



¿Es la despenalización de la posesión de sustancias controladas para uso personal consistente con el derecho internacional?

International Centre on Human Rights and Drug Policy
&
International Harm Reduction Association

Introducción

En un reciente informe a la Asamblea General de Naciones Unidas, el Relator Especial de la ONU sobre el derecho al más alto nivel posible de Salud, Anand Grover, determinó que

"La criminalización y las prácticas excesivas de ejecución de la ley (...) menoscaban las iniciativas de promoción de la salud, perpetúan el estigma y aumentan los riesgos para la salud a los que poblaciones enteras- no sólo aquellas que consumen drogas - pueden estar expuestas.¹

(...) la continua imposición de sanciones penales por el uso y posesión de drogas perpetúa muchos de los principales riesgos asociados al consumo de las mismas"²

El Relator Especial insta a los Estados miembros de la ONU a "despenalizar la posesión y uso de drogas".³ Este llamado ha sido reiterado por el Secretario General de la ONU,⁴ y las directivas de ONUSIDA⁵ y el Fondo Mundial de Lucha contra el SIDA, la Tuberculosis y la Malaria⁶ en el contexto del VIH / SIDA, y por los políticos de alto perfil incluyendo ex presidentes, en el contexto de los

¹ Informe del Relator Especial de la ONU para el Derecho a la Salud, Anand Grover, UN Doc. No. A/65/255, 6 de agosto de 2010, Resumen.

² Ibid párr. 62.

³ Ibid, párr. 76.

⁴ Ban Ki-moon, Observaciones sobre la entrega del informe de la Comisión sobre SIDA en Asia, 26 de marzo de 2008. "La legislación también puede interponerse en el camino hacia el acceso universal a la salud - en el caso de grupos vulnerables que son criminalizados por su estilo de vida. Tenemos que encontrar la manera de llegar a las trabajadoras sexuales, a los hombres que tienen relaciones sexuales con hombres y a los usuarios de drogas - y garantizar que tienen acceso a lo que necesitan para protegerse". http://data.unaids.org/pub/Speech/2008/20080325_sg_asia_comission_report_speech_en.pdf

⁵ "Líderes contra la criminalización del trabajo sexual, la sodomía, el uso o posesión de drogas y la transmisión del VIH" Conferencia Internacional sobre SIDA, Viena, julio de 2010. Durante la sesión, Michel Sidibe, Director Ejecutivo de ONUSIDA, se unió a otros líderes en la creación de las siguientes resoluciones: "Resolvemos: que las leyes nocivas que penalizan el trabajo sexual, el consumo y posesión de drogas, la homosexualidad y las relaciones entre personas del mismo sexo, así como la transmisión del VIH deben ser derogadas y no deben ser sustituidas por un sistema de regulación que sea igualmente perjudicial. Dichas leyes no sólo conllevan graves violaciones a los derechos humanos, sino que dificultan seriamente el acceso a servicios para personas con VIH".

⁶ M. Kazatchkine "Reducción de daños: de la evidencia a la acción", Discurso en la vigésima conferencia Internacional de Reducción de Daños, Bangkok, 20-23 de abril de 2009.

derechos humanos, la seguridad y el desarrollo.⁷ La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) también ha expresado su preocupación por las consecuencias perjudiciales de la criminalización para la salud y los derechos humanos de las personas que usan drogas, y ha fomentado el uso de enfoques creativos para la ejecución de políticas de drogas, incluyendo la interrupción de la encarcelación de delincuentes menores y la reforma de los indicadores de desempeño que en la actualidad promueven un alto número de arrestos (en comparación con el arresto de criminales violentos o traficantes de grandes volúmenes de drogas).⁸

La preocupación por los efectos nocivos que un enfoque penal pueda tener sobre la salud y los derechos humanos de las personas que usan drogas, ha llevado a varios gobiernos a despenalizar la tenencia de pequeñas cantidades de drogas para uso personal tanto en la ley como en la práctica. España, Portugal e Italia, por ejemplo, no consideran la tenencia de drogas para uso personal, un delito punible. En los Países Bajos y Alemania, la posesión para uso personal es ilegal, pero se establecen directrices para la policía y los fiscales para evitar la imposición de la pena. Algunos países de América Latina (incluyendo Brasil, México, Colombia y Argentina) han despenalizado la posesión para uso personal, ya sea por decreto judicial o por medio de la legislación.

Portugal despenalizó toda posesión para uso personal desde 2001 y ha sido testigo de importantes éxitos en materia de salud y la reducción del número de personas que entran en contacto con el sistema de justicia penal.⁹

Una cuestión importante, y que es pertinente en el presente caso, es si estos cambios de política son consistentes con el derecho internacional. Este informe se centra en las convenciones internacionales sobre drogas y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Son tratados que en ocasiones se interpretan como que prohíben la despenalización o las acciones que se distancien de las políticas "restrictivas" de drogas. Sin embargo, al analizarlas se demuestra que este no es el caso. Cuatro grandes conclusiones se han extraído de la discusión que sigue:

- No existe ninguna disposición en el derecho internacional que le prohíba a Colombia despenalizar la posesión de pequeñas cantidades de drogas para uso personal, al determinarse que la penalización de dicha posesión es inconstitucional.
- La Convención sobre los Derechos del Niño no exige la tipificación penal y existe duda acerca de si la penalización de la posesión para uso personal podría considerarse como una "medida adecuada" a la luz de los propósitos de la Convención.
- Los test de proporcionalidad y arbitrariedad requieren el escrutinio de las leyes penales aplicadas al uso de drogas.
- La carga de la prueba recae sobre el Estado para justificar la penalización.

⁷ "Drogas y Democracia: Hacia y cambio de paradigma, "Informe final de la Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia, 2008 http://www.drogasedemocracia.org/Arquivos/declaracao_ingles_site.pdf.

⁸ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, "Informe Mundial sobre Drogas 2009, Viena, 2009, pp 163ff.

⁹ C. Hughes and A. Stevens 'What Can We Learn From The Portuguese Decriminalization of Illicit Drugs?' *British Journal of Criminology* (2010) 50 (6): 999-1022.

1. Convenciones internacionales sobre drogas de 1961 (modificada por el Protocolo de 1972), 1971 y 1988¹⁰

Colombia ha ratificado los tres tratados de fiscalización internacional sobre drogas. Dichas convenciones otorgan un cierto grado de flexibilidad con respecto a la penalización de la posesión y el uso de sustancias controladas. Lo hacen de dos maneras importantes. En primer lugar, hay flexibilidad respecto de las sanciones, a las que debe aplicárseles el principio de proporcionalidad. En segundo lugar, las disposiciones fundamentales relativas a la posesión para uso personal contienen importantes cláusulas que dan prioridad a los principios constitucionales nacionales.

1.a Flexibilidad respecto de las sanciones

Las convenciones sobre drogas no son de ejecución automática y corresponde a los Estados Partes implementar sus términos de buena fe. La obligación general que sustenta los tres tratados es que los Estados Partes deben adoptar medidas para limitar el uso de sustancias controladas a fines médicos y científicos. Ninguna de las convenciones, sin embargo, establece sanciones aplicables a infracciones concretas. Como se ha señalado por la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE) "[l]os tratados internacionales de fiscalización de drogas conceden un margen de apreciación con respecto a la penalización de los delitos relacionados con el consumo personal"¹¹

De hecho, el principio de proporcionalidad - que el castigo se ajuste al crimen - se reconoce implícitamente. El artículo 36 (1) (a) de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes se refiere a la prisión sólo en relación a los "delitos graves". Y afirma que cuando "los consumidores de drogas" han cometido alguno de los delitos mencionados, los Estados partes pueden establecer que sean sujetos a tratamiento y rehabilitación como alternativa al encarcelamiento. El artículo 22 (1) (a) del Convenio de 1971 sobre Sustancias Psicotrópicas utiliza la misma redacción, mientras que el artículo 3 (4) (a) de la Convención de 1988 contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas es un poco más clara, al establecer que,

"Cada Estado Parte deberá asegurarse de que la comisión de los delitos que sean tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo sean sancionados con penas que tengan en cuenta la gravedad de esos delitos, tales como penas de prisión u otras formas de privación de libertad, sanciones pecuniarias y el decomiso"

Sin embargo, el párrafo 1, no se refiere a la posesión personal, a la cual se hace referencia específica en el párrafo 2. Según el párrafo 4 del mismo artículo:

"Las Partes podrán disponer, ya sea como una alternativa a la condena o castigo, o en adición a la condena o el castigo por la comisión de una ofensa tipificada de conformidad con el

¹⁰ El sistema de fiscalización de drogas se fundamenta en tres tratados de fiscalización internacional: la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, Nueva York, 30 de marzo de 1961, UN Treaty Series, vol. 520, p. 151 y vol. 557 (fe de erratas, vol. 520) p. 280; Convención contra sustancias psicotrópicas, 21 de febrero de 1971, UN Treaty Series, vol. 1019, p. 175, y la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, 20 de diciembre de 1988, UN Treaty Series, vol. 1582, p. 95.

¹¹ INCB Annual Report for 2001 UN Doc No E/INCB/2001/1 (Vienna March 2001), párr. 211.
http://www.incb.org/incb/en/annual_report_2001.html.

párrafo 2 del presente artículo, medidas de tratamiento, educación, post-tratamiento, rehabilitación o reinserción social de los actores.

Por lo tanto, no se requiere la aplicación de sanciones penales por la posesión para uso personal. De hecho, las alternativas a la pena se encuentran previstas expresamente.

1.b Sujeción a los límites o principios constitucionales

Lo que es más importante, las principales disposiciones de las convenciones sobre drogas en relación a la posesión para uso personal y las disposiciones penales contienen una cláusula específica de salvaguardia a la Constitución. Las disposiciones más importantes en este sentido, son el artículo 36 de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y el artículo 3 de la Convención de 1988 contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.

Artículo 36 (1) (a) de la Convención Única de 1961:

"Sujeto a los límites constitucionales, cada Parte adoptará las medidas que garanticen que el cultivo, producción, fabricación, extracción, preparación, posesión, la oferta para la venta, distribución, compra, venta, entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje , expendio, expendio en tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes, que sean contrarios a las disposiciones de la presente convención (...)" [énfasis añadido]

Artículo 36 (4):

"Nada de lo contenido en este artículo afectará al principio según el cual las ofensas a las que se refiere, deben ser definidas, perseguidas y sancionadas de conformidad con la legislación nacional del Estado Parte"

El artículo 22 (1) (a) del Convenio de 1971 provee por un marco similar:

'Con sujeción a los límites constitucionales, cada Estado Parte deberá considerar como conducta punible, cuando se cometa intencionalmente, cualquier acción contraria a una ley o regulación adoptada en cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Convenio (...)" [énfasis añadido]

El artículo 3 (2) de la Convención de 1988 establece lo siguiente:

"Con sujeción a sus principios constitucionales y a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, cada Parte adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente, la posesión, adquisición o el cultivo de estupefacientes o sustancias sicotrópicas para el consumo personal, que sean contrarias a las disposiciones de la Convención de 1961 enmendada o del Convenio de 1971 "[énfasis añadido]

El artículo 3 (11) continúa afirmando:

"Nada de lo contenido en este artículo afectará al principio según el cual las ofensas a las que se refiere, así como las causales de exención de la pena, deben ser definidas, perseguidas y sancionadas de conformidad con la legislación nacional del Estado Parte".

El comentario oficial sobre la Convención Única de 1961 es claro al afirmar que la cuestión de la criminalización de la posesión para uso personal era un tema de disputa entre los Estados durante las negociaciones y que la convención no la exige.¹² La Convención de 1988 es más clara en relación con la posesión para consumo personal, pero la cláusula de salvaguardia se mantiene vigente.

Por lo tanto, las convenciones sobre drogas ceden la autoridad en este aspecto a los principios constitucionales del Estado Parte. Tal como se establece de forma explícita en el comentario oficial de 1961, esta cláusula de salvaguardia *'puede eximir a un Estado Parte de la obligación de castigar cualquiera de las acciones mencionadas en el artículo 36, párrafo 1.'*¹³ Lo mismo puede decirse para el artículo 3 del tratado de 1988.¹⁴

La JIFE ha concluido que la despenalización de la posesión de pequeñas cantidades de drogas controladas para uso personal y del uso de drogas en sí mismo, que realizó Portugal en 2001, era compatible con las convenciones.¹⁵ La Junta, sin embargo, ha sido inconsistente en este punto y ha criticado lo que consideró un "movimiento creciente para despenalizar la posesión de drogas controladas, en particular de cannabis para uso personal en América Latina."¹⁶

Esto, sin embargo, es difícil de conciliar con las disposiciones explícitas de las convenciones, antes mencionadas.¹⁷ En el caso de Argentina, el comentario se refería a una decisión del Tribunal Constitucional, la cual determinó que el procesamiento penal de cinco jóvenes por posesión de pequeñas cantidades de cannabis era inconstitucional.¹⁸ Si bien se observó en el Comentario a la Convención de 1961 que "los límites constitucionales (...) por lo general no impiden la penalización de la posesión ilícita de drogas"¹⁹ está claro que cuando ocurre la despenalización (como es el caso de varios países), las convenciones sobre drogas no son un obstáculo para ello.

Si, por lo tanto, se descarta que la penalización de la posesión para uso personal es inconstitucional (con base en, por ejemplo, el derecho a la intimidad o la libertad personal), entonces el Estado no está obligado a tipificarla como delito. El caso que nos ocupa, se basa en la Constitución de Colombia, por lo tanto es el foro adecuado para determinar la legalidad de la despenalización.

"Comentario a la Convención Única sobre Estupefacientes"¹² preparado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 1 de la resolución del Consejo Económico y Social 914 D (XXXIV) de 3 de agosto de 1962, párrafos 4.17-4.21.

¹³ Ibid párr. 4.21

¹⁴ Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas "(1988), UN Doc. E/CN.7/590, párr. 3.95

¹⁵ JIFE, Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de 2004, Nueva York: 2005, párr. 538.

¹⁶ La JIFE, Informe Anual para el año 2009, UN Doc. E/INCB/2009/1, marzo de 2010, párr. 453.

¹⁷ Similarly, while the object and purpose of the drug conventions may be to limit the use of controlled substances to medical and scientific purposes, given the explicit allowance for flexibility based on constitutional principles, it can hardly be argued that applying that safeguard runs contrary to that object and purpose, particularly if States parties continue to abide by their obligations in relation to supply reduction, demand reduction and ensuring access to and availability of essential controlled medicines.

¹⁸ Arriola, Sebastián y Otros s / n causa ° 9080, A. 891. XLIV, 25 de Agosto de 2009.

¹⁹ Comentario a la Convención Única op.cit. el párr. 4.21.

2. La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989²⁰

Es evidente que la protección de los derechos humanos es aplicable al argumentar en contra la criminalización del consumo personal y las leyes sobre posesión de sustancias. Varios derechos están claramente comprometidos, tales como la libertad de religión (en el caso de algunas sustancias y las prácticas religiosas) y el derecho a la intimidad. La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN), el único de los tratados de derechos humanos que hace referencia específica al uso de drogas, sin embargo, requiere una mención específica.

El artículo 33 de la Convención dice lo siguiente:

"Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para proteger a los niños del uso ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes (...)"

Esto es por lo tanto, muy diferente de la garantía de diversos derechos y libertades al analizar la penalización, ya que existe la obligación explícita de proteger a los niños contra el uso ilícito de drogas. Ello hace eco al argumento frecuentemente usado por los políticos para justificar las políticas actuales sobre drogas, las cuales, según ellos "protegen a los niños".

El primer punto a destacar es que el artículo 33 no exige la penalización de cualquier conducta. Es una disposición muy abierta, que no establece medidas explícitas (a pesar de que está calificada de manera importante. Esto se discute más adelante). "Las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas" indica que puede implementarse una amplia gama de medidas. Si bien la norma es muy amplia, es de anotar tanto lo que se omite como lo que se incluye. La palabra "incluidas", indica que la lista no es exhaustiva, pero es claro no se enfatizan cierto tipo de medidas, entre ellas, las de carácter policivo o penal, las cuales están ausentes en el texto del artículo. La protección sustenta el artículo 33, no el castigo. El Comité de los Derechos del Niño es consistente en su opinión de que un niño que es drogodependiente debe ser visto como una víctima, no como un criminal y recomienda con frecuencia el uso de medidas sociales y educativas relacionadas con el consumo de drogas.²¹ Adicionalmente, los bien conocidos estándares de justicia penal para menores de edad establecen el principio de que la detención de los menores sólo debe ser una medida de *ultima ratio*, durante el menor tiempo posible y promover alternativas al sistema de justicia penal para estos niños.²² Cuando se trata de menores de dieciocho años, por lo tanto, la Convención y el Comité sobre los Derechos del Niño son bastante claros respecto de que la penalización por consumo de drogas o dependencia es

²⁰ Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York, 20 de noviembre de 1989, UN Treaty Series, vol. 1577, p. 3

²¹ Véase, por ejemplo, Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales: Dinamarca, UN Doc. CRC/C/DNK/CO/3, 23 de noviembre de 2005, párrafo 55, y *Observaciones finales: Indonesia*, UN Doc. CRC/C/15/Add. 223, 26 de febrero de 2004, párr. 74.

²² Las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia Penal de Menores de Naciones Unidas (Reglas de Beijing), GA Resolución 40/33 (29 de noviembre de 1985).

incompatible con un enfoque de derechos del niño. Según UNICEF, la aplicación de penas severas a los niños que consumen drogas es un "*mecanismo profundamente inefectivo de protección*".²³

No es cierto que todo sea admisible en virtud de la Convención siempre y cuando se tenga el objetivo declarado de proteger a los niños de las drogas. La cuestión de "idoneidad" enmarca la disposición. Pueden identificarse cuatro principios que caracterizan esta calificación de idoneidad:

1. Las medidas adecuadas *deben interpretarse a la luz de los restantes artículos de la Convención*
2. Las medidas adecuadas *deben tener en cuenta otras protecciones de los derechos humanos más conducentes a la realización de los derechos del niño*, referidas explícitamente en el artículo 41 (2) de la Convención (el respeto de las normas existentes, tales como las convenciones internacionales en vigor en el Estado Parte). Esto, a su vez, se basa en la jurisprudencia de derechos humanos pertinentes y exige el respeto de los derechos de los demás.
3. Las medidas adecuadas, deben basarse en la evidencia existente. En otras palabras, deben basarse en datos adecuados, específicos y eficaces. Sin embargo, la eficacia no es suficiente.

Esto nos lleva al cuarto principio:

4. Las medidas adecuadas deben ser proporcionadas. En la fiscalización de drogas inevitablemente algunos derechos serán limitados. Dichas medidas deben estar prescritas en la ley, en la búsqueda de un objetivo legítimo y no deben disponer más de lo necesario para el logro de ese objetivo.²⁴

Es evidente que la protección de los niños contra el uso ilícito de estupefacientes en virtud de la Convención también requiere la protección de los niños del uso de los padres o del uso dentro de la familia y también del uso de drogas en la comunidad. Una vez más, sin embargo, esta obligación se califica con base en la 'idoneidad' de las medidas que se adopten.

La campaña militar contra los carteles de la droga en México, por ejemplo, fue enmarcada por el presidente Calderón como "*necesaria para mantener las drogas lejos de nuestros hijos*".²⁵ Teniendo en cuenta los dos primeros principios arriba mencionados, ahora es bien sabido que cientos si no miles de niños se encuentran entre los más de 30.000 que han perdido la vida en la violencia relacionada con las drogas desde 2006 en el país. Estos incluyen a los niños asesinados en retenes militares. Decenas de miles de niños han perdido al menos uno de sus padres. Las quejas ante los mecanismos nacionales de derechos humanos han aumentado en un 900%. No se puede argumentar de manera convincente, teniendo en cuenta estas consecuencias para los derechos humanos, que la operación militar ha sido una "medida adecuada para proteger a los niños" y por lo tanto compatible con la

²³ R. Hodgkin y Newell P., Manual de implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York y Ginebra, UNICEF 2002.

²⁴ Véase, por ejemplo *Handyside v Reino Unido*, TEDH, solicitud No. 5493/72, 1976, y *Observer y Guardian v Reino Unido*, TEDH, Solicitud 13585/88. 1991.

²⁵ Redacción de El Universal, "Discurso de Felipe Calderón en el Palacio Nacional". El Universal, 1 de diciembre de 2007.

Convención. Debe notarse la ausencia de "medidas militares" en la lista de los tipos de medidas previstas en el artículo. Este tipo de intervenciones, tal como las medidas penales, no se enfatizan en las disposiciones de la Convención.

La cuestión de la criminalización de la posesión personal es más difícil de responder ya que los daños generados por dichas leyes son más sutiles y menos evidentes. Tomemos, por ejemplo, las sanciones penales aplicadas a los padres por el uso de drogas. El artículo 3 de la Convención establece que en todas las medidas concernientes al niño, el interés superior del niño será una consideración primordial. Se atiende al interés superior del niño si sus padres van a la cárcel o tienen antecedentes penales por delitos menores, no violentos, que pueden impedir su acceso al empleo o a los servicios sociales? El principio del interés superior del niño se aplica a las decisiones de custodia, incluso en relación con los padres con problemas de dependencia a las drogas o el alcohol, así como a los procedimientos médicos en todo el mundo. ¿Por qué no impedir la condena por delitos de drogas no violentos en que la persona acusada es cuidadora primaria?

3. Proporcionalidad y arbitrariedad

Esta es, sin duda, un área compleja. Dos preguntas, sin embargo, sirven como un marco de análisis y la cuestión más amplia de la idoneidad de los modelos de penalización desde una perspectiva de derechos humanos:

La primera pregunta es, ¿Con base en qué evidencia de éxito y con base en qué indicadores, se mantiene la criminalización de la posesión para uso personal?

Teniendo en cuenta que esta ley intrínsecamente restringe varios derechos como el derecho a la intimidad, la libertad personal y, para algunos, la libertad religiosa, es una pregunta importante. Fundamentalmente, la carga de la prueba debe estar en el Estado en este respecto. Siguiendo con el ejemplo de los niños no es suficiente que se enuncie el deseo de proteger a los niños de las drogas. La limitada vigilancia en muchos de los países más poblados del mundo hace que sea imposible calcular con exactitud el número total de jóvenes involucrados en las drogas. Gran parte de los mejores datos disponibles se limitan al consumo de drogas entre los jóvenes de clase alta en países europeos y norteamericanos.²⁶ La evidencia sugiere que en las muchas décadas en las que el uso y la posesión de drogas han sido tipificados como delitos en todo el mundo, hay pocas señales de que el consumo de drogas entre niños y jóvenes haya disminuido. De hecho, sugiere que ha aumentado.

También hay que señalar que incluso si la penalización de la posesión para consumo personal pudiera ser efectiva, ello no sería suficiente para mantener la disposición si existen medios menos restrictivos para alcanzar el mismo objetivo. Esto nos lleva a la segunda pregunta:

Si aceptamos que la protección de los niños de las drogas es un "objetivo legítimo" a efectos de aplicar el test de proporcionalidad, ¿es la penalización de la posesión personal necesaria en una sociedad democrática para la consecución de este objetivo (o no más de lo necesario para el logro de ese objetivo)?

²⁶ C. Cook and A. Fletcher 'Youth drug use research and the missing pieces in the puzzle: How can researchers support the next generation of harm reduction approaches?' in D. Barrett (ed) *Children of the Drug War*, New York and Amsterdam, International Debate Education Association, 2011 (forthcoming). Ver también, 'Trends in drug use among young people: What do we know?' ONUDD 'Informe Mundial sobre Drogas 2009' op.cit. p. 23-29

La evidencia sobre el potencial de la medida para lograr su objetivo es ilustrativa. Las leyes y políticas deben sopesarse con los efectos negativos sobre los derechos humanos que éstas generen. En este caso, un claro ejemplo sería el aumento del número de personas en contacto con el sistema de justicia penal, encarceladas o con antecedentes penales por delitos menores de drogas. El alcance de la infracción y su duración son, por supuesto, importantes. En el caso de la criminalización de la posesión de drogas para el consumo personal, la ley se aplica a todas las personas en el país y no tiene límite de tiempo.

Al igual que con las pruebas que apoyan la eficacia de una ley, corresponde al Estado demostrar que es proporcional a cualquier objetivo legítimo perseguido.

Algunos derechos, sin embargo, no están sujetos a esta prueba, ya que no permiten ninguna restricción proporcionada. El más estrechamente asociado con la criminalización de la posesión para uso personal es el derecho a no ser detenido o arrestado arbitrariamente.²⁷ En este caso, la cuestión de "arbitrariedad" es clave y, de nuevo, las dos preguntas arriba enunciadas pueden ser de ayuda. Si una política ha sido arbitrariamente formulada (por ejemplo, de manera discriminatoria, o sin fundamentarse en evidencia existente), o si la política no puede alcanzar su objetivo (es decir, ha demostrado con el tiempo que es incapaz de ello), entonces podría aducirse que los arrestos y las detenciones se deriven de ella pueden considerarse arbitrarios.

Estas pruebas se aplican, por supuesto, no sólo a la CDN, sino a los demás tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el caso de este último, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales recomendó recientemente que las Islas Mauricio, en el contexto del derecho al más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto) y el derecho a beneficiarse del progreso científico y sus aplicaciones (artículo 15.1 (b)), '*consideraran la despenalización y la implementación de medidas basadas en la salud pública para enfrentar las elevadas tasas de consumo de drogas y relacionadas con el VIH en el país.*'²⁸

Damon Barrett
Analista Senior en Derechos Humanos, International Harm Reduction Association
Director de Proyectos, International Centre on Human Rights and Drug Policy
4 febrero 2011

²⁷ Artículo 9 (1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias".

²⁸ Comité de la ONU sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales: Islas Mauricio UN Doc. E/C.12/MUS/CO/4 8 de junio de 2010, párr. 27 (f).