pablo Escobar se retirara de la política y del partido Renovación Liberal. Como consecuencia de esta persecución Pablo Escobar ordenó que se ejecutara el homicidio de Lara Bonilla el día 30 de abril de 1984²⁰.

Durante esta época se ven claras las consecuencias negativas que trajo la actividad criminal y, en lo que respecta al uso del cannabis y la marihuana, la comercialización estuvo asociada a actividades ilícitas que trajeron una cadena de violencia absurda en la cual se vieron afectados muchos sectores del país y como en este capítulo se desarrolla el tema desde la perspectiva de las

¹⁹ DAVID BUSHNELL, *Colombia una nación a pesar de sí misma*, 16ª edición, Bogotá, Editorial Planeta, 2012, pág 366 a 370..

²⁰ ASTRID LEGARDA, *El verdadero PABLO, sangre, traición y muerte*, primera edición, Bogotá, Editorial gato azul, 2004, págs 39 y 40.

comunidades indígenas, todos estos hechos mencionados incidieron negativamente en sus comunidades por lo anteriormente mencionado.

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito ha venido realizando estudios empíricos importantes en los que indican las consecuencias que ha venido dejando el flagelo del narcotráfico y más concretamente la época de la bonanza a la que ya se aludió.

Del estudio realizado se concluyó lo siguiente: *“Los departamentos de Nariño, Putumayo y Norte de Santander concentran el 64% de los cultivos de coca detectados a corte 31 de diciembre de 2015”*; anualmente estos departamentos tienen tendencia a incrementar cultivos ilícitos de todo tipo de drogas no únicamente de coca y esto se debe a determinadas circunstancias de vulnerabilidad presentes en estos territorios, ya que hay poca presencia de la fuerza pública, existe gran concentración de guerrilla, paramilitares, narcotraficantes, entre otros grupos al margen de la Ley que tienen control sobre las zonas productoras de droga quienes obligan a los pequeños agricultores, campesinos e indígenas a que abandonen y entreguen sus tierras y propiedades aptas para el cultivo de drogas ilícitas de manera gratuita, pues de no hacerlo matan a los dueños de estas propiedades lo cual obliga a estos grupos vulnerables a irse de sus tierras con las manos vacías a otros sitios del país en busca de nuevas oportunidades las cuales puede que estén en contra de sus usos ancestrales y espirituales.²¹

Una comunidad indígena altamente afectada por esta problemática del narcotráfico ha sido la denominada *“Awá que se encuentra ubicada en los departamentos de Nariño, Putumayo y en el Amazonas, debido a que las consecuencias que esta actividad genera como lo es la aparición de grupos altamente armados que operan al margen de la ley han obligado a miembros de*

²¹ Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, *Monitoreo de territorios afectados por cultivos ilícitos 2015*, Gobierno de Colombia, 2016, pág 17.

*esta comunidad a ser despojados de sus parcelas de tierra desde el año 2003 a la fecha*²².

Las consecuencias del narcotráfico durante décadas han afectado directamente a las comunidades indígenas y campesinas, de acuerdo a los informes suministrados por la ONU, que pueden resumirse de la siguiente forma:

- A) Los grupos al margen de la ley dedicados al narcotráfico han desconocido y violado durante décadas los derechos humanos de las comunidades indígenas como población con enfoque diferencial cultural y étnico.
- B) Las actividades del narcotráfico en territorios donde se encuentran ubicadas las comunidades indígenas y campesinas ha generado desintegración cultural, pues su cosmovisión respecto al uso del cannabis y su cultivo tiene un enfoque ancestral y medicinal más no lucrativo.
- C) Las comunidades indígenas en cuanto al uso del Cannabis y su cultivo pretenden usarlo con fines ancestrales para realizar un crecimiento de carácter espiritual.

En ese orden de ideas, es clara la diferencia de objetivos existente entre las comunidades indígenas y campesinas, de los grupos delincuenciales como la guerrilla, los paramilitares y las mafias:

“Para los primeros el uso del cannabis y su cultivo se realiza con fines espirituales, religiosos y medicinales en el que consideran es capaz de ayudarlos a descubrir su propio ser a lo largo de su vida, es decir, existe una visión trascendental del cannabis que con sus propiedades les permite crecer espiritual y personalmente; además del

²² Publicación de la agencia de la ONU para los refugiados ACNUR, *Comunidades indígenas de Colombia*, 2011.

uso textil que le dan como las comunidad indígena denominados los arhuacos situados en la Sierra Nevada de Santa Marta quienes con la fibra del cáñamo elaboran ropa, alimentos, utensilios y cualquier cantidad de elementos para uso y consumo doméstico²³.

6.3 Del uso con fines lícitos de la marihuana y el Cannabis de conformidad con la legislación y jurisprudencia colombiana, y usos ancestrales de las comunidades indígenas.

El artículo 1 constitucional empieza por expresar que :*“Colombia es un Estado social de Derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”*²⁴

Con fundamento en este artículo que expresa la naturaleza jurídica y constitucional del estado colombiano como un estado pluralista, se está indicando que es un Estado que admite la conformación y participación en la esfera política de varios grupos sociales sin que importen sus ideas, posiciones políticas o formas de ver el mundo. Afirmación que está en concordancia con lo preceptuado en los artículos 7 y 8 de la constitucional que reconocen y protegen la diversidad cultural y étnica de la nación colombiana.

Estos principios constitucionales han sido el referente de la jurisprudencia constitucional colombiana a partir de 1991 para la defensa de grupos sociales y culturales con ideologías distintas (indígenas y mestizos) y variedad de razas. Como las comunidades indígenas se encuentran dentro estos grupos sociales culturales, la Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado constantemente sobre el reconocimiento de sus derechos como entidades colectivas.

²³ MARIA GALVIS MALAGON, *La heterogeneidad del mundo arhuaco y el café: Una mirada a la temporalidad y a los discursos alrededor de la producción orgánica de café en Jewrwa, Sierra Nevada de Santa Marta*, monografía de grado, Universidad del Rosario, Facultad de Antropología, 2017, págs 27 y 28.

²⁴ Artículo 1, Constitución Política de 1991.

La sentencia T- 973-2014 del 16 de diciembre de 2014 con ponencia del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva sostuvo que:

“En este sentido, los derechos fundamentales, reconocidos a los miembros de las comunidades indígenas, son los mismos que se le brindan a los demás ciudadanos del país, pero además, la comunidad indígena en sí, tiene ciertos derechos fundamentales como la entidad colectiva, por lo cual el principio de diversidad étnica y cultural que busca: (i) amparar colectivamente a las comunidades tradicionales que no continúan la forma de vida de la sociedad mayoritaria, para que puedan desarrollarse conforme con su propia cultura y costumbres tradicionales; y (ii) proteger a los miembros de la comunidad como sujetos, dentro y fuera de su territorio, de acuerdo con su propia cosmovisión²⁵.”

En este caso la Corte expresa cuales son las finalidades de la norma constitucional frente a la protección de los indígenas, pues de la interpretación que se hace de los artículos citados se alude en primera medida al deber que tiene el estado de proteger la colectividad de los grupos o comunidades indígenas como grupo social, con usos y costumbres distintas. Existe una protección individual de quienes pertenecen a la comunidad indígena al interior y por fuera de su territorio a los que se les garantiza la protección personal atendiendo a su cosmovisión.

Mediante sentencia C-882/11 de la Corte Constitucional con Ponencia de Jorge Ignacio Pretelt se hizo hincapié en las prerrogativas otorgadas a las comunidades indígenas frente al respeto de su identidad cultural y sus tradiciones de la siguiente manera:

“El derecho a la identidad cultural otorga a las comunidades indígenas prerrogativas como las siguientes: (i) tener su propia vida cultural, (ii) profesar y practicar su propia religión como manifestación cultural, (iii) preservar, practicar, difundir y reforzar otros valores y tradiciones sociales, culturales, religiosas y espirituales, así como sus instituciones políticas, jurídicas, sociales, culturales, etc. (iv) emplear y preservar su propio idioma, (v) no sea objeto de asimilaciones forzadas; (vi) conservar, acceder privadamente y exigir la protección de los lugares de importancia cultural, religiosa, política, etc. para la comunidad; (vii) conservar y exigir protección a su patrimonio cultural material e inmaterial; (viii) utilizar y controlar sus objetos de culto; (ix) revitalizar, fomentar y transmitir a las generaciones presentes y futuras sus historias, tradiciones orales. Filosofía, literatura, sistema de escritura y otras manifestaciones culturales; (x) emplear y producir sus medicinas tradicionales y conservar sus plantas, animales y minerales medicinales; (xi) participar en la vida cultural de la Nación; (xii) seguir un modo de vida según su cosmovisión y relación con los recursos naturales; (xiii) preservar y desarrollar su modos

²⁵ Sentencia T-973-2014 M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

de producción y formas económicas tradicionales; y (xiv) exigir protección de su propiedad intelectual relacionada con obras, creaciones culturales y de otra índole.²⁶ⁿ

Así queda claro cuáles son los aspectos importantes de las comunidades indígenas en relación a su protección cultural, por lo cual es totalmente acertado las consideraciones que se han transcrito, porque además de los planteamientos estrictamente jurídicos debido a que se relacionan esas prerrogativas con las raíces ancestrales respecto a la forma en que los indígenas usan la hoja de coca, la marihuana y otras sustancias.

Al analizar la trascendencia de la hoja de coca para los pueblos indígenas, la Corte Constitucional encuentra que su uso está ligado a aspectos culturales, religiosos, medicinales, alimenticios, entre otros, para varias comunidades indígenas del país, motivo por el cual ha sido objeto de protección por la legislación y jurisprudencia constitucional interna, como en el marco de tratados internacionales que serán objeto de estudio.

En ese orden de ideas, la Corte Constitucional ha establecido que el uso, consumo y cultivo de plantas como la hoja de coca o el cannabis o marihuana está permitido dentro de las comunidades indígenas cuando se haga dentro del contexto de sus prácticas culturales, religiosas, ceremoniales, es decir que este estrechamente ligada a su cultura y cosmovisión.

De otro lado, en esta sentencia se reconocen otros dos derechos fundamentales importantes, el primero el derecho a la autodeterminación y propia jurisdicción y la segunda a la Consulta previa por parte del Estado en los asuntos jurídicos, políticos, sociales, culturales y económicos que los puedan afectar.

En virtud del primero la Constitución reconoce a las comunidades indígenas el derecho que les asiste a tener su propia jurisdicción, esto es a tener un sistema de gobierno con sus propias normas, autoridades y poderes atendiendo a su cultura

²⁶ Sentencia C-882- 2011.

siempre y cuando no esté en contra de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política, razón por la cual estas comunidades no están sometidas a la jurisdicción ordinaria, sino a la propia jurisdicción indígena; hipótesis que encuentra sustento en la Constitución Política en sus artículos 1, 7 y 8 y tratados internacionales como el Convenio 169 de la O.I.T incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 21 de 1991, el Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos aprobado mediante Ley 74 de 1962 y la Convención Americana de Derechos Humanos que fue ratificado en Colombia mediante Ley 16 de 1972.

De acuerdo a la consulta previa la jurisprudencia constitucional ha señalado que es un derecho fundamental que le asiste a las comunidades indígenas a participar en las decisiones que pueden afectarlas, *“pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social”*²⁷.

La participación de las comunidades indígenas en estas decisiones y en relación con sus cultivos de plantas como la marihuana o el cannabis es importante por cuanto el Estado colombiano en varias ocasiones ha pretendido erradicar y fumigar cultivos ilícitos con glifosato y otras sustancias químicas que generan daños ambientales y de salud y en estos casos es indispensable consultar a las comunidades indígenas antes de tomar las respectivas medidas pues en ciertas ocasiones los planes para erradicación de cultivos comprenden aquellos donde están los cultivados por las comunidades indígenas para sus usos ancestrales que gozan de protección constitucional.

Para concluir el tema del uso lícito de la marihuana en comunidades indígenas, la Corte Constitucional ha sostenido que estos grupos sociales pueden consumir la planta del cannabis pues esta ligado a sus creencias ancestrales y culturales, pero

²⁷ Sentencia SU-039-1997.

siempre que sea para atender esas finalidades que son las que protegen su identidad cultural, autodeterminación y derecho a su propia jurisdicción.

6.4 Uso lícito de la marihuana en comunidades indígenas conforme a tratados internacionales: Convenio 169 de 1989 de la OIT, Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, suscrito en Viena en 1988.

Mediante Ley 21 del 6 de marzo de 1991 el Congreso de la República de Colombia aprobó el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la O.I.T.

En este instrumento internacional se consagró la protección frente al uso ancestral del Cannabis y Marihuana en comunidades indígenas de la siguiente manera:

“Artículo 4º. 1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”.

“Artículo 5. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

- a) Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;
- b) Deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;”

“Artículo 8º.

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecer procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.”

De conformidad con este instrumento internacional en el que se proclama y reitera la protección de las tradiciones, cultura, identidad autodeterminación de las comunidades indígenas.

De un análisis hermenéutico de la normativa citada, el cultivo, uso y consumo del cannabis y la marihuana está legalmente permitido a las comunidades indígenas en Colombia mediante normas de carácter internacional, en tanto estas prácticas estén encaminadas a sus fines ancestrales, religiosos, alimenticios y textiles, pues estas actividades están lejos de estar relacionadas con actividades ilícitas de narcotráfico.

De este contexto, la sentencia C-358 de 1997 del 5 de agosto con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, manifestó que esta normatividad de carácter internacional hace parte del Bloque de Constitucionalidad de la siguiente manera:

“está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes. Ello bien sea porque se trata de verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, porque ‘son normas situadas en el nivel constitucional’, como sucede con los convenios de derecho internacional humanitario, o bien porque son disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos²⁸”.

Para concluir este apartado sobre la Convención sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT de 1989 en relación con las comunidades indígenas, los presupuestos normativos tienen como finalidades específicas que se pueden enumerar de la siguiente manera:

1. “Garantizar y reconocer a los pueblos indígenas su autodeterminación, esto es que asuman el control pleno de todas sus instituciones conforme a su estándar cultural y social.
2. Crea la obligación a que el Estado colombiano respete y reconozca sin ningún tipo de discriminación ideológica, religiosa, política o social la diferencia cultural de estas comunidades.
3. Pese al reconocimiento que se les ha otorgado a las comunidades indígenas a establecer su propia jurisdicción, formas de vida, el goce pleno de sus derechos, ejercicio de sus libertades

²⁸ Sentencia C- 358-1997, M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

fundamentales para que estas comunidades consoliden sus identidades, lenguas y religiones, están supeditados a que el ejercicio de su propia jurisdicción “sean compatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos²⁹”.

Ahora, la Convención Única sobre Estupefacientes, celebrada en Nueva York, del 24 de enero al 25 de marzo de 1961, aprobada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, que posteriormente fue enmendada en *“Ginebra del 6 al 24 de marzo de 1972 en virtud de la resolución 1577 del Consejo Económico y Social, que aprobó y abrió a la firma el Protocolo de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes”*³⁰, que fuere aprobado mediante la Ley 13 de 1974 protege el derecho de las comunidades a usar de la planta del cannabis atendiendo sus finalidades espirituales y ancestrales. Por ello el numeral 2 del artículo 14 de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, expresa:

“Cada una de las Partes adoptará medidas adecuadas para evitar el cultivo ilícito de las plantas que contengan estupefacientes o sustancias sicotrópicas, tales como las plantas de adormidera, los arbustos de coca y las plantas de cannabis, así como para erradicar aquellas que se cultiven ilícitamente en su territorio. Las medidas que se adopten deberán respetar los derechos humanos fundamentales y tendrán debidamente en cuenta los usos tradicionales lícitos, donde al respecto exista la evidencia histórica, así como la protección del medio ambiente.”

Este tratado internacional ratificado por Colombia tiene un objetivo específico, que es la lucha contra el narcotráfico mediante la penalización de conductas de tráfico, producción y porte de estupefacientes debidamente clasificados en cuatro listas, por lo cual obliga a los Estados signatarios como el colombiano a adoptar todo tipo de medidas político criminales para el control, fiscalización e imposición de penas

²⁹ SAMUEL YONG SERRANO, *La aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales y sus implicaciones en nuestra legislación interna*, Publicado en revista y publicaciones de la Universidad Santo Tomás, Bogotá, Vol 2, núm 21, 2004, pág 79.

³⁰ UNODC Oficina de las Naciones Unidas Contra la droga y el delito, *los tratados de fiscalización internacional de drogas, Nueva York 2014, pág 1.*

privativas de la libertad a quien incurra en actividades relacionadas con estupefacientes con fines ilícitos según se desprende del artículo 35 que señala la lucha contra el tráfico ilícito mediante la cooperación internacional y ayuda entre los estados signatarios. El artículo 36 consagra la obligación a los Estados signatarios la imposición de medidas penales en su numeral 1 así:

“A reserva de lo dispuesto por su Constitución, cada una de las Partes se obliga a adoptar las medidas necesarias para que el cultivo y la producción, fabricación, extracción, preparación, ofertas en general, ofertas de venta, distribución, compra, venta, despacho por cualquier concepto, carretaje, expedición, expedición en tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes no conformes a las disposiciones de esta Convención o cualesquiera otros actos que en opinión de la Parte puedan efectuarse en infracción de las disposiciones de la presente Convención, se consideren como delitos si se cometen intencionalmente y que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión u otras penas de privación de libertad.”

La Corte Constitucional en sentencia C-176 de 1994 del 12 de abril con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero señaló frente al uso lícito en esta Convención lo siguiente:

“La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, más conocida como la Convención de Viena, es la culminación de un proceso relativo al control del consumo y abuso de ciertas sustancias alteradoras de la conciencia definidas como estupefacientes o sustancias sicotrópicas. En virtud de ese proceso, la comunidad internacional, en gran parte bajo el liderazgo de los Estados Unidos, ha considerado que la mejor forma de enfrentar estos problemas sociales es mediante la prohibición en forma absoluta de la producción, el uso o tráfico de esas sustancias cuando éstos se efectúan con finalidades diferentes a las estrictamente médicas o científicas. En ese sentido la Convención de 1988 aparece como la continuación de tratados anteriores, en especial de la Convención Única de Estupefacientes de 1961 enmendada por el Protocolo de modificaciones de 1972, aprobada por Colombia por medio de la Ley 13 de 1974, y del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1973, aprobado por nuestro país por medio de la Ley 66 de 1979. Por eso algunos

mandatos de la Convención de Viena de 1988 reproducen disposiciones de esos instrumentos internacionales anteriores.”³¹

De otro lado, esta Convención ha sido relevante en cuanto al uso del cannabis con fines medicinales y científicos los cual sustenta la protección a consumidores con fines recreativos, comunidades indígenas y su uso ancestral y medicinal, al auge e iniciativa industrial del uso con fines lícitos del cannabis y la marihuana.

Fundamento de lo anterior se encuentra el preámbulo de la Convención Única de Estupefacientes que consagra: *“las partes, preocupadas por la salud física y moral de humanidad, reconociendo que el uso médico de los estupefacientes continuará siendo indispensable para mitigar el dolor y que deben adoptarse las medidas necesarias para garantizar la disponibilidad de estupefacientes con tal fin”*. Al ser el preámbulo el fundamento y la base sobre la cual se estructura la normativa internacional es claro como el uso lícito del cannabis con fines médicos y científicos gozan de protección supranacional.

Por otra parte, el art 1 de la Convención Única de Estupefacientes define los conceptos del cannabis así:

“b. Por cannabis se entiende las plantas, floridas o con fruto, de la planta de la cannabis (a excepción de las semillas y las hojas no unidas a las plantas de las cuales no se ha extraído la resina, cualquiera que sea el nombre con que se las designe)”. “c. Por “planta de cannabis” se entiende toda planta del género cannabis”. “d. Por “resina de cannabis” se entiende la resina separada, en bruto o purificada, obtenida de la planta de cannabis”.

Los fundamentos normativos sobre el uso lícito del cannabis están relacionados en la Convención de la siguiente manera:

- “Artículo 2, numeral 9: Las Partes no estarán obligadas a aplicar las disposiciones de la presente Convención a los estupefacientes que se usan comúnmente en la industria para fines que no sean médicos o científicos, siempre que: Por los procedimientos de desnaturalización apropiados o por otros medios, logren impedir que los estupefacientes utilizados puedan prestarse a uso indebido o producir efectos nocivos (artículo 3, inciso 3) y que sea posible en la práctica recuperar las sustancias nocivas; y b) Incluyan en los datos estadísticos (artículo 20) que suministren las cifras correspondientes a la cantidad de cada estupefaciente utilizado de esta forma.

³¹ Sentencia C-176 de 1994. M.P Alejandro Martínez Caballero.

- “Artículo 22: Cuando las condiciones existentes en el país o en un territorio de una Parte sean tales que, a su juicio, la prohibición del cultivo de la adormidera, del arbusto de coca o de la planta de cannabis resulte la medida más adecuada para proteger la salud pública y evitar que los estupefacientes sean objeto de tráfico ilícito, la Parte interesada prohibirá dicho cultivo”. Es decir, que los Estados parte deben tomar siempre todas las medidas necesarias para prohibir y fiscalizar los cultivos de cannabis con fines ilícitos que afecten la salud pública y sea consecuencia del tráfico ilícito excepto cuando sea para usos medicinales científicos.
- “Artículo 28: 1. Si una Parte permite el cultivo de la planta de cannabis para producir cannabis o resina de cannabis, aplicará a ese cultivo el mismo sistema de fiscalización establecido en el artículo 23 para la fiscalización de la adormidera. 2. La presente Convención no se aplicará al cultivo de la planta de la cannabis destinado exclusivamente a fines industriales (fibra y semilla) u hortícolas. 3. Las Partes adoptarán las medidas necesarias para impedir el uso indebido o tráfico ilícito de las hojas de la planta de la cannabis.” Esta norma consagra que no será objeto de fiscalización por parte del Estado parte signatario aquellos cultivos de la planta de cannabis siempre que tenga como finalidad la producción de sus semillas y fibras para actividades industriales lícitas.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas regula varios aspectos sobre los derechos que le conciernen a las comunidades indígenas como pueblos como el derecho a la Consulta previa y la libre autodeterminación en el que se encuentra el respeto por su dimensión cultural lo cual le da un carácter diferencial a estos pueblos indígenas, por consiguiente entendido este derecho como respeto a sus usos culturales se encuentra implícito el uso del Cannabis y la marihuana con fines industriales, medicinales y ancestrales en los artículos “5, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 24, 25, 26.3, 27, 31, 33, 34, 36 y 40, una clara referencia a la protección de sus costumbres, tradiciones y rituales, para la conservación de su integridad como pueblo. De la misma manera, ilustran el vínculo indisoluble que tienen la tierra y la cultura para los pueblos indígenas³²”

Por último, es importante resaltar el tema del uso del glifosato utilizado mediante aspersión aérea por el Estado colombiano mediante el Programa de Erradicación

³²Sorily Figuera Vargas y Andrea Ariza Lascarro, *Derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico colombiano*, Bogotá, Revistas Uniandes, 2015, Pág 71

de Cultivos Ilícitos en diversas zonas del país que reiteradas oportunidades la Corte Constitucional ha ordenado la suspensión del uso del glifosato para erradicar cultivos ilícitos.

El primer antecedente jurisprudencial es la sentencia SU-383 del 13 de mayo de 2003 con ponencia del doctor Álvaro Tafur Galvis, consideró que la utilización de este químico transparente e inodoro está vulnerando derechos fundamentales de las comunidades indígenas, como, la consulta previa, la supervivencia cultural, la diversidad étnica cultural y con la salud de sus integrantes, pues el uso del glifosato ha producido innumerables enfermedades cancerígenas a sus miembros, cegueras temporales, entre otras que se pueden ir expandiendo. Empero a esta prohibición el presidente Ivan Duque desde Londres anunció que el estado colombiano va a continuar utilizando el glifosato para erradicar los cultivos ilícitos existentes en el territorio colombiano lo cual desconoce los precedentes judiciales constitucionales que desde antaño han prohibido de manera acertada la utilización de esta sustancia por los efectos nocivos y perjudiciales para la salud, naturaleza, medio ambiente y las comunidades indígenas, como lo indicó la Corte Constitucional en Sentencia T-080 del 7 de febrero de 2017 con Ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio en sede de tutela que amparó los mencionados derechos constitucionales mediante acción de tutela promovida por la comunidad indígena del resguardo de Puerto Nare y Jairo Augusto Murcia Archila/Yaroka en calidad de representante del Pueblo Carijona del Resguardo de Puerto Nare (Guaviare) contra la Presidencia de la República, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Ministerio de Ambiente, el Ministerio de Defensa, el Consejo Nacional de Estupefacientes, la Dirección Nacional de Estupefacientes y la Policía Antinarcóticos, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la consulta previa, a la vida, a la existencia física y cultural, a la educación, al medio ambiente sano, al debido proceso, al libre desarrollo de la personalidad y al derecho a la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que los

afectan, generada por la fumigación de cultivos ilícitos mediante la aspersión aérea de glifosato sobre los territorios consagrados a la autoridad y soberanía de la comunidad Carijona que habita en el resguardo de Puerto Nare, en el departamento de Guaviare, sin que se surtiera el requisito de la consulta previa. En esta sentencia la Corte decidió amparar los derechos de esta comunidad indígena de la siguiente manera:

“A este respecto, la Sala reiterará las reglas que ya había establecido la sentencia SU-383 de 2003 respecto de la obligación concreta de realizar procesos de consulta previa a las comunidades indígenas, antes de iniciar cualquier programa de erradicación de cultivos ilícitos.

7.21. En este orden de ideas, las entidades a quienes corresponda adelantar estos procesos con las comunidades deberán consultar de manera efectiva y eficiente a los pueblos indígenas y tribales sobre las decisiones atinentes al programa de erradicación de cultivos ilícitos que adelantan en sus territorios “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”. De esta manera, las autoridades de los pueblos indígenas y las organizaciones que los agrupan, deberán ser consultadas, previamente (i) sobre el procedimiento y los términos en que se adelantarán las consultas, (ii) respecto del ámbito territorial de las mismas, y (iii) sobre la determinación de los medios adecuados para adelantar en el ámbito territorial previamente delimitado la erradicación de los cultivos ilícitos, ya sea mediante la aspersión aérea o por otro método alternativo, siempre que el método elegido garantice real y efectivamente los derechos fundamentales que mediante esta providencia se amparan, y de los demás habitantes de los respectivos territorios.

7.22. De igual forma, las autoridades deberán, en la adopción de las medidas pertinentes, como resultado de las consultas a los pueblos indígenas y tribales, considerar y ponderar (i) la efectiva protección de los derechos fundamentales amparados, (ii) la garantía de los derechos fundamentales de los miembros de los pueblos indígenas y de los demás habitantes de los respectivos territorios -tales

como el derecho a la vida e integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad y a la salud-, (iii) el interés general de la Nación colombiana, y (iv) las potestades inherentes al Estado colombiano para definir y aplicar de manera soberana y autónoma la política criminal y dentro de ella los planes y programas de erradicación de los cultivos ilícitos.

7.23. Conforme a lo señalado anteriormente, para la Sala es claro que en el presente caso no se realizó un proceso adecuado de consulta con la comunidad Carijona del resguardo de Puerto Nare (Guaviare), cuando ha debido realizarse un proceso de consulta previa con la comunidad indígena accionante, siguiendo los lineamientos que para el efecto ha desarrollado el Convenio 169 de la OIT, la Constitución Política y la jurisprudencia constitucional en vigor[178]. En un sentido más amplio, se debe agregar que la consulta previa es un deber y una garantía que, en virtud de una afectación directa, de acuerdo a las particularidades y consecuencias de cada caso, ha debido ser activada en el caso sub examine para proteger de forma efectiva los derechos fundamentales de la comunidad étnica Carijona, frente a los programas de erradicación aérea de cultivos ilícitos que se desarrollaron en sus territorios.

En estos casos, la consulta del programa de erradicación de cultivos ilícitos debe orientarse a la concertación de las medidas más adecuadas y menos gravosas para la comunidad y su seguridad alimentaria, pero que sean igualmente efectivas para asegurar los objetivos esenciales del Estado de garantizar la seguridad de la nación y cumplir los compromisos internacionales adquiridos por Colombia en materia de lucha contra el tráfico de estupefacientes.

7.24. Ahora bien, llegados a este punto la Sala debe reiterar que aunque el Gobierno nacional no haya realizado un proceso adecuado de consulta con la comunidad Carijona en 2005, y en la actualidad haya suspendido voluntariamente desde septiembre de 2015 las fumigaciones de cultivos ilícitos mediante aspersion

aérea con glifosato, la obligación de consultar a dicho pueblo, ahora de cara a las posibles afectaciones como consecuencia de las aspersiones, persiste.

7.25. Como anteriormente se indicó, el derecho fundamental a la consulta previa, no solo establece su realización de forma previa o anterior al desarrollo de un programa o proyecto estatal, sino también implica la obligación de realizarla aún cuando después de ejecutado el plan o proyecto, este se ha perfeccionado sin consentimiento de la comunidad étnica afectada, ya sea con fines de participar en la implementación del mismo o de obtener una reparación o compensación por los daños causados y de esta manera, proteger su integridad física, cultural y espiritual.”³³

6.5 Conclusiones

Históricamente el uso de la planta del Cannabis Sativa en Asia se ha evidenciado que su uso está estrechamente ligado a aspectos ancestrales como la conexión con los dioses y la función sanadora de todo tipo de enfermedades, ya que era considerada elixir de la vida y felicidad, bordeaba los caminos que llevaba a las puertas del paraíso, es decir su uso era totalmente religioso, médico y espiritual.

Durante la época de la bonanza, Colombia se convirtió en uno de los países a nivel internacional con mayor cadena de producción y exportación por organizaciones al margen de la ley con fines de lucro mediante el empleo de conductas criminales como desplazamiento forzado, homicidios, hurtos, usurpación, entre otras que en relación con las comunidades indígenas generó una división cultural y desconocimiento de sus derechos humanos y fundamentales.

³³ Sentencia T-080 de 2017. M.P Jorge Ivan Palacio Palacio

Al interior del territorio las comunidades indígenas le han dado un uso eminentemente cultural a las plantas del cannabis semejante a sus usos incipientes por países de Oriente, pues su uso está enmarcado en un contexto espiritual y religioso.

Existe protección jurídica a nivel nacional e internacional del uso lícito del cannabis y marihuana en comunidades indígenas atendiendo a sus creencias y entorno cultural; a nivel interno existen diversos pronunciamientos jurisprudenciales constitucionales en Colombia que aluden al reconocimiento de la autodeterminación, consulta previa y usos culturales tradicionales, pero que se han visto en muchas ocasiones, vulnerados por el mismo Estado cuando ha ordenado erradicar cultivos ilícitos mediante el empleo de sustancias químicas en varias regiones del país sin consultar a las comunidades indígenas que en ese sector se han establecido afectando sus intereses económicos, culturales, religiosos y políticos.

En Colombia con ocasión de la ratificación de tratados e instrumentos internacionales desde 1970 en relación con las comunidades indígenas y el uso del cannabis que protegen íntegramente las prácticas ancestrales con esta planta cuando se usa con fines medicinales, científicos e industriales lícitos.

7. CAPÍTULO 3

Producción medicinal, uso lícito con fines recreativos y científicos de la marihuana, cannabis sativa, en la legislación internacional.

Pese al gran debate ético, moral, religioso y político que en capítulos anteriores se mencionaron, existen varios países de todo el mundo en los que se ha superado algunos tabús frente al uso de la marihuana y mediante su política pública y legislación se ha aprobado el uso del cannabis sativa con fines médicos, terapéuticos y recreativos.

En Europa encontramos que se permiten la venta y el consumo de marihuana en los siguientes países:

“En los Países Bajos, en donde su uso recreacional se ha visto muy marcado debido a los denominados coffeshops y Hausdealer, sitios donde se vende consume el cannabis de manera recreativa y de ocio. España, país en el que se aprobó en el mercado farmacológico el Sativex que es un medicamento compuesto de cannabinoles y dronabinol que se introduce por vía oral, para tratar enfermedades específicas como lo es la esclerosis múltiple y enfermedades relacionadas con dolores musculares y trastornos motores como la espasticidad. Italia, país que, en 1990, mediante la ley Lervolino Vassalli contemplaba sanciones penales a quienes llevaran consigo cannabis así fuere en cantidades que denominaron la “dosis medía diaria, pero que posteriormente mediante referendo los ciudadanos italianos votaron para que se despenalizara el porte o posesión de cualquier tipo de droga y mediante criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional italiana se despenalizó tanto el cultivo y fabricación de

estupefacientes siempre que fuera para consumo personal mediante sentencia del 23 de diciembre de 1994³⁴”.

En Estados Unidos, pese a que el uso de la marihuana con fines terapéuticos, medicinales y recreativos se ha legalizado en algunos Estados, mediante normas de carácter federal, reglamentadas por políticas públicas y organismos de control. En Canadá también se legalizó el uso medicinal, industrial y recreativo de la marihuana y el cannabis y de igual forma existen países en Latinoamérica que también se han debatido y aprobado proyectos de ley que han permitido establecer un marco legal regulatorio del cultivo, uso medicinal, espiritual, terapéutico y recreativo de la marihuana cannabis sativa como Brasil, Colombia y Uruguay.

7.1 Países bajos

El primer antecedente legislativo de los países bajos sobre la regulación del cannabis se remonta a los años 70, cuando en 1976 se reformó la Ley de revisión del Opio en virtud de la cual se realizó una clasificación de las drogas atendiendo a las consecuencias que traería para el consumidor. Es así que se diferencia entre “drogas blandas”, entre las que se encuentran: la marihuana, el hachís y sus derivados, y “drogas duras”, en las que se encuentran la coca y la heroína.

La importancia de la clasificación de drogas que establecía el gobierno holandés se debía a las medidas punitivas que el Estado estaba facultado a imponer a quien hiciera uso de ellas, sin importar su destinación (consumo o tráfico), pues las penas y multas eran equivalentes.

“Esta norma realizó una distinción de los productos de la planta de la marihuana como el cáñamo, el cannabidol (CND), el cannabino (CNB) y 9-

³⁴ Montes, Carlos: Regulación del porte personal, comercialización y consumo terapéutico del cannabis en el derecho comparado, Santiago de Chile, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2013

tetrahidrocannabinol, ubicando la planta con sus propiedades descritas como drogas con riesgos menos graves dentro de las denominadas “drogas blandas”³⁵.

Con la reforma legislativa a la Ley de revisión del Opio de 1976, se despenalizó la tenencia o porte de las denominadas “drogas blandas” siempre que su uso estuviera relacionado con el consumo propio o personal, la cantidad máxima permitida que se estableció no podía exceder los 30 gramos, pero si quien la llevara consigo excedía dicha cantidad estaban sujetos a las sanciones que señalaba el artículo 11 de la Ley del Opio, esto es un mes de arresto o multa de hasta 5.000 florines.

7.2 Legalización de la marihuana en Holanda

La Ley del Opio de 1976 despenalizó la tenencia o porte con fines de consumo personal de pequeñas cantidades de drogas blandas como el cannabis, siempre que no excediera los treinta gramos, pero se penalizó el cultivo del mismo aunque fuera consumo propio lo cual generó una gran contradicción normativa y dio lugar a varios arrestos de personas que no tenían como finalidad traficar ilícitamente con drogas como lo señala el profesor A.M Van Kalmthouth .

Por eso, el gobierno holandés el 1 de enero de 2001, creó una entidad gubernamental denominada *Office for Medicinal Cannabis* (Oficina de Cannabis Medicinal) encargada de otorgar licencias de permisos para la producción y comercialización del cannabis y la faculto como la responsable de importar y exportar cannabis medicinal y con fines científicos conforme a la Convención Única de Estupefacientes de 1961, a instituciones, farmacias, hospitales,

³⁵ A.M VAN, KALMTHOUTH, “Aspectos de la política holandesa en materia de drogas”, Tilburg, Eguzkilore, Universidad católica de Braban Tilburg Holanda, 1988, pág 91.

veterinarias y empresas que tuvieran como propósito, producir la planta cannabis con fines medicinales y científicos³⁶.

Las políticas del Office for Medicinal Cannabis para la comercialización y distribución del cannabis con fines medicinales es permitido únicamente por las farmacias legalmente autorizadas por el gobierno holandés, y para su adquisición por parte de un paciente que padezca una enfermedad que deba ser tratada con esta planta, debe ser prescrita medicamente, de tal manera que en la orden médica se especifique la cantidad y calidad de cannabis o estupefaciente que debe suministrarse. Adicionalmente para que el hospital o farmacia pueda suministrar cualquier clase de estupefaciente prescrito por un médico, es necesario que el establecimiento farmacéutico la licencia de importación cuyo otorgamiento está a cargo de la Agencia de Inspección de Salud.

En ese orden de ideas, podemos concluir que en Holanda con ocasión de la ley del Opio de 1976 se despenalizó la posesión o porte de drogas blandas en pequeñas cantidades que no excedieran de treinta gramos, pues el portar cantidades que superen esa cantidad, se les imponía penas privativas de la libertad de más de 4 años o de un mes de arresto o 2.550 euros a título de multa.

El consumo con fines recreativos es permitido en Holanda y para ello se pueden establecer Coffe Shops en todo el territorio holandés que son sitios abiertos al público mayor de 18 años, en los cuales está permitida la venta de drogas blandas como el cannabis para que puedan ser consumidas dentro del recinto con total libertad.

La legislación holandesa permite la comercialización del cannabis con fines medicinales y terapéuticos por parte de las farmacias legalmente constituidas a pacientes que necesiten de ella para tratar ciertas enfermedades, siempre y cuando la farmacia o clínica cuente con las licencias respectivas; una relativa al

³⁶ CARLOS MONTES, "Regulación del porte personal, comercialización y consumo terapéutico de Cannabis en el derecho comparado, Santiago de Chile, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2013, pág 13."

permiso de producción otorgada por la Oficina de Cannabis Medicinal y la segunda, la licencia de importación concedida por la Inspección de Salud.

Por último se puede concluir que en Holanda durante mucho tiempo y antes de la reforma a la Ley del Opio de 1976 lo que el estado pretendía era criminalizar cualquier tipo de uso que se le diera a las denominadas drogas duras y drogas blandas, pues al consumidor como al traficante la Ley les daba igual tratamiento jurídico penal, debido a que se contemplaban las mismas penas privativas de la libertad y multas.

Con la reforma a la Ley del Opio se dejó de lado la persecución penal de los consumidores, ya que, el gobierno logro identificar que el problema no recaía en los consumidores, sino en el comercio ilícito de las drogas, pues las medidas que deben implementarse respecto de los farmacodependientes son de carácter preventivo, profiláctico y terapéutico, es decir se trata de un problema de salud pública que debe ser regulado mediante normas de carácter administrativo y no penales, pues estas últimas deben estar encaminadas a perseguir y acabar con el narcotráfico.

7.3 España

En España al igual que en Holanda, con anterioridad a la adopción en su legislación interna de la Convención Única de Estupefacientes de 1961, existía bastante represión por parte del Estado contra aquellos individuos que consumían cannabis de manera recreativa puesto que en España durante la dictadura franquista se promulgo y expidió la Ley de Vagos y Maleantes (Gándula), el 5 de agosto de 1933 en la Gaceta de Madrid. Esta Ley era de carácter penal y tenía como objetivo la prevención de delitos de aquellas personas consideradas como peligrosas para la sociedad española. Eran consideradas personas potencialmente peligrosas para los intereses de la sociedad aquellos drogadictos, proxenetes, prostitutas, vagabundos y quienes no ostentaban un domicilio fijo ni

un trabajo estable, es decir que esta reforma penal legislativa tenía como fundamento el Derecho Penal de autor y no de acto, en el que se sanciona por la personalidad o forma de ser del individuo, quien se considera socialmente peligroso, castigándolo por su aspecto y por sus ideologías, que en nada afectaban bienes jurídicos de terceros tutelados por la ley.

Esta Ley fijaba como sanción privativa de la libertad la de poner a disposición de un campo de internamiento a la persona considerada como peligrosa según la Ley de Vagos y Maleantes, hasta que el Director del campo de internamiento consideraba que ya se había reformado totalmente el individuo y no representara un peligro social.

El 4 de agosto fue derogada la Ley de Vagos y Maleantes por expresa disposición de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970.³⁷

Posteriormente, mediante la Ley 17 del 8 de abril de 1967 se adoptó la Convención Única de Estupefacientes de 1961 de las Naciones Unidas en la que se instauró un marco legal sobre el cultivo, producción, fabricación, posesión, uso y consumo de estupefacientes; las infracciones penales y administrativas, el tratamiento a los toxicómanos y los eventos en que se presentan situaciones constitutivas de tráfico ilícito que pasaremos a examinar.

La Ley 17 de 1967 en su capítulo II determina la organización y funciones de las entidades estatales que tienen a su cargo el deber de controlar y vigilar los cultivos, las cosechas y su producción, fabricación, exportación, almacenamiento y exportación de estupefacientes.

Para ello se estableció que la Dirección General de Sanidad, el Servicio de Control de Estupefacientes y una Comisión técnica de carácter consultivo en los artículos 5 y 6.

³⁷ http://www.juntadeandalucia.es/cultura/archivos_html/sites/default/contenidos/archivos/ahpmlaga/documentos/DocMes201810_2LeyVagosMaleantes.pdf

El artículo 5 otorga funciones específicas al Servicio de Control de Estupeficientes, de las cuales tiene relación con la planta de cannabis: *“le corresponde al Servicio de Control de Estupeficientes conceder los permisos y autorizaciones para realizar actividades de producción y comercialización de la marihuana y cannabis”*.

A la Dirección General de Sanidad se le asignaron funciones y labores de cooperación con los organismos de investigación criminal, unidades de policía nacional y extranjera y recopilación de todos los datos e información que estén relacionadas con actividades de tráfico ilícito para que le suministre toda la información pertinente y le colabore en las investigaciones a la Comisaría General de Investigación Criminal Servicio de Control de Estupeficientes (Artículo 6.)

7.4 Uso lícito del cannabis conforme según la Ley 17/1967

Preceptúa el artículo 22 de la Ley 17 de 1967 que es permitido el uso del cannabis y otros estupeficientes siempre que sus fines sean: científicos, industriales, terapéuticos y docentes autorizados. Pero, si una persona se le da un uso distinto a los legalmente permitidos, está sujeto a diversas sanciones de carácter penal y administrativo.

El primer antecedente legislativo en España sobre la regulación del Cannabis sancionaba y prohibía su consumo con fines recreativos o de ocio, debido a que con esta ley se legalizó su consumo únicamente con fines terapéuticos y médicos autorizados previamente por un profesional de la Medicina.

De otro lado, el capítulo VII contentivo de los artículos veinticinco al veintinueve, trató el tema de los toxicómanos, definiéndolos, como aquellas personas adictas a las drogas o estupeficientes.

El artículo 25 facultó a la Dirección General de Sanidad para que por medio del Patronato Nacional de Asistencia Psiquiátrica se establecieran diversos puntos de asistencia médica especializada con la finalidad de atender a los toxicómanos mediante tratamientos médicos, curativos y de rehabilitación.

Para el tratamiento y procesos de rehabilitación de los farmacodependientes el artículo 26 señaló dos obligaciones a cargo del Servicio de Control de Estupefacientes, la primera, suministrar a centros médicos especializados los estupefacientes requeridos para su normal funcionamiento, esto es para poner en marcha tratamientos médicos y terapéuticos de quienes lo requieran. La segunda obligación que le encargó la norma, es la de promover estudios, becas, investigaciones para luchar eficazmente contra un cáncer social como lo es la adicción a las drogas.

Con ocasión de esta Ley se puede decir que el uso lícito del cannabis estaba delimitado para fines terapéuticos y médicos, pero el uso recreacional o distinto a los legalmente permitidos, se sancionaba con multas económicas y penas de prisión, cuando se incurriera en alguna de las conductas tipificadas en el artículo 368 del estatuto punitivo español que señala

“los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico o de otro modo promuevan, favorezcan, faciliten, el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triple del valor de la droga objeto del delito si se tratase de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa de tanto al duplo en los demás casos”.

Posteriormente, mediante la aprobación de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana del 30 de marzo de 2015 se introdujo un retroceso en la legislación española frente al uso y consumo del Cannabis con fines de consumo personal, toda vez que esta Ley dispuso como faltas administrativas el consumo en público y la tenencia de estupefacientes en lugares visibles al público con sanciones económicas de 601 hasta 30.000 euros de acuerdo al artículo 38.16 de esta Ley que consagra:

“Son infracciones graves la ejecución de actos de plantación y cultivo ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en lugares visibles al público, cuando no sean constitutivos de infracción penal”³⁸.

Según esta norma se considera como falta administrativa el cultivo y plantación de estupefacientes en lugares visibles al público y las plantaciones pueden ser incautadas por las autoridades competentes, pero no es delito ni contravención el auto cultivo en el lugar de domicilio, cuando tenga por finalidad únicamente el consumo personal, pues si la Fiscalía logra demostrar que el cultivo es con fines de comercio ilícito, el sujeto activo estará sujeto a las sanciones previstas del artículo 368 español.

7.4.1 Autoconsumo y consumo compartido lícito del cannabis en España

En España, al igual que en Colombia e Italia se despenalizó el consumo de cannabis recreacional por vía jurisprudencial, pues según los Altos Tribunales Constitucionales, este tipo de actividades únicamente afectan a quien decide hacerlo y no pone en riesgo o peligro los intereses de la sociedad ni del Estado y por ello la respuesta ha de ser siempre de carácter preventiva y rehabilitadora, pero no punitiva.

Por ello en España en reciente jurisprudencia mediante Sentencia número 91/2918 de fecha del 21 de Febrero del 2018 el Tribunal Supremo de la Sala de lo Penal en Madrid España realizó un recuento jurisprudencial del máximo tribunal relacionado con el autoconsumo y consumo compartido del cannabis, este último criterio creado jurisprudencialmente que se presenta cuando varias personas se reúnen para consumir cualquier tipo de droga o sustancia estupefaciente.

Esta sentencia alude a uno de los elementos fundamentales del delito, que es la tipicidad, es decir cuando una conducta se adecua a lo establecido en la norma

³⁸ Ley Órganica de Protección de la Seguridad Ciudadana del 30 de marzo de 2015.

penal, pero el Alto Tribunal dejó claro que el autoconsumo y el consumo compartido no está sujeto a ninguna sanción penal, toda vez que estas actividades no son punibles según lo señalado por el artículo 368 del Código Penal Español.

El consumo ilegal es aquel contrario a la ley, pero en España no todo consumo ilegal, está sujeto a una sanción penal, ya que de acuerdo a la Sentencia 670 del 17/03/1994 : *“toda utilización o ingesta de la droga por diversas vías orgánicas que no sea aquella que esté expresamente autorizada por tener finalidad terapéutica o positiva para la salud”*, lo que quiere decir que el autoconsumo del individuo del cannabis no constituye delito aunque sea ilegal es decir con fines distintos a los médicos y terapéuticos y no debe ser sancionado penalmente por cuanto esta conducta es atípica. Este criterio jurisprudencial concuerda la Sentencia número 91/2918 de fecha del 21 de febrero del 2018 del mismo órgano judicial en España en la parte final del fundamento de derecho número séptimo expresa:

“Al igual que todas las actuaciones personales que van destinadas al propio consumo (ilegal, pero no penalmente prohibido) son atípicas en nuestro ordenamiento, aunque supongan facilitar o promover un consumo ilegal (la adquisición, la solicitud, incluso la producción...), también el cultivo es atípico cuando no se detecte alteridad presupuesta de la intervención penal: facilitar o favorecer el consumo de otros.

El cultivo para el exclusivo consumo personal es contrario a la legalidad, pero carece de relieve penal. El cannabis, como es sabido, es uno de los estupefacientes con ciclo natural de cosecha. Los actos de cultivo del mismo son punibles sólo en cuanto tiendan a facilitar la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo indebido por terceros³⁹”.

Por último, la jurisprudencia española ha sido clara y enfática en establecer que todas las conductas relacionadas con el narcotráfico serán sancionadas y juzgadas por la autoridad competente, actividad está que no puede quedar en la impunidad y debe diferenciarse de las actividades que no tengan finalidades de narcotráfico las cuales no son punibles, como lo es el auto consumo y el consumo compartido.

³⁹ Sentencia número 91/2918 del 21/02/2018 Tribunal Supremo Sala de lo Penal Madrid.

7.5 Italia

En Italia con ocasión de la expedición de la Ley del 9 de Octubre de 1990, llamada Lervolino Vasalli se evidenciaba la notable política criminal represora en contra de los consumidores de cualquier clase de drogas o estupefacientes, incluido el cannabis puesto que el artículo 72 indicaba que se consideraba una actividad ilícita el uso o porte de estupefacientes o alguna sustancia psicotrópica enumerada en las tablas del artículo 14 el cual clasifica los estupefacientes de la Convención Única de Estupefacientes de las Naciones Unidas y así mismo prohíbe su uso cuando no es con fines terapéuticos de preparado medicinal conforme a prescripción médica para atender y tratar las patologías del sujeto de acuerdo al numeral 2 del artículo 72.

El gobierno italiano mediante la implementación de esta Ley a su ordenamiento jurídico, pretendía luchar contra la impunidad de los consumidores de estupefacientes siempre que su finalidad fuera totalmente distinta al terapéutico medicinal, mediante imposición de penas privativas de la libertad y elevadas sanciones pecuniarias las cuales contemplaban penas privativas de la libertad de 8 a 20 años y multas económicas bastante altas que también se aplicaban a quienes realizaban publicidad de estupefacientes a través de medios de comunicación sin permiso de la autoridad competente, de conformidad con el artículo 73 de la Ley Lervolino Vasalli.

Posteriormente, mediante referendo la ciudadanía italiana votó a favor de la despenalización de la tenencia y consumo de la “dosis diaria mínima” o de aquella que excediera la dosis diaria, siempre que fuera para consumo personal y autocultivo el 18 de abril de 1993.

La Corte Constitucional italiana se pronunció al respecto, de un lado argumentando constitucionalmente la violación de principios del derecho penal, como igualdad y razonabilidad de incriminar a quienes cultiven y produzcan cannabis para autoconsumo, pues cuando se realizan estas conductas no puede

el estado intervenir en las decisiones que afectan directamente al consumidor, y fijo los límites entre el cultivo y producción para consumo personal que es totalmente lícito y permitido, del cultivo y producción para narcotráfico que en todo caso siempre será punible.

Bajo esas premisas el alto tribunal constitucional italiano declaró inadmisibile la cuestión de la legitimidad constitucional de los artículos 28, 72, 73 y 75 de la Ley Lervolino Vassalli⁴⁰.

Para el año 2006 durante el segundo período presidencial de Silvio Berlusconi, se expidió el Decreto Ley del 30 Diciembre de 2005 que posteriormente fue modificado y adquirió el carácter de Ley 21 de febrero de 2006 denominada Ley Fini Giovanardi, en virtud de la cual se pretendía terminar con la discusión entre la tenencia o posesión de cualquier cantidad de estupefaciente para fines de consumo personal o para fines de narcotráfico, debido al criterio del entonces viceprimer ministro Gianfranco Fini quien pretendía acabar con la impunidad de los consumidores.

Como estas leyes no fijaron una cantidad máxima permitida para establecer la “dosis medía diaria“, el poder discrecional de los jueces era de carácter ilimitado, ya que los facultaba para decidir si la persona que era sorprendida con estupefacientes como el cannabis, la portaba con fines de narcotráfico o de consumo personal.

Para evitar esa discrecionalidad excesiva, el artículo 75 estableció que el consumidor que estuviera en posesión de cualquier tipo de droga para uso personal, se le aplicarían sanciones administrativas como: la prohibición de abandonar su residencia durante determinadas horas, la suspensión de su pasaporte, la suspensión del permiso para portar armas y la prohibición de acudir a determinados lugares.

⁴⁰ Sentencia 23 de Diciembre de 1994 No443, Corte Constitucional Italia.

De otra parte esta ley suprimió la distinción entre drogas blandas y drogas duras, asignándoles penas privativas de la libertad de 6 a 20 años de prisión, como elevadas sanciones económicas, sin importar que sustancia fuere encontrada. Pero, diferente era lo que pasaba con la Ley Lervolino Vasalli, la cual hizo la clasificación y distinción entre drogas blandas y duras, señalando para las primeras, penas de prisión y multas pecuniarias inferiores de las contempladas por las drogas duras⁴¹.

“Después de 8 años de vigencia de la ley Fini, el Tribunal Constitucional declaró la nulidad de esta ley mediante la sentencia número 32 del 12 de febrero 2014 por razones de irregularidades en el trámite de la expedición de la ley”⁴².

7.5.1 Uso lícito del cannabis a la luz de la legislación italiana

El artículo 17 del Decreto Ley Lervolino Vassalli del 9 de Octubre de 1990 fijó los criterios y parámetros en que se consideraba legal el uso de la planta de cannabis, para lo cual facultó al Ministerio de Salud como única autoridad competente para conceder licencias de autorización a aquellas personas naturales o jurídicas para realizar actividades de carácter industrial, comercial o medicinal con el cannabis.

“El permiso antes de ser otorgado por el Ministerio de Salud debe previamente escuchar un concepto del Comando General de la Guardia de Finanzas y, en el caso del cultivo, el Ministerio de Agricultura y silvicultura. La licencia de autorización se concederá por un término de dos años y en el único evento en el que no debe conceder autorización el ministerio de Salud es para los productos farmacéuticos”⁴³.

⁴¹ GRAZIA SUFFRA, *Como determinar el consumo personal en la legislación sobre drogas, la ‘polémica de los umbrales’ a la luz de la experiencia italiana*, Amsterdam, Transnational institute, 2011, pág 6.

⁴² Sentencia Número 32 del 12 de Febrero de 2014 Tribunal Constitucional de Italia.

⁴³ Artículo 17, Decreto del Presidente de la República 9 de octubre de 1990, No. 309

Esta normatividad legalizó el uso industrial y científico del cannabis y siguió manteniendo las sanciones jurídico penales de las actividades relacionadas con el narcotráfico. En el 2013 el gobierno italiano legalizó el uso medicinal del cannabis para ser suministrado a pacientes con enfermedades terminales y tratables con la planta de cannabis y por último el autocultivo y consumo personal es permitido.

7.6 Estados Unidos

Al igual que en los países europeos, Estado Unidos tuvo una política criminal represiva a inicios del siglo XX, toda vez que en 1914 se expidió la Ley Federal Harrison sobre narcóticos que tuvo como precursor al entonces parlamentario Francis Barton Harris. Su política criminal establecía la obligación de pagar impuestos sobre las actividades comerciales permitidas por la Ley con sustancias como el opio, la coca, la heroína y la morfina y además prohibía el uso y consumo personal de estos estupefacientes.

En 1937 se expidió la Ley que seguía los lineamientos de la Ley Harrison de narcóticos, denominada la Ley de gravamen a la marihuana, la cual obligaba a toda persona que realizara actividades de compra y venta del cannabis a pagar impuestos por ello, y quien se sustrajera al cumplimiento de esa obligación tributaria estaba expuesto a sanciones de carácter punitivo, como también prohibía el porte para consumo personal y el uso del cáñamo. Este último aspecto, es decir la prohibición del cáñamo tenía finalidades personales y económicas tendientes a beneficiar a la industria maderera que únicamente utilizaba productos y fibras sintéticas para la elaboración de productos y la utilización del cáñamo representaba una amenaza para este mercado.

Según Conrad citado por el Profesor Carlos Arturo Cano García, sostenía que: *“Conrad sostiene que en la confección de la ley se recurrió a un artilugio, consistente en redactarla usando uno de los nombres vulgares de la planta y*

*valiéndose de las connotaciones de esa palabra como cortina de humo para encubrir las verdaderas consecuencias del acta. Los estadounidenses conocían bien la planta con los nombres de cáñamo (en inglés hemp) para usos industriales y de cannabis para usos terapéuticos. La avalancha de artículos periodísticos con espeluznantes titulares sobre una droga exótica y peligrosa a la que denominaban marihuana, había permeado notablemente la percepción y los sentimientos de un amplio sector de la población.”*⁴⁴

Con posterioridad, este esquema legal represor tras varios años de vigencia cambió y Estados Unidos ha sido uno de los países que más ha tenido impacto positivo frente a la legislación acerca de la Marihuana, frente al uso recreacional, industrial y medicinal. En varios de sus estados el consumo del cannabis es legal y autorizado bien sea en forma recreativa, medicinal o industrial.

“Por ejemplo, el estado de Colorado fue una de las primeras jurisdicciones a nivel mundial que legalizaron el uso recreacional de la Marihuana. Un ejemplo claro de esto es la Enmienda 64/2012 la cual es una regulación del estado de Colorado en la cual se permite el auto cultivo y consumo, además de permitir que las personas establezcan sus establecimientos comerciales para la venta y fabricación de Marihuana, los cuales deben estar legalmente constituidos y estar acogidos a las condiciones que impone la ley”⁴⁵.

La reforma 64 a la Constitución del Estado de Colorado en el año 2012, legalizó el uso del cannabis con fines no medicinales, esto es de carácter recreativo, para personas mayores de 21 años quienes pueden adquirirla, cultivarla en cantidad no superior a seis plantas, y proveer hasta una onza de cannabis a otros consumidores adultos y consumirla en establecimientos comerciales autorizados por el Gobierno para tal fin. Pero, hasta el 1 de enero del 2014 se abrieron al público los mercados y tiendas comercializadoras de Cannabis.⁴⁶

⁴⁴ Carvajal García, Carlos Arturo. *¿Se debe legalizar la marihuana?*, Bogotá, Colombia, Publicación Universidad de los Andes, 2016, pag 10. Disponible en:

<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/04/doctrina43124.pdf>

⁴⁵ <http://www.cicad.oas.org/apps/Document.aspx?Id=2649>.

⁴⁶ Rolles, Steve: *La Regulación del Cannabis en Colorado*, Colorado, transform getting under control, 2016.

En 2014, Colorado fue el primer estado en legalizar el uso recreacional del cannabis atendiendo los requisitos legales pues para poder acceder a ella y consumirla debe hacerse conforme a las disposiciones reglamentarias de las autoridades competentes al igual que para su comercialización.

California también legalizó el uso recreacional y medicinal en su territorio mediante la Ley de Regulación y Seguridad del Cannabis y para el Uso por Adultos Medicinal expedida en el año 2015 la cual entró a regir a partir del 1 de enero de 2018, y permite a las personas naturales mayores de 21 años adquirir, cultivar y consumir cannabis para uso medicinal y recreativo. En el primer caso el condado debe expedir un carnet o licencia que autoriza al usuario a consumir medicinalmente el cannabis, quien deberá adquirirlo en los establecimientos que cuenten con la licencia del Departamento de Control de Marihuana de California.

La cantidad máxima permitida es de 1 onza para consumo recreacional, es decir 28,5 gramos de marihuana y de para el hachís 8 gramos.

“Otro de los Estados es California en donde a través de la ley “Medicinal and Adult-Use Cannabis Regulation and Safety Act” permite a los ciudadanos mayores de 21 años de edad el porte, el cultivo, la compra de marihuana, bien sea para uso recreativo o medicinal. La ley expresa específicamente los lugares en donde es posible el consumo del cannabis aplicando unas limitaciones a su consumo para proteger los derechos de los No consumidores⁴⁷ .

Washington es otro de los Estados que, junto a Colorado, ha sido pionero en legalizar el consumo recreacional, la tenencia y comercialización de la Marihuana con fines medicinales y de ocio, pues se entiende que es una planta de diversas propiedades para la salud. Para esto se desarrolló la iniciativa 502 del 6 de noviembre de 2012 que entró a regir el 6 de diciembre del mismo año, la cual faculta a los consumidores a hacer uso de ella de manera recreacional, permitiendo su consumo a personas mayores 21 años de edad y demás requisitos

⁴⁷ Ley Medicinal and Adult-Use Cannabis Regulation and Safety Act.

previstos en la Ley que son los mismos que se decretaron para el Estado de Colorado⁴⁸.

Alaska también legalizó su uso recreacional a través de la Ley llamada “Iniciativa 2” del 2014, la cual regula actividades comerciales fija unas limitaciones y condiciones para evitar inconvenientes, como establecer como cantidad permitida máxima para consumo 1 onza de cannabis y plantaciones de máximo seis plantas *per capita*.

Otros estados pertenecientes a EE.UU que hacen parte de esta nueva ola revolucionaria en cuanto al uso de la Marihuana bien sea recreacional, medicinal o industrial, por eso dentro de la ley agricultura de 2018 de EE.UU, el Senador Mitch McConnell representante de Kentucky, ha buscado introducir la Ley de cultivo de cáñamo, pues considera necesario eliminar el cannabis de aquellas sustancias psicoactivas controladas, para que no se vea afectada por la ley federal, pues expone que el Cannabis tiene otros usos que van más allá de los recreacionales y que puede ser de muchísima ayuda en la Industria, para la fabricación de muchos productos⁴⁹.

7.7 Canadá

En Canadá existió durante los inicios del siglo XX gran represión punitiva contra la planta del Cannabis. En 1920 el Ministro Mackenzie King opto por varias iniciativas legislativas, una de ellas la “Narcotics Drug Act Amendment Bil”, la cual prohibía y sancionaba penalmente cualquier actividad de producción, comercialización y

⁴⁸ Evaluation and Benefit-Cost Analysis, Second Required Report, Washington State Institute for Public Policy, 2017.

⁴⁹ <https://www.vox.com/policy-and-politics/2018/4/13/17233582/hemp-farming-act-marijuana-legalization-mcconnell>.

consumo del Cannabis, pues según esta legislación el Cannabis era conocida como la nueva droga la cual debía ser prohibida de manera absoluta.⁵⁰

Con la Convención Única de Estupefacientes del 31 de marzo de 1961 celebrada en Nueva York en virtud de la cual Canadá reafirmo su Política Criminal contra cualquier actividad derivada del uso de la planta del cannabis, la coca y el opio.

En el 2001 Canadá cambio esa política represiva y opto por crear la “Medical Marijuana Access Regulations”, que eran programas estatales que se encargaron de observar y legalizar el uso de la marihuana para fines única y exclusivamente médicos, de enfermos terminales y pacientes con enfermedades consideradas demasiado graves que solo podrían ser tratadas con el cannabis, previa autorización médica, así como de un productor autorizado por “Health Canada”, es decir el Departamento autorizado por el gobierno canadiense en Política Pública para la Salud.

Posteriormente, por medio de la Ley Bill C-45 (Cannabis Act) del 19 de junio de 2018, el uso lúdico del Cannabis fue aprobado por el Senado de Canadá por una intensa labor realizada por el Primer Ministro Justin Trudeau (2015) quien conformó un equipo de trabajo especializado para estudiar las consecuencias positivas para la sociedad que traería la adopción de esta medida legislativa, pues a su juicio esta regulación jurídica: *“eliminaría las drogas de las calles y las arrebataría de las manos de los niños al tiempo que alejaría la producción y venta de drogas del crimen organizado aclarando que por ninguna circunstancia tendría la intención de fomentar el uso recreativo del cannabis.”*⁵¹

Es por ello que esta Ley especifico unas condiciones y limitaciones para poder consumir lúdicamente el cannabis. Los requisitos eran los siguientes: la edad, para mayores de 18 años quienes pueden llevar consigo una cantidad máxima de 30 gramos y pueden cultivar para consumo propio máximo 4 plantas, como también

⁵⁰ “La despenalización del cannabis en Canadá: un nuevo paradigma en la política de drogas”, México, Senado de la República, 5 de julio de 2018, pág 3.

⁵¹ Ibíd, pág 5.

la forma en que se debe empacar y distribuir el producto el cual debe estar ligada a unas especificaciones claras que indiquen las propiedades del producto⁵².

Por otro lado a la Cannabis Act se le incluyeron nuevas regulaciones llamadas Cannabis Regulations y la Industria Hemp Regulations, estas reformas entraron en vigor el mismo día que el Cannabis Act, es decir el 17 de octubre de 2018.

Cannabis Regulations como su nombre lo indica, contiene todas las regulaciones respecto al cannabis en cuanto a autorizaciones generales para uso, producción, distribución del cannabis, también las licencias y sus diversas clases, bien sea para la venta, para posesión, para procesamiento, cultivo, micro cultivo, o licencias para pruebas analíticas o para investigación, como también todos los requisitos generales que sean relativos a las actividades autorizadas.

La otra regulación Industrial, esto es la Hemp Regulations trata los temas relativos al cáñamo industrial, sus licencias y permisos de importación, exportación, cultivo, posesión de materia prima para el procesamiento de los diversos productos, entre otras. Todo esto debe cumplir con las condiciones de salubridad de cualquier producto⁵³.

Frente a la legalización del uso recreacional del cannabis en Canadá la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, órgano independiente de la ONU, creado por la Convención Única de Estupefacientes de 1961, se pronunció mediante informe frente a esta determinación legislativa rechazándola fehacientemente, toda vez que contraria la Convención de 1961 porque esta únicamente autoriza la legalización de esta planta con fines medicinales y científicos más no recreacionales debido a que esta última situación no se encuentra consignada en las disposiciones normativas de la Convención⁵⁴.

⁵² <https://openparliament.ca/bills/42-1/C-45/>

⁵³ <https://www.canada.ca/en/health-canada/services/drugs-medication/cannabis/laws-regulations/regulations-support-cannabis-act.html>

⁵⁴ <https://www.efe.com/efe/america/portada/la-jife-acusa-a-uruguay-y-canada-de-poner-en-peligro-los-tratados-antidroga/20000064-3916088>

7.8 Uruguay

En Uruguay el contexto histórico legislativo frente al uso de la planta de Cannabis no fue tan represivo, durante el período de dictadura que tuvo durante los años de 1973 a 1985, época en la que a nivel internacional sostuvo una regulación jurídica estricta contra el narcotráfico como la Convención Única de Estupefacientes de 1961 celebrada en Nueva York a la cual Uruguay ratificó como Estado Parte.

En 1974, en Uruguay se despenalizó la dosis mínima a la que se le denomina: “*una cantidad mínima*”, que es la cantidad de droga o sustancia estupefaciente que lleva consigo para su propio consumo una persona, pero al igual que en los países de Europa no se determinó específicamente la cantidad exacta que constituía ese porte lícito para consumo personal, lo cual dejaba un amplio margen de interpretación legal a los jueces para establecer si el porte era para efectos de consumo personal o con fines de narcotráfico.

Uruguay legalizó por vez primera el consumo de la marihuana con fines recreacionales en Latinoamérica y así mismo su cultivo y distribución con fines medicinales, terapéuticos, académicos, industriales y científicos, mediante la Ley 17.016 de 1998 que en su artículo 3 consagra como primera medida, la prohibición de cualquier tipo de actividad para plantación y comercialización de cualquier sustancia de la cual se produzca o extraiga cualquier clase de estupefaciente como el cannabis, salvo que dichas actividades tengan como objetivo la producción de productos de carácter terapéuticos de utilización médica, autorizados previamente por el Ministerio de Salud Pública⁵⁵.

Por otra parte, los artículos 30, 31, 32, 33, 34 y 35 de la ley 17.016 de 1998 prevén sanciones penales privativas de la libertad y multas económicas siempre que el

⁵⁵ Ley 17.016 de 1998 Uruguay.

cultivo, fabricación, plantación de la planta sea con fines de tráfico ilícito es decir contrario a los fines permitidos (medicinal, científico y terapéutico).

7.9 Ley 19 172 del 10 de diciembre de 2013 regulatoria del uso lícito del cannabis.

Esta Ley tuvo su iniciativa por el expresidente José Mujica, quien pretendía fomentar políticas no prohibicionistas para los consumidores porque evidencio que la adicción y farmacodependencia es un problema de salud pública que se puede restablecer mediante la implementación de programas y campañas preventivas de carácter académicas y pedagógicas más no punitivas, además porque con la legalización del uso recreacional del cannabis se puede acabar con la violencia generalizada que trae el monopolio de los mercados negros de venta de estupefacientes.⁵⁶

Con la expedición de la ley 19.172 del 10 de diciembre de 2013 se reguló de manera más concreta lo atinente a las licencias concedidas por el gobierno para la producción y demás actividades relacionadas con la obtención de la marihuana para la producción de productos farmacéuticos medicinales, para uso industrial y para consumo personal⁵⁷.

El título III de esta ley denominada CANNABIS, en su artículo 3 establece en qué circunstancias específicas se considera lícito el uso de la planta de cannabis psicoactivo y no psicoactivo de especialidades vegetales y farmacéuticas para uso medicinal, a saber:

- Cuando se realicen con exclusivos fines de investigación científica o para la elaboración de productos terapéuticos de utilización médica. Las

⁵⁶ Hudak,John,Ramsey, Geoff y Walsh, Jhon, *Ley de cannabis uruguayana:pionera de un nuevo paradigma*, Wola incidencia a favor de los derechos humanos en América, Governance Studies at Brookings,2018, pag 4.

⁵⁷ PAOLA ALVAREZ DROGUETT, *Legislación extranjera: elaboración y distribución de Cannabis para uso medicinal*, Chile, Departamento de estudios, extensión y publicaciones, 2018, pág 8.

plantaciones o cultivos, en tal caso, deberán ser autorizados previamente por el Ministerio de Salud Pública y quedarán bajo su control directo. Por esta razón la normativa creó el Instituto de Regulación y Control de Cannabis (IRCCA), para ejercer funciones de control, regulación y fiscalización del cannabis además de conceder autorizaciones mediante licencias a las personas naturales o jurídicas que deseen plantar, cultivar, cosechar y comercializar con la planta del cannabis psicoactivo y no psicoactivo de especialidades vegetales y farmacéuticas para uso medicinal.

- Para la plantación, cultivo, cosecha, industrialización y comercialización del cáñamo debe mediar autorización previa otorgada por el Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca y quedarán bajo su control directo.
- Cuando las actividades descritas tengan fines de investigación e industrialización para uso farmacéutico de conformidad a la normatividad sobre estupefacientes de Uruguay.
- Se permite la creación de clubes de membresía para el cultivo, plantación y producción de hasta de 480 gramos por socio y de acuerdo al inciso segundo del literal f del artículo 3 *“los clubes de membresía deberán tener un mínimo de quince y un máximo de cuarenta y cinco socios. Podrán plantar hasta noventa y nueve plantas de cannabis de uso psicoactivo y obtener como producto de la recolección de la plantación un máximo de acopio anual proporcional al número de socios y conforme a la cantidad que se estableciere para el uso no medicinal de cannabis psicoactivo”*⁵⁸.

Al momento en que el estado uruguayo legalizó el consumo recreacional del cannabis, la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes se pronunció frente a la medida legislativa adoptada, acusando al país uruguayo de desconocer las disposiciones normativas de los Tratados Internacionales de lucha contra la droga y el narcotráfico, así:

⁵⁸ ley 19.172 del 10 de diciembre de 2013 .

“La Junta observa que el Gobierno del Uruguay ha seguido aplicando medidas encaminadas a establecer un mercado regulado para el uso de cannabis con fines no médicos. Si bien esta política aún no se ha aplicado plenamente, la Junta desea reiterar su posición de que tal legislación es contraria a lo dispuesto en los tratados de fiscalización internacional de drogas, en particular a las medidas establecidas en el artículo 4, párrafo c), de la Convención de 1961 enmendada, en virtud del cual los Estados partes están obligados a “limitar exclusivamente la producción, la fabricación, la exportación, la importación, la distribución, el comercio, el uso y la posesión de estupefacientes a los fines médicos y científicos.”⁵⁹

7.10 CONCLUSIONES

- Del análisis jurídico realizado a los países anteriormente anotados se tiene que el uso del cannabis con fines médicos, terapéuticos, industriales o de autoconsumo es lícito, fijándose así los límites de una actividad que se considera lícita de otra que se considera ilícita como ocurre con el narcotráfico y en este se impondrán penas de prisión y multas económicas conforme a las normas adoptadas en cada país por su correspondiente derecho penal y derecho administrativo.
- En todos los países objeto de estudio del continente europeo, americano y latinoamericano, las leyes por medio de las cuales se ha legalizado la utilización del cannabis cuando atienda a finalidades médicas, terapéuticas, industriales o de consumo personal se han facultado a determinadas autoridades administrativas para autorizar, mediante el otorgamiento de licencias, a personas naturales y jurídicas para realizar actividades para obtener derivados del cannabis, sus semillas cultivar para comercializar con los fines tantas veces mencionados.

⁵⁹ Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes. Informe de la JIFE correspondiente a 2016. Naciones Unidas. (2017). Recuperado de http://www.unis.unvienna.org/unis/protected/2017/AR_2016_S.pdf

- Ante los vacíos normativos que no han permitido esclarecer cuando se está frente a un uso lícito del cannabis y frente a uno ilícito que puede ser sancionado penal y administrativamente, ha sido la jurisprudencia la que ha establecido y fijado claramente las situaciones fácticas y jurídicas de manera concreta para diferenciar cuando el uso es lícito y por ende impune y cuando es ilícito y sancionado penal y administrativamente.
- En algunos países como Holanda y Uruguay, la ley ha permitido y regulado centros de distribución y comercialización del cannabis para consumidores en cantidades determinadas por la legislación vigente de cada país pudiendo consumirla al interior del establecimiento sin restricción alguna.
- Uno de los aspectos más importantes es la legalización del uso con fines médicos y terapéuticos en todos los países mencionados porque permite tratar enfermedades como la esclerosis múltiple, espasticidad y relacionadas con trastorno motor, como en España se produce el Sativex hecho a base de marihuana para tratar de manera directa estas enfermedades.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alvarez Droguett Paola, *Legislación extranjera: elaboración y distribución de Cannabis para uso medicinal*, Chile, Departamento de estudios, extensión y publicaciones, 2018.

- Álvarez Molina, Fernando: *La jurisprudencia constitucional sobre la despenalización del consumo mínimo de drogas y su relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1999.

Bushnell, David: *Colombia una nación a pesar de sí misma*, 16ª edición, Bogotá, Editorial Planeta, 2012.

- Callejas Baracaldo, Paola Dayhana: *Marihuana controversia legal, con fin medicinal*, trabajo de Grado, Universidad Católica de Colombia, Facultad de Derecho, Bogotá, Colombia, 2017.

- Candela García, Eva y Espada Sánchez, Pedro: *Una revisión histórica sobre los usos del cannabis y su regulación*, Alicante España salud y drogas, volumen 6. Núm.1, Instituto de investigación de drogo dependencias, 2006.
- Carvajal García, Carlos Arturo. *¿Se debe legalizar la marihuana?*, Bogotá, Colombia, Publicación Universidad de los Andes,2016. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/04/doctrina43124.pdf>
- Hudak,John, Ramsey,Geoff y Walsh,Jhon, *Ley de cannabis uruguay:pionera de un nuevo paradigma*, Wola incidencia a favor de los derechos humanos en América, Governance Studies at Brookings,2018
- Jácome Roca, Alfredo: *Shen Nung, El Sanador Divino*, Bogotá, Colombia, Academia Nacional de Medicina, libros digitales de medicina, disponible en internet [en https://encolombia.com/libreriadigital/lmedicina/hmedica/historiamedica-she](https://encolombia.com/libreriadigital/lmedicina/hmedica/historiamedica-she)
- Legarda, Astrid: *El verdadero PABLO, sangre, traición y muerte*, primera edición, editorial gato azul, 2004.
- Molina, María Mercedes: *El cannabis en la historia: pasado y presente*. En: *Cultura y Drogas, Manizales: Universidad de Caldas, Año 13, No. 15, 2008.*
- Montañés, Virginia: *Rompiendo el hielo, la regulación del Cannabis en Países bajos, Colorado y Uruguay*, San Sebastián, Fundación Renovatio, 2014.

- Montes, Carlos: *Regulación del porte personal, comercialización y consumo terapéutico del cannabis en el derecho comparado*, Santiago de Chile, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2013.

- (PDF) Revisión de las tendencias de investigación sobre consumo de sustancias ilegales por los jóvenes. Available from: <https://www.researchgate.net/publication/266797739> Revisión de las tendencias de investigación sobre consumo de sustancias ilegales por los jóvenes [accessed Sep 04 2018].

- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito: *Monitoreo de territorios afectados por cultivos ilícitos*, Gobierno de Colombia, 2016.

- Osorio Pavón, Carmen: *Uso terapéutico del cannabis*, Cantabria España, Trabajo de fin de grado Enfermería Universidad de Cantabria, 2016.

- . Ospina-Díaz JM, Manrique-Abril FG. Ospina-Ariza PA, Manrique-Abril RA: *Legalización de la marihuana en Colombia: Perspectiva económica*. Rev.salud.hist.sanid.on-line. 2015;10(2):3-22 (julio-diciembre). Disponible en <http://agenf.org/ojs1/ojs/index.php/shs/issue/view/5>

- Pedraza, Javier: Cannabis Medicinal. : *Ponencia presentada en el Primer Congreso de Marihuana Medicinal*, Bogotá, Colombia, 2016.

- Puentes Centeno, Francisco. Cepeda, Fernando Jairo. Mosquera Téllez, Jairo: *Revisión histórica de usos folclóricos medicinales de preparados de cannabis y estado actual de indicaciones médicas aprobadas para*

preparados sintéticos, Bogotá, Ministerio de Justicia y del Derecho, 2015, pp 301-341.

- Publicación del Ministerio de Salud y Protección Social, *ABECÉ sobre el uso médico y científico del cannabis en Colombia*, Grupo de comunicaciones, Abril del 2017.
- Publicación de la Agencia de la ONU para los refugiados ACNUR: *Comunidades indígenas de Colombia*, Bogotá, Colombia, 2011.
- Rolles, Steve: *La Regulación del Cannabis en Colorado*, Colorado, transform getting under control, 2016.
- Solórzano Niño Roberto, *Medicina legal, criminalística y toxicología para abogados*, 7ª edición, Bogotá, Editorial nomos, 2009.
- Suffra, Grazia: *Como determinar el consumo personal en la legislación sobre drogas, la 'polémica de los umbrales' a la luz de la experiencia italiana*, Amsterdam, Transnational institute, 2011.
- Thoumi E, Francisco, *El imperio de la droga*, Bogotá, Editorial Planeta, 2013.
- Yong Serrano, Samuel, *La aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales y sus implicaciones en nuestra legislación interna*, Bogotá, Publicado en revista y publicaciones de la Universidad Santo Tomás, Vol 2, núm 21, 2004.

- Vargas Figuera, Sorily y Lascarro Ariza, Andrea, *Derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico colombiano*, Bogotá, Revistas Uniandes, 2015
- Von Kalmthouth, A.M: *Aspectos de la política holandesa en materia de drogas*, Tiburg, Eguzkilore, Universidad Católica de Brabont Tiburg Holanda, 1988.
- "*La despenalización del cannabis en Canadá: un nuevo paradigma en la política de drogas*", México, Senado de la República, 5 de julio de 2018

Jurisprudencia Nacional.

- Sentencia C-221-1994 del 5 de mayo .M.P CARLOS GAVIRIA DIAZ.
- Sentencia C-176-1994 del 12 de abril. M.P ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.
- Sentencia C- 358-1997 del 5 de agosto. M.P EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
- Sentencia SU- 039-1997 del 3 de febrero. M.P ANTONIO BARRERA CARBONELL.
- Sentencia T-514-2009 del 30 de julio. M.P LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

- Sentencia C-491-2012 del 28 de junio. M.P LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

- Sentencia T-973-2014 del 16 de diciembre. M.P LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

-Sentencia T-080-2017 del 7 de febrero. M.P JORGE IVAN PALACIO PALACIO.

- Sentencia SP15519-2014 (42617). M.P GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNANDEZ.

- Sentencia SP- 29402016 (41760), M.P EUGENIO FERNANDEZ

Jurisprudencia Internacional.

- Sentencia número 91/2918 del 21/02/2018 Tribunal Supremo Sala de lo Penal Madrid.

- Sentencia Número 32 del 12 de Febrero de 2014 Tribunal Constitucional de Italia.

Legislación Comparada

Canadá:

- Medical Marijuana Access Regulations.

Colombia:

- Ley 1787 del 6 de julio de 2016.
- Decreto 613 del 10 de abril de 2017.
- Decreto 2467 del 22 de diciembre del 2015
- Acto legislativo 02 del 21 de diciembre de 2009.
- Ley 13 del 29 de noviembre de 1974.
- Ley 30 del 31 de enero de 1986.

Estados Unidos:

- California Health and Safety Code 11350 – 11351.
- Enmienda 64 de la Constitución de Colorado del 6 de noviembre de 2012.
- Medicinal and Adult-Use Cannabis Regulation and Safety Act

España:

- Ley 17 de 1967.
- Ley Orgánica 10 de 1995, 23 de Noviembre, Código Penal español.
- Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

Italia:

- Ley Fino Giovanardi 21 de Febrero 2006.
- Ley Lervolino Vasalli 9 de Octubre 1990.

Países Bajos:

- Ley revisión del Opio de 1976

Uruguay:

- Ley 19.172

Bibliografía de internet:

- <https://www.canada.ca/en/health-canada/services/drugs-medication/cannabis/laws-regulations/regulations-support-cannabis-act.html>
- <http://www.cicad.oas.org/apps/Document.aspx?Id=2649>
- <http://www.elections.alaska.gov/petitions/13PSUM/13PSUM-Proposed-Law.pdf>
- <https://openparliament.ca/bills/42-1/C-45/>
- http://www.unis.unvienna.org/unis/protected/2017/AR_2016_S.pd
- <https://www.vox.com/policy-and-politics/2018/4/13/17233582/hemp-farming-act-marijuana-legalization-mcconnell>