

La despenalización del cannabis y el derecho internacional

Por Kai Ambos¹

Traducción a cargo de Leandro Días

La despenalización del consumo de cannabis, proyectada por el Gobierno Federal alemán en el sentido de la “distribución controlada de cannabis para adultos con fines de consumo en tiendas habilitadas” ([pacto de la coalición](#)) encuentra problemas vinculados al derecho internacional. Al menos esa sería la opinión generalizada, pero parecería que casi ninguno de los analistas ha consultado los tratados relevantes. Quien lo haga, se dará cuenta relativamente rápido de que las disposiciones del derecho internacional no son en absoluto inequívocas y que la compatibilidad con el derecho internacional depende, de modo decisivo, del diseño concreto de una política de cannabis más liberal.

El actual régimen de derecho internacional relativo al control de drogas se

basa en tres convenciones, a saber, la [Convención Única de 1961 sobre Estupefacentes, enmendada en 1972](#) (“Convención Única”), el [Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971](#) (“Convenio de 1971”) y la [Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacentes y Sustancias Sicotrópicas de 1988](#) (“Convención de 1988”). El cumplimiento de estos tratados es supervisado por la “Comisión de Estupefacentes” de la ONU y por la “Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacentes”, un órgano clásico de control de tratados.

La distribución para consumo personal se regula explícitamente sólo en la Convención de 1988. Según el art. 3, inc. 2, los Estados del tratado están obligados a tipificar como delitos penales la posesión (así como la compra y el cultivo) de los estupefacentes abarcados (lo que incluye al cannabis) para el “consumo personal”, aunque con sujeción a los “principios constitucionales” y a los “conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico”. En cambio, la Convención Única (art. 4 c)), al igual que el Convenio de 1971 (art. 5), sólo contiene la obligación general de restringir todo el tráfico de “sustancias sicotrópicas” a fines médicos y científicos. En cuanto a las obligaciones de criminalización y sanción, ambos acuerdos reconocen una reserva de compatibilidad constitucionalidad (art. 36, inc. 1 a) y art. 22, inc. 1 a) respectivamente). En resumen, mientras que la Convención de 1988 distingue, por lo menos, entre la posesión para consumo personal y las otras acciones delictivas, las convenciones anteriores prohíben indistintamente todo el tráfico de sustancias sicotrópicas si eso no estuviese justificado por fines médicos o científicos. Por esta razón, los mencionados órganos de

¹ El Prof. Dr. Kai Ambos es catedrático de Derecho Penal, Procesal Penal, Comparado, Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Público en la Universidad de Göttingen, Alemania, así como juez del Tribunal Especial para Kosovo (La Haya). Una versión extendida en alemán puede ser encontrada en Verfassungsblog, 20 de mayo de 2022; traducción de Leandro Días (Universität Würzburg). Revisión del autor.

control siguen manteniendo que, en general, cualquier liberalización está prohibida, aunque sólo esté destinada al consumo personal.

Esta posición no es convincente. En primer lugar, ya en el momento de la discusión de la Convención Única, y también de la Convención de 1971, estaba enormemente discutido si estas convenciones contenían la obligación de criminalizar la posesión para consumo personal, ya que sólo se hace referencia a la posesión en general. En segundo lugar, la obligación de criminalizar está en todo caso sujeta a una reserva de compatibilidad constitucional, es decir, no podría vincular a los Estados Partes que rechazasen esa criminalización en casos de consumo personal por razones de derecho constitucional —libertad general de acción—. En tercer lugar, se les concede a los Estados Partes un amplio margen de actuación para adoptar las “medidas” necesarias; se hace hincapié en la no interferencia y en el respeto a los ordenamientos jurídicos nacionales. Por último, la criminalización de la mera posesión es problemática desde el punto de vista de la dogmática jurídica por razones expuestas [en otro lugar](#).

El enfoque más diferenciado de la Convención de 1988 es una consecuencia de la mencionada disputa sobre el consumo personal en el contexto de las negociaciones de los convenios más antiguos. Del sistema actualmente elegido se desprende que habría que criminalizar y sancionar principalmente las acciones delictivas más graves para evitar el tráfico, pero no la mera posesión para el consumo personal. Además, se aplica la reserva de compatibilidad constitucional —que también figura en los convenios más antiguos— y deben tenerse en cuenta los “conceptos fundamentales” del

ordenamiento jurídico nacional en cuestión. Así, un deber de criminalizar en virtud del derecho internacional se enfrenta en cualquier caso a los límites nacionales de la constitución e incluso a los principios jurídicos de rango inferior. En concreto, esto significa que los Estados que consideran que el consumo personal está protegido por la libertad general de acción y que por eso estiman, dado el caso, que una prohibición reforzada penalmente es inconstitucional, no pueden ser obligados a criminalizarlo en virtud del derecho internacional.

Menciónese únicamente a la pasada que el derecho de la Unión Europea (UE) sigue esencialmente las disposiciones del derecho internacional, por lo que también el consumo personal ha sido particularmente privilegiado. Según la Decisión Marco sobre el Tráfico de Drogas de 2004, se debe prescindir de una criminalización si las drogas son adquiridas exclusivamente para consumo personal.

De todos modos, la reserva de compatibilidad constitucional tiene una importancia decisiva. Se trata de la puerta de entrada a una política de drogas liberal (exigida por el derecho constitucional) a nivel nacional, tal y como se expuso en la conocida decisión sobre el cannabis del [Tribunal Constitucional Federal alemán de 1994](#); ya entonces, el magistrado Sommer fundamentó de forma convincente la interpretación restrictiva de las convenciones, refiriéndose en particular a la reserva de compatibilidad constitucional. Esto encuentra un paralelismo en el derecho internacional de los derechos humanos con la fundamentación de una pretensión de una política de drogas humana y liberal, un tipo de reivindicación de derecho internacional frente al régimen prohibitivo de control de drogas. El derecho de la UE concretiza la

reserva de compatibilidad constitucional a través de la mencionada excepción a la criminalización del consumo personal.

Es importante advertir en este contexto que el estatus privilegiado del consumo personal no se limita a la posesión para este fin, sino que también abarca las acciones que necesariamente le preceden en el tiempo, especialmente el cultivo (producción) y la compra. Además, la distribución para el consumo personal también debe estar cubierta, porque también precede necesariamente a la posesión (como esta última precede al consumo). En pocas palabras: todas estas acciones, incluida la posesión, deben estar sujetas al control estatal si se quiere conseguir un mercado auténticamente legal de cannabis en todo el territorio, para evitar las notorias condiciones holandesas: la aparición de estructuras criminales para la producción/suministro ilegal de drogas que luego se suministran legalmente (“problemática de la puerta de atrás”).

La interpretación restrictiva del régimen de derecho internacional relativo a la prohibición y a la criminalización también se ve respaldada por la práctica estatal reciente, ya sea mediante la liberalización del mercado del cannabis a nivel nacional (p. ej., en Canadá, Portugal, Uruguay o en algunos Estados de los Estados Unidos) o mediante declaraciones estatales a nivel internacional y regional. Esta presión a favor de la liberalización también ha obligado a los órganos internacionales de control de drogas a mostrar una mayor flexibilidad, pero siguen rechazando estrictamente un mercado del cannabis controlado por el Estado. Por tanto, cualquier liberalización al nivel nacional no estará exenta de fricciones. Puede ser necesario reaccionar ante esto también con medidas del derecho internacional, por ejemplo, retirándose

(temporalmente) de uno o varios Convenios de drogas y reincorporándose posteriormente con una reserva (algo que seguiría el precedente boliviano con respeto a la [Convención Única](#) y a la [Convención de 1988](#)). Dicha reserva debería formularse de forma estricta, por ejemplo, en el sentido de las mencionadas reservas de compatibilidad constitucional, en forma de un derecho básico al consumo personal. Por supuesto, también existen posibilidades más suaves de reacción a partir del derecho internacional. Lo decisivo aquí es que el derecho internacional no se opone fundamentalmente a la despenalización del cannabis si su “distribución controlada” tiene lugar exclusivamente para consumo personal. Esto incluye el cultivo o la producción controlada por el Estado para tal fin, porque de lo contrario es de temer la aparición o perpetuación de un mercado de suministro criminal como el de los Países Bajos.