

PARLAMENT DE CATALUNYA	Secretaria General
REGISTRE GENERAL	
1 DES. 2016	
ENTRADA NOME	44071
N. T.	/11

A LA MESA DE LA COMISI3N DE SALUD

(TRAM. 202-000090/C10)

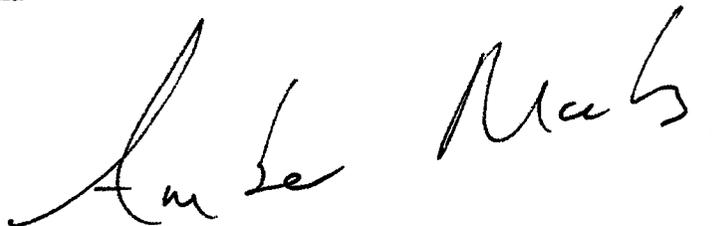
APORTACIONES POR ESCRITO CON RELACI3N A LA PROPOSICION DE LEY DE LAS ASOCIACIONES DE PERSONAS CONSUMIDORAS DE CANNABIS

Fecha 30 Noviembre 2016

Nombre AMBER MARY MARKS

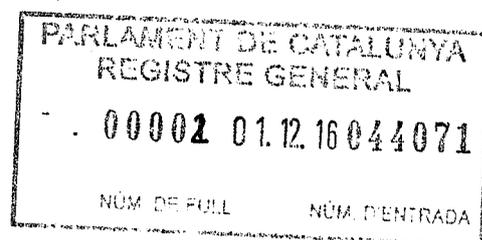
Amber Marks es conferencista en derecho en Queen Mary, Universidad de Londres, Directora de su Centro de Justicia Criminal y abogada (barrister). Es miembro del consejo de administraci3n de Release, aconsejador acad3mica del *Metropolitan Police Service Taser Reference Group* y asesora de 3tica diversos organismos cient3ficos. Su principal 3rea de investigaci3n es la intersecci3n entre ciencia, justicia criminal y derechos humanos, un tema sobre el que ha publicado un libro (*Headspace*, Virgin Books, 2008) y varios art3culos acad3micos. Amber regularmente proporciona an3lisis legal experto para organizaciones gubernamentales y no gubernamentales y recientemente termin3 una nota explicativa sobre los clubs sociales de cannabis para el Grupo Parlamentario de Todos los Partidos sobre la Reforma a la Pol3tica Anti-Drogas en el Reino Unido. Su informe sobre La ley de sustancias psicoactivas fue citado por el House of Commons Home Affairs Committee y sus art3culos sobre forense son citados en los tribunales penales del reino unido con frecuencia. Ha trabajado como abogada tanto en pr3ctica privada y en el Servicio Legal Gubernamental del Reino Unido y ha enseado en un amplio rango de cursos de derecho en Kings College London, el London School of Economics y Anglia Ruskin University. Ha presentado en conferencias internacionales y nacionales y regularmente se le invita a comentar en los medios.

Firma



Contenidos

- 3 La Ley Vigente en Resumen**
- 4-7 Aspectos destacados de Las Sentencias del Tribunal Supremo sobre asociaciones de consumidores de cannabis**
- 8-11 Los Tratados de Fiscalización Internacional**
- 12-13 La Unión Europea y la Decisión Marco 2004/757/JAI**
- 14-18 Los Derechos Humanos que están por encima el tema**
- 19-24 Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Comparada Sobre Derechos Humanos Y el Consumo De Drogas**
- 25-28 Observaciones Políticas**
- 29- 32 Cuestionario para las audiencias sustanciadas como aportaciones por escrito**



La Ley Vigente En Resumen

A reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico, la tenencia y cultivo de cannabis destinados al consumo personal no constituye delito en España. En lugares privados tampoco es sancionable administrativamente.

Como ha sido reiterado muchas veces por la fiscalía y el Tribunal Supremo, esto no quiere decir que estos comportamientos son lícitos, ya que bajo la Ley 17/1967 sólo se considera lícito el consumo para usos médicos o de investigación científica. El bien jurídico de esta ilicitud lo explica el STS 670/1994: "tutelando el bien jurídico de la salud del consumidor ha de entenderse 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." Entonces la prohibición de dicha conducta sólo puede explicarse como un intento de proteger al individuo contra la propia elección de su plan de vida que se reputa indeseable.

'Consumo personal' y 'Tráfico' son términos claves en determinar el ámbito de conducta fuera de obligación de criminalizar bajo los tratados de fiscalización internacional de drogas¹ y también en la normativa doméstica y europea. Son conceptos no calificados con claridad en los convenios, ni en ningún instrumento europeo ni legislación doméstica. Son varios los ordenamientos jurídicos que identifican el consumo personal por lo que no es (p. ej. en la Jurisprudencia de España y de Chile toda conducta que no está destinado al tráfico y toda conducta que no perjudica la salud publica). La atipicidad del consumo compartido constituye una consecuencia lógica de la atipicidad del autoconsumo y abarca, lógicamente el cultivo para consumo compartido

El Tribunal Supremo en España ha utilizado su doctrina de consumo compartido para mantener el consumo personal (y compartido) fuera del alcance del penal; varias audiencias provinciales han utilizado: 'una variante [de la doctrina de consumo compartido] que comparte con ella la misma razón de ser, la no vocación al tráfico' (pagina 14 de Audiencia Provincial, Palma De Mallorca, Sección 1, Appeal No: 162/14, SAP IB 2541/2014).

La doctrina del consumo compartido del Tribunal Supremo en España es una de varias posibles herramientas para distinguir entre el consumo personal y el tráfico. Como herramienta la doctrina del consumo compartido del TS es admirable y inspirado pero imperfecto debido a la falta de consideración que implica de los derechos humanos que están por encima de la distinción (derechos a la intimidad y a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad) y la falta de consenso y claridad jurídica sobre su aplicación a asociaciones de consumidores de cannabis.

¹ Convención Única de 1961 sobre Estupeficientes , Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971 y Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupeficientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988

Aspectos Destacados de Las Sentencias del Tribunal Supremo sobre asociaciones de consumidores de cannabis

Razones generales por no aplicar la doctrina del Consumo Compartido a las asociaciones bajo su consideración:

- (i) El cultivo de cannabis para su distribución periódica a los miembros de una asociación en número muy próximo a trescientos no se puede encajar en el concepto normativo europeo de 'consumo personal'. (STS 1765/2014 página 18)
- (ii) En los países y estados donde se han despenalizado el comercio de cannabis es bajo regulación y el control de autoridades. (STS 1765/2014 página 19-22)

Indicadores de delito:

- Almacenamiento masivo de cannabis (por el riesgo de difusión a terceros implicado) (1765/2014)
- Numero alta² de socios/ausencia de **lazos de mínimo conocimiento**: sus vínculos y relaciones no permiten conocerse entre si y conocer sus hábitos de consumo para alcanzar la certeza mas allá de mero compromiso formal exteriorizado, de que el producto se destina en exclusivo a ese consumo individual de quienes se han agrupado, con la razonable convicción de que nadie va a proceder a una redistribución o comercialización por su cuenta. (1765/2014 pagina 36) (STS 3972/2016 pagina 6)
- Estar puesta al servicio del consumo de un numero de personas **indeterminada ab initio y abierta a incorporaciones sucesivas de manera mas o menos indiscriminada y espaciada** (1765/2014 pagina 36)
- La captación de nuevos socios a los que solo se exigen la manifestación de ser usuarios para hacerlos partícipes de ese reparto de cannabis (1765/2014 pagina 36). **No es nada dificultoso conseguir un avalista o atribuirse la condición de consumidor.**" (STS 3972/2016 página 6))

Votos Particulares

Cándido Conde-Pumpido, Tourón Joaquín Giménez, García Andrés Martínez Arrieta y Ana María Ferrer García en 1765/2014

La sentencia mayoritaria admite la aplicación de la doctrina de la atipicidad del consumo compartido a supuestos de agrupaciones de personas para el cultivo de marihuana destinada exclusivamente al consumo de los componentes del grupo (fundamento jurídico undécimo), y señala acertadamente diversos criterios que permitirán valorar o excluir cuando concurre dicha atipicidad (el número poco abultado

² El la sentencia STS 3972/2016 cuando comenta la sala sobre las otras sentencias del TS sobre asociaciones: "Entre las pautas que se fijaban se señalaba como ineludible un limitado número de asociados, teniéndose por tal el que no rebasase en ningún caso la treintena" esta citando al voto particular de Cándido Conde-Pumpido, Tourón Joaquín Giménez, García Andrés Martínez Arrieta y Ana María Ferrer García en 1765/2014

de los ya consumidores de cannabis concertados que adoptan dicho acuerdo; el encapsulamiento de la actividad en el grupo...la ausencia de toda publicidad, ostentación o trivialización, etc.).

Pero sin embargo renuncia a definir unos "requisitos estrictos más o menos razonables", remitiendo los límites de la tipicidad en esta materia al análisis casuístico ("examinar cada supuesto concreto"), lo que a nuestro entender constituye una respuesta insuficiente e insegura que no resuelve con claridad el problema, y por el contrario lo perpetua.

Con ello, a nuestro entender, no se atiende al cumplimiento efectivo de nuestra función esencial como Sala de Casación a la que le correspondería, tras un largo período de indefinición e inseguridad jurídica en esta materia, resolver con precisión el conflicto estableciendo límites claros de la tipicidad en los supuestos de agrupaciones de consumidores de cannabis para un cultivo dedicado exclusivamente al consumo propio. Límites claros que sirvan de guía para la persecución y sanción penal de estas conductas, evitando desigualdades en función de criterios locales de naturaleza policial o judicial.

El establecimiento de requisitos precisos para delimitar las conductas típicas en normas que definen comportamientos demasiado abiertos, forma parte de la práctica habitual de esta Sala. La evolución y adaptación del derecho a los cambios sociales, también. Buen ejemplo de ello lo constituye precisamente la doctrina de la atipicidad del consumo compartido, que ahora es necesario adaptar, en las nuevas circunstancias sociales, a la multiplicación de agrupaciones de consumidores de cannabis, estableciendo con claridad cuando pueden actuar al amparo de la doctrina jurisprudencial del consumo compartido. Y cuando, por el contrario, nos encontramos ante acciones típicas, que deben ser sancionadas penalmente por utilizar dicha doctrina como mera cobertura para amparar comportamientos de difusión de productos estupefacientes que atentan contra el bien jurídico de la salud pública, como sucede en el supuesto enjuiciado por las razones expuestas en la sentencia mayoritaria, que compartimos básicamente.

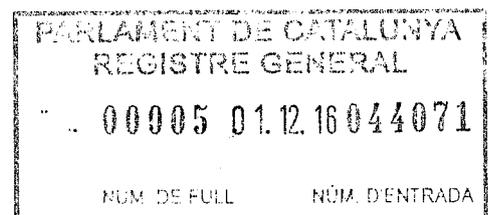
...

Se hace necesario, por ello, establecer limitaciones que, adaptando la doctrina del consumo compartido a la realidad social actual, eviten sin embargo la posibilidad de supuestos abusivos, notoriamente excluidos del espíritu y finalidad de la mencionada doctrina jurisprudencial.

En consecuencia, puede establecerse como criterio general que solo podrían ampararse en nuestra doctrina jurisprudencial sobre la atipicidad del consumo compartido:

1º) Aquellas agrupaciones constituidas para evitar el recurso al tráfico ilícito como vía de auto suministro, que reúnan a quienes fuesen previamente consumidores habituales, siempre mayores de edad y en pleno uso de sus facultades, estableciendo un período de carencia prolongado desde la incorporación a la agrupación a la adquisición del derecho a compartir la substancia, para evitar el favorecimiento del consumo ilegal por terceros que se incorporen ocasionalmente para el consumo inmediato.

2º) Aquellos supuestos en los que el consumo se lleve a cabo exclusivamente en el interior de la agrupación, es decir "en lugar cerrado", como exige la doctrina del consumo compartido. La finalidad de esta exigencia es evitar la promoción pública del



consumo y la posibilidad de compartir, comerciar o difundir la sustancia que se entregue para consumir fuera a quienes no forman parte de los inicialmente agrupados. 3º) Aquellos supuestos en que se circunscriba el consumo a un grupo reducido de adictos, identificables y determinados, por lo que estas agrupaciones no deberían sobrepasar un número limitado de miembros, que en ningún caso debería exceder de la treintena.

4º) Aquellas agrupaciones que suministren a sus miembros cantidades que no rebasen la droga necesaria para el consumo inmediato, sin superar el consumo diario. El autocultivo debería, en consecuencia, limitarse a una producción que no supere el consumo previsible del número reducido de miembros que integren la agrupación, quedando excluido el ánimo de lucro pues los socios únicamente pueden compartir los gastos. Estos criterios o requisitos, que constituyen una adaptación a la realidad actual de las agrupaciones de consumidores, de los requisitos establecidos tradicionalmente por nuestra jurisprudencia para el consumo compartido, pueden a nuestro entender complementar la doctrina de la sentencia mayoritaria, con el fin de garantizar la seguridad jurídica, y evitar en el futuro la posibilidad de errores de prohibición

Joaquín Giménez García Cándido Conde-Pumpido Tourón Ana Ferrer García en 1765/2014

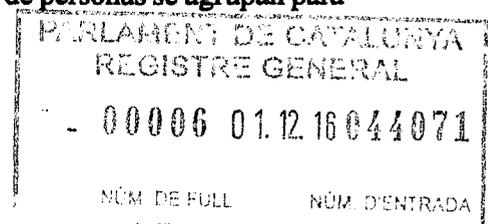
“En definitiva lo que persiguen este tipo de asociaciones es una alternativa al mercado negro de la adquisición del cáñamo a través del cultivo asociativo - variante del cultivo personal--, que ante la **orfandad normativa** en que se encuentra, precisa --insisto-- una regulación precisa y clara que fije los límites Recurso Nº: 1765/2014 88 que se estimen convenientes, cuestión que queda extramuros de la misión de esta Sala.”

(Magistrada Doctora Ana María Ferrer García) en STS 3972/2016

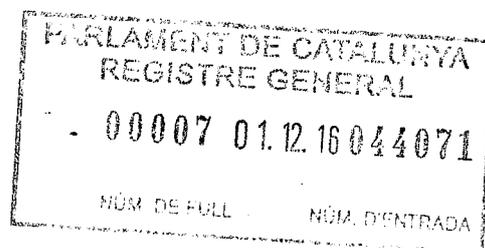
“Cualquier análisis acerca de lo que debemos entender como salud individual y su protección nos conecta con la relevancia del consentimiento, hasta concluir que la salud individual no puede protegerse penalmente contra la voluntad libremente formada de su titular, por lo que las autolesiones resultan impunes. Sobre esta idea afirmamos la atipicidad del autoconsumo o consumo propio de drogas, que, aun cuando pueda perjudicar a la salud individual, no afecta a la pública en la medida que no implique riesgo de difusión entre otros sujetos. Y esta idea nos permite acotar el alcance del artículo 368 CP cuando habla de "consumo ilegal".

Es cierto que el número de socios, en el que no consta se anotaran las bajas, supera con creces ese núcleo reducido de consumidores que viene fijándose como presupuesto de aplicación de la doctrina de construcción jurisprudencial sobre el consumo compartido. Pero todos ellos, como miembros de la asociación, contribuían a sufragar la sustancia que estaba destinada a su autoconsumo, sin propósito de que el consumo se pudiera extender al de terceras personas. De esta manera el elemento cuantitativo pierde relevancia cuando podemos excluir un riesgo real y patente de distribución a terceros.

Supuestos como el que analizamos desbordan los contornos de la construcción jurisprudencial sobre el consumo compartido, que considera atípicos supuestos de consumo plural, en que un número reducido y determinado de personas se agrupan para



la adquisición y ulterior e inmediato consumo conjunto en un lugar cerrado, de la sustancia estupefaciente sufragada entre todos (entre las más recientes STS 508/2016 de 9 de junio). Sin embargo ello no es óbice para, como alternativa, tratar de fijar criterios que faciliten la adaptación a la misma (en este sentido mi apoyo al voto particular formulado a la Sentencia 484/2015 que así lo demandaba). Sobre todo ante la relevancia social de la cuestión, que pretende trazar vías hacia un consumo controlado y responsable de cannabis en sus distintas variedades, entre socios mayores de edad y en pleno uso de sus facultades de autodeterminación y gobierno, aptos, en consecuencia, para decidir respecto a su propia salud. Pues como se decía en el citado voto particular, cuando de asuntos de interés general se trata, y este lo es, compete a esta Sala de Casación hacer evolucionar el derecho para adaptarlo a la realidad social, sin desviarnos del rumbo que marca la seguridad jurídica.”



Los tratados de fiscalización internacional de drogas³

En virtud de las «obligaciones generales» consagradas en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 4 de la Convención de 1961, las partes están obligadas a adoptar las medidas legislativas y administrativas necesarias para limitar exclusivamente a fines médicos y científicos la producción, exportación, importación, distribución, comercio, uso y posesión de drogas". Los redactores de la Convención Única de 1961 parecen haber tenido sólo un cultivo comercial a gran escala cuando diseñaron el marco reglamentario para el cultivo autorizado de cannabis contenido en sus artículos 22 y 28 y la primera y única referencia al cultivo para uso personal en los tratados figura en el artículo 3 de la Convención de 1988. Este artículo estipula que los partes del Convenio no están obligados a establecer que la posesión, ni el cultivo para uso personal sea un delito penal, siempre y cuando los principios constitucionales o conceptos *fundamentales de su ordenamiento jurídico* no lo permitan:

"A reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales conforme a su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente, la posesión, la adquisición o el cultivo de estupefacientes o sustancias sicotrópicas para el consumo personal en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971."

- Convención de 1988, párrafo 2 del artículo 3

Los principios constitucionales de España no permite tipificar como delito la posesión, la adquisición o el cultivo de estupefacientes o sustancias sicotrópicas para el consumo personal.

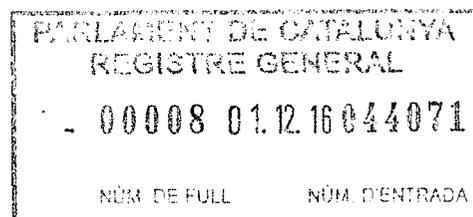
Sometida a votación en el Congreso de Diputados, la enmienda del Grupo Popular para introducir la tipificación de tenencia para el consumo personal fue rechazado (pro 82 votos a favor de 174 en contra). La enmienda fue presentada por el PP como obligación derivado del párrafo 2 del artículo 3 del Convención de 1988. El ministerio de justicia explicó al Congreso que no era obligación para España debido a la frase "A reserva de sus principios constitucionales".⁴

El ministerio cito también el principio de intervención mínima bajo lo cual el legislador debe acudir al Derecho penal como el último recurso. El principio de intervención mínima reconoce que el uso del derecho penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto a una conducta ilícita. Ello implica que el derecho penal debe ser utilizado de forma subsidiaria, una vez que el resto de las medidas legales o procesales han demostrado no funcionar.

La razón jurídica en la jurisprudencia (de modo prácticamente unánime) por mantener siempre fuera del delito todas actividades (incluyendo la tenencia, distribución y

³ Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971 y Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988

⁴ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, núm 219, 8 octubre 1992, 10772-10784.



cultivo) destinados al consumo personal es simple y subyace lo expuesto anteriormente; no perjudica el **bien jurídico**. Como ha sido reiterado muchas veces en el Tribunal Supremo, la atipicidad del consumo compartido constituye una consecuencia lógica de la atipicidad del autoconsumo y abarca, lógicamente el cultivo para consumo compartido. (STC 1765/2014)

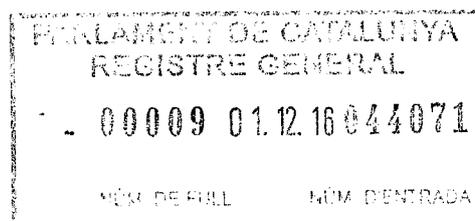
“En realidad la doctrina de la atipicidad del consumo compartido, desarrollada por el espíritu innovador de esta Sala hace dos décadas, viene a mitigar la **desmesurada amplitud** que alcanzaría el tipo penal en caso de no ser interpretado en función de las necesidades estrictas de tutela del bien jurídico protegido, la salud pública. Los comportamientos típicos deben ser los idóneos para perjudicar la salud pública porque promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes, objetivo o finalidad que debe estar presente en todas las acciones que se incluyen en el tipo, incluida la posesión, el cultivo e incluso la elaboración o el tráfico, pues ni el tráfico legal, en el ámbito farmacéutico por ejemplo, ni el cultivo con fines de investigación o consumo propio, constituyen conductas idóneas para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal por terceros, y en consecuencia no están abarcados por el amplio espectro de conductas que entran en el radio de acción del precepto.” (STS 397/2016 página 12)

La importancia del principio de lesividad en el ordenamiento jurídico es vital. A través de este principio se protege la autonomía de las personas, esto es, la capacidad para definir pautas propias de conducta y un plan de vida acorde a ellas. Esa autonomía sólo puede limitarse para preservar la del resto de las personas, evitando daños o agresiones. El principio históricamente se encuentra condensada en la obra de John Stuart Mill: *"La única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo. Estas son buenas razones para discutir, razonar y persuadirle, pero no para obligarle o causarle algún perjuicio si obra de manera diferente. Para justificar esto sería preciso pensar que la conducta de la que se trata de disuadirle producía un perjuicio a algún otro. La única parte de la conducta de cada uno por la que se es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne meramente a él, su independencia es de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu el individuo es soberano (...) Cada uno es el guardián natural de su propia salud, sea física, mental o espiritual. La humanidad sale más gananciosa consintiendo a cada cual vivir a su manera que obligándole a vivir a la manera de los demás"*.

El bien más genérico que se requiere para garantizar la autonomía de las personas es la libertad de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros.

El autoconsumo de cannabis es una actividad propia del fuero interno de las personas que no incide en la libertad de otros, por lo que no existe justificación para que el derecho penal interfiera y limite esta esfera de libertad del individuo.

Como explicó el Tribunal Supremo en Chile sobre el concepto de consumo personal en el contexto de un cultivo (la única clara distinción entre su razonamiento jurídica a la



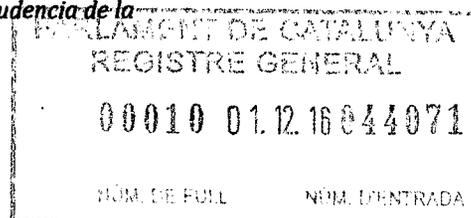
jurisprudencia del TS en España es tener específicamente en cuenta los derechos humanos abarcados): “..dado que el daño social que el legislador tenía en vista en al crear los tipos legales de tráfico ilícito de estupefacientes no consiste en la autolesión , expresión de la autonomía de la voluntad de individuos singulares dispuestos a exponer su salud y su libertad a riesgos, sino la posibilidad real que, de ese uso determinado, pudiera seguirse la difusión incontrolable de sustancias que pongan en peligro la salud y la libertad de los demás....[el término ‘personal exclusivo’] no supone necesariamente que el uso o consumo de la sustancia obtenida de la planta deba ser realizado por un solo individuo, sino nada más que debe efectuarse única y exclusivamente por la o las mismas personas que ...cultivaron... la planta que la produce, excluyéndose entonces su uso o consumo por terceros o extraños ajenos a dichos acciones.”

Son varios los ordenamientos jurídicos se identifica el consumo personal por lo que no es (p. ej. toda conducta que no está destinado al tráfico y toda conducta que no perjudica la salud pública). Los tribunales en España han construido varias doctrinas como maneras de reconocer el consumo personal, todos con la finalidad de encajar todo conducta que es el tráfico, o que tiene la finalidad de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo de terceros, en el delito, para proteger el bien jurídico (la salud pública). .El Tribunal Supremo en España ha utilizado su doctrina de consumo compartido para mantener el consumo personal fuera del alcance del penal; varias audiencias provinciales han utilizado: ‘una variante [de la doctrina de consumo compartido] que comparte con ella la misma razón de ser, la no vocación al tráfico’ (página 14 de Audiencia Provincial, Palma De Mallorca, Sección 1, Appeal No: 162/14, SAP IB 2541/2014).

La doctrina del consumo compartido del Tribunal Supremo en España es una herramienta para distinguir entre el consumo personal del tráfico. Como herramienta es admirable y inspirado pero imperfecto debido a (i) la falta de consideración que implica de los derechos humanos que están por encima de la distinción y (ii) la falta de definición jurídica clara del termino *tráfico* y del ámbito de salud pública en temas penales (“un ideal cuyos perfiles son vaguísimos (al menos m en la Jurisprudencia sobre tráfico de drogas; no así en otros delitos contra la salud pública, como los farmacéuticos o alimentarios)” y (iii) el riesgo corrido en que la doctrina pueda llegar a tener atribuido a ella un carácter formal y quasi-legislativo entre lo cual entran requisitos distanciados de su razón de ser (la exclusión del delito toda conducta con ausencia de lesión o puesto en peligro del bien jurídico penalmente protegido).⁵

Bajo una interpretación estricta de los tratados se puede argumentar que cualquier regulación de un consumo y cultivo lúdico sería en violación del espíritu de los tratados por cuenta de sus obligaciones generales. Sin embargo, una interpretación tan estricta iría en contra del espíritu de la época actual. Dentro de la comunidad internacional existe un creciente apoyo a interpretaciones más flexibles de las convenciones internacionales de fiscalización de drogas alineadas con los principios de derechos humanos y reducción de daños. "Hay un espíritu de reforma en el aire para hacer las convenciones adecuadas para el propósito y adaptarlos a una realidad en el terreno que

⁵ J. D. Gómez-Aller, *Transmisiones atípicas de drogas: Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad* (Tirant lo Blanch 2012), p. 17.



es considerablemente diferente de la época en que fueron redactados". Antonio Maria Costa, Director Ejecutivo, UNODC, 2008

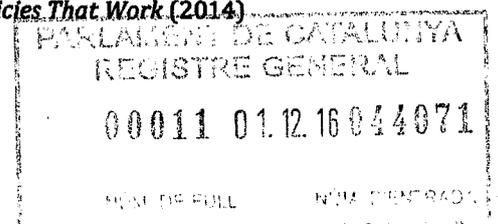
En octubre de 2014, el Departamento de Estado, encargado de interpretar los tratados del gobierno de los Estados Unidos, anunció una nueva política de "interpretación flexible" hacia la Convención Única. Asst. Secretario de Estado William Brownfield, Oficina de Asuntos Internacionales de Narcóticos y Aplicación de la Ley. "Tendencias en la política global" (Conferencia de Prensa, Centro de Prensa Extranjera, 9 de octubre de 2014).

Un fuerte llamamiento a una mayor flexibilidad también surgió de dos informes sobre el problema de las drogas en las Américas de la Organización de Estados Americanos (OEA). El Secretario General de la OEA, Insulza, concluye en el informe analítico que el problema requiere "un enfoque flexible, con los países adoptando enfoques adaptados que reflejen las preocupaciones individuales". "Con respecto a los convenios de las Naciones Unidas", insistió Insulza, "los cambios podrían resultar de la posibilidad de que el actual sistema de control de narcóticos y sustancias psicotrópicas pueda ser más flexible, permitiendo así a las partes explorar opciones de políticas de drogas que tomen en cuenta sus propias prácticas específicas Tradiciones"

La Comisión Mundial sobre Política de Drogas también apoya la flexibilidad: "Un enfoque que abarca la flexibilidad es crucial. A diferencia de las prohibiciones generales, los modelos de regulación exitosos deberán adaptarse y evolucionar en respuesta a las circunstancias cambiantes ya la evidencia de un cuidadoso monitoreo y evaluación, tanto positivos como negativos. Los detalles precisos de cualquier marco, y cómo evoluciona, tendrían que ser decididos por las propias jurisdicciones locales, basándose en sus realidades específicas, oportunidades y desafíos en lugar de impuestas desde arriba. En primer lugar, el régimen internacional de fiscalización de drogas ofrece cierto grado de flexibilidad. Hay algunas reformas positivas que pueden ocurrir dentro del marco del tratado existente, incluyendo poner fin a la criminalización de las personas que usan drogas y participantes de bajo nivel en el comercio de drogas, e implementar intervenciones de reducción de daños. Para los Estados que todavía no han implementado tales medidas, los tratados sobre drogas no ofrecen excusa para la inacción. De hecho, los observadores de derechos humanos de las Naciones Unidas han identificado claramente que la falta de prestación de servicios clave de reducción de daños constituye una violación del derecho a la salud".⁶

Los partes del Convenio no están obligados a establecer que la posesión, ni el cultivo para uso personal sea un delito penal, siempre y cuando los principios constitucionales o conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico no lo permitan. Dentro de la comunidad internacional existe un creciente apoyo a interpretaciones más flexibles de las convenciones internacionales de fiscalización de drogas alineadas con los principios de derechos humanos y reducción de daños para facilitar la regulación del consumo, cultivo y abastecimiento de cannabis.

⁶ Global Commission on Drug Policy *Taking Control: Pathways to Drug Policies That Work* (2014)



La Unión Europea y la Decisión Marco 2004/757/JAI

En la Unión Europea, instrumento básico es la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo de 25 de octubre de 2004 relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas. A los efectos que nos interesan ahora resulta esencial la lectura de su art. 2:

"1. Cada uno de los Estados miembros adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las siguientes conductas intencionales cuando se cometan contrariamente a Derecho: a) la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, la expedición, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de drogas; b) el cultivo de la adormidera, del arbusto de coca o de la planta de cannabis; c) la posesión o la adquisición de cualquier droga con el objeto de efectuar alguna de las actividades enumeradas en la letra a); Recurso Nº: 1765/2014 18 d) la fabricación, el transporte o la distribución de precursores, a sabiendas de que van a utilizarse en la producción o la fabricación ilícitas de drogas o para dichos fines.

2. Las conductas expuestas en el apartado I no se incluirán en el ámbito de aplicación de la presente Decisión marco si sus autores han actuado exclusivamente con fines de consumo personal tal como lo define la legislación nacional"

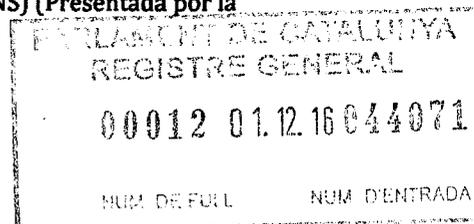
En STS 484/2015 el Tribunal Supremo de España reconoce que: "subsiste un margen de apreciación para las legislaciones internas que pueden amplificar más o menos lo que significa actuar con fines de consumo personal "y en la ausencia de definición en la *legislación nacional* este margen de apreciación es manejado por las tribunales.

La Decisión Marco 2004/757/JAI fue iniciativa de la Comisión y para esta iniciativa, la Comisión realizó un estudio sobre las definiciones y penas en materia de tráfico de drogas, basándose en las respuestas que los Estados miembros al cuestionario que se les había presentado en julio de 2000. En la exposición de motivos por la decisión-marco la Comisión sostiene:

" siguiendo la jurisprudencia de los Estado miembros, la comisión propone excluir del campo de aplicación de la presente decisión-marco (i) al consumidor individual que produce, adquiere o tiene ilegalmente estupefacientes para su uso personal y (ii) al consumidor que proporciona a otro estupefacientes sin ánimo de lucro (por ejemplo, alguien que cede estupefacientes a personas próximas sin beneficio)."

Aunque el texto final no incluye ninguna definición de tráfico (basándose en vez en el Convenio de las Naciones Unidas de 1988), el conjunto del texto tal como fue propuesto por la Comisión⁷ incluyó esta definición de tráfico en su artículo 1:

⁷ Propuesta de Decisión-marco del Consejo relativa al establecimiento de las disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas (2001/C 304 E/03) COM(2001) 259 final 2001/0114(CNS) (Presentada por la Comisión el 27 de junio de 2001)



“ el hecho de, sin autorización, vender y comercializar, así como, con fines lucrativos, cultivar, producir, producir, fabricar, importar, exportar, distribuir, ofrecer, transportar, enviar o, con fines de cesión con ánimo de lucro, recibir, adquirir y tener estupefacientes o sustancias psicotrópicas. ”

Y en su comentario de los artículos explica:

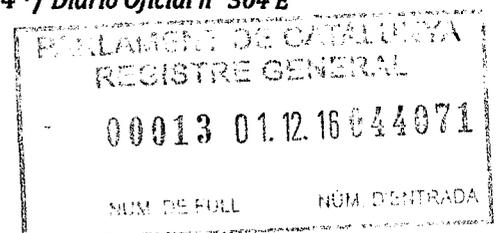
*“Esta definición recoge los elementos clave de una parte de la contenida en el Convenio de las Naciones Unidas de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Esta definición tiene también en cuenta las disposiciones nacionales relativas a la definición de los delitos vinculados al tráfico de drogas, que se analizaron en el marco del estudio realizado por la Comisión para la propuesta de la presente decisión-marco sobre las definiciones, penas y aplicación de las leyes relativas al tráfico ilícito de drogas en los Estados miembros. ”*⁸

A mi juicio, teniendo en cuenta las conclusiones del estudio realizado por la Comisión (el único realizado sobre las prácticas de los países europea), y la jurisprudencia desarrollada durante muchos años en las audiencias provinciales. Lo que argumenta el TS en las recientes sentencias de varias asociaciones cannabicas, sobre los límites a la interpretación de la frase ‘con fines de consumo personal’, es exagerado:

“... hay unos límites a la interpretación: se precisan equilibrios lingüísticos y algún esfuerzo dogmático tanto para considerar la actividad ahora contemplada [el cultivo de cannabis para su distribución periódica a los miembros de una asociación en número muy próximo a trescientos]como exclusivo consumo personal; como para encajar una tesis jurisprudencial que variaría la interpretación tradicional y durante muchos años incuestionada de un precepto legal no alterado en la categoría de legislación nacional. Admitamos a efectos exclusivos de argumentación que una y otra cosa son factibles. Pero habría que convenir, al menos, que no estaríamos ante una interpretación diáfana, no exenta de dudas o cristalina del concepto normativo exclusivo consumo personal. Si queremos apartarnos de la interpretación tradicional y más clásica del consumo o cultivo compartidos como conductas impunes hasta los extremos a que llega la sentencia de instancia sería paso previo ineludible la activación del mecanismo de la cuestión prejudicial para recabar la opinión vinculante del Tribunal supranacional habilitado para interpretar esos términos de la norma europea y la dudosa compatibilidad con ellos de un consumo asociativo concebido de manera tan amplia.”

Una definición amplia de uso personal (que incluye la distribución a trescientos miembros de una asociación) no tiene por qué constituir una desviación extrema de las normas europeas siempre que el distribuidor puede ser calificado como un consumidor que proporciona sin ánimo de lucro. Tal salida podría en cualquier caso justificarse sobre la base de los derechos consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

⁸ Propuesta de decisión-marco del Consejo relativa al establecimiento de las disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas /* COM/2001/0259 final - CNS 2001/0114 */ Diario Oficial n° 304 E de 30/10/2001 p. 0172 - 0175



Los derechos humanos que están por encima el tema

Los derechos humanos se basan en la dignidad del ser humano. Todos los derechos fundamentales a la identidad personal (libertad, libre desarrollo de la personalidad, autodeterminación) se derivan del reconocimiento a la dignidad humana.

En su artículo 10.1⁹ la Constitución Española proclama que el fundamento del orden político y de la paz social reside, en primer término, en la “dignidad de la persona” y en “los derechos inviolables que le son inherentes”¹⁰. Como reconoce la jurisprudencia constitucional: “proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art.10.1 CE implica que, en cuanto “valor espiritual y moral inherente a la persona” (STC 53/185, de 11 de abril, F.8) la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre...constituyendo, en consecuencia un “mínimum” invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar” (STC 120/1990, de 27 de junio, F.4). La Constitución Española salvaguarda absolutamente aquellos derechos y aquellos contenidos de los derechos “que pertenecen a la persona en cuanto tal y como ciudadano o, dicho de otro modo...aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana.” (STC 242/1994, de 20 de julio, F.4, SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, F.2 y 99/1985, de 30 de septiembre, F.2).¹¹

La importancia y relevancia de la dignidad de la persona en la Constitución Española se destaca en la jurisprudencia constitucional:

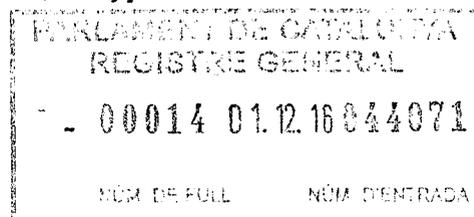
“nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art.10) y los derechos a integridad física y moral (art.15), a la libertad de ideas y creencias (art.16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art.18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona.” (STC num.53/1985, de 11 de abril). Por su parte el Estatuto de Autonomía de Catalunya reconoce también en su artículo 15.2 que las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad y capacidad personal:

“Todas las personas tienen derecho a vivir con dignidad, seguridad y autonomía, libres de explotación, de malos tratos y de todo tipo de discriminación, y tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad y capacidad personal.”

⁹ Artículo 10: 1.La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2.Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

¹⁰ “10.1.La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”

¹¹ Citado en Juan José González Rivas *La Interpretación de La Constitución por el Tribunal Constitucional : Comentario Sistemático de la Constitución* (Thomson Reuters, 2011) p.249



En el proceso de determinar y precisar si, y en qué medida varios derechos son herentes a la dignidad de la persona concebida como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos, el art 10.2¹² remite como criterio interpretativo los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.¹³

España ratificó el **Convenio Europeo de Derechos Humanos** el 26 de septiembre de 1979. El Tribunal Constitucional utiliza constantemente las sentencias del Tribunal de Estrasburgo para la interpretación de derechos fundamentales. En la actualidad, después de la ratificación del tratado de Lisboa, la **Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea** (aprobado por el Parlamento Europeo el 29 de noviembre de 2007) **tiene ya pleno carácter normativo**. Desde que se salió a la luz esta Carta, el Tribunal Constitucional empezó a dictaminar sentencias, recurriendo a esta Carta como base interpretativa de derechos fundaménteles y se ha continuado acudiendo a la carta desde su ratificación.¹⁴

El derecho a la dignidad humana queda garantizado en art. 1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.¹⁵ Es la primera vez que la dignidad humana ha sido formalmente codificada a nivel de la UE. La dignidad es, por lo tanto, una palabra nueva en el lenguaje del constitucionalismo de la UE: es un nuevo valor fundamental y el primer derecho fundamental de la Carta. **La codificación de la dignidad en la Carta parece reflejar una nueva conciencia de la importancia de este derecho y una nueva preocupación por sus posibles violaciones.**¹⁶

La influencia determinante en la elaboración del artículo 1 aparece haber sido las constituciones de los miembros estados, y en particular, la Constitución alemana.¹⁷

Bajo la Carta, la dignidad humana no es únicamente derecho fundamental en sí mismo sino constituya también la base real de los derechos humanos. En el texto de las explicaciones relativas al artículo 1 se explica que “la dignidad humana forma parte de la esencia de los derechos consignados en la presente Carta”.¹⁸ La dignidad se entiende como la libertad de dirigir su propia vida y ha sido especialmente vinculado con el

¹² 10.2.Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

¹³ Juan José González Rivas *La Interpretación de La Constitución por el Tribunal Constitucional : Comentario Sistemático de la Constitución* (Thomson Reuters, 2011) p.250

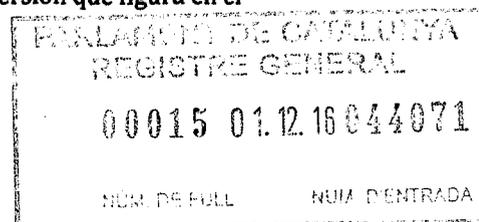
¹⁴ Carolina León Bastos *La Interpretación de los Derechos Fundamentales Según Los Tratados Internacionales Sobre Derechos Humanos: un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica* (Tecnológico de Monterrey, Madrid 2010) p.179

¹⁵ Artículo 1 Dignidad humana : La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida.

¹⁶ C. Dupré, ‘Article I – Human Dignity’ in S. Peers, T. Hervey, J. Kenner and A. Ward (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary* (Hart 2014) página 15

¹⁷ C. Dupré, ‘Article I – Human Dignity’ in S. Peers, T. Hervey, J. Kenner and A. Ward (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary* (Hart 2014)

¹⁸ Texto de las explicaciones relativas al texto completo de la Carta, en la versión que figura en el doc. CHARTE 4487/00 CONVENT 50



derecho a la intimidad. El derecho a la dignidad tiene una función subsidiaria en que se hace relevante en la ausencia de un derecho más específico o concreto.¹⁹

El derecho a la intimidad queda garantizado en el art 18.1 CE²⁰ y de todos los derechos de la personalidad es el que más ha sido vinculado con el derecho a la dignidad.²¹ El derecho a la intimidad trata siempre de defender facultades de autodeterminación del sujeto. El Tribunal Constitucional de España ha vinculado en doctrina constante, la protección de la intimidad con el principio de dignidad humana.²² El respeto que merece toda persona deriva de su capacidad para elegir, modelar y cambiar su propio plan de vida, “de buscar su felicidad a su manera.”²³

El derecho a la intimidad queda garantizado en el art. 8.2 del Convenio Europea de Derechos Humanos.²⁴ En la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea también se recoge el derecho a la intimidad.²⁵ La jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo mantiene una concepción amplia del ámbito protegido por este derecho. Así lo ha establecido el TEDH en la Sentencia Niemitz c. Alemania (TEDH 1992,77).

“El tribunal no considera posible ni necesario ofrecer una definición exhaustiva de la noción de ‘vida privada’. Sin embargo, sería demasiado restrictivo limitar la noción a un ‘círculo interior’ en el que el individuo puede desarrollar su propia vida personal como él elija y excluir por completo de él el mundo exterior no integrado en ese círculo. El respeto de la vida privada debe, también, englobar hasta cierto punto el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos.”²⁶

El derecho a la intimidad en la jurisprudencia del TEDH abarca pues, no sólo la protección de determinados ámbitos o esferas privadas frente a la injerencia de terceros, reconducibles a las dimensiones territorial e informacional a la intimidad, sino también el derecho a desarrollar los aspectos básicos de la propia vida.²⁷

¹⁹ M.Olivetti, ‘Article 1 – Dignity’ in WBT Mock and G Demuro (eds) *Human Rights in Europe. Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union* (Durham, NC, North Carolina Academic Press, 2010) 9.

²⁰ Art 18.1 “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar a la propia imagen.”

²¹ “Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el derecho fundamental a la intimidad reconocido por el art 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE) frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares.” (STC 85/2003, de 8 de mayo, F.21)

²² Luis Javier Mieres Mieres *Intimidación Personal y Familiar: Prontuario de Jurisprudencia Constitucional* (Aranzadi Editorial, 2002) cita SSTC 231/1988, 197/1991 y 20/1992 como ejemplos, p.27

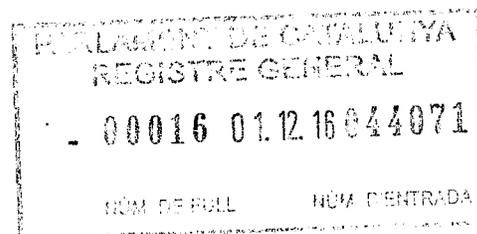
²³ Luis Javier Mieres Mieres *Intimidación Personal y Familiar: Prontuario de Jurisprudencia Constitucional* (Aranzadi Editorial, 2002) p. 27

²⁴ Art 8.1 CEDH: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”.

²⁵ Art.7 CDFUE: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”.

²⁶ Niemitz c.Alemania, Sentencia de 16 de diciembre de 1992 (párr. 29).

²⁷ Luis Javier Mieres Mieres *Intimidación Personal y Familiar: Prontuario de Jurisprudencia Constitucional* (Aranzadi Editorial, 2002) p.35



La garantía ofrecida por el artículo 8 del Convenio “está destinada, primariamente, a asegurar el desarrollo de la personalidad de cada individuo en sus relaciones con otros seres humanos, sin interferencias externas”.²⁸ El concepto de privacidad en el artículo 8 del CEDH también incluye el derecho a establecer y mantener relaciones con otros seres humanos para el cumplimiento de la propia personalidad, y esto se extiende al derecho de asociación:

"La Corte reitera que la " vida privada "es un término amplio que abarca la esfera de la autonomía personal en la que cada uno puede libremente perseguir el desarrollo y el cumplimiento de su personalidad y establecer y desarrollar relaciones con otras personas y con el exterior".

29

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha señalado en su jurisprudencia que “la noción de vida privada se refiere a la esfera de la vida de una persona en la que ésta puede expresar libremente su identidad, ya sea en sus relaciones con los demás o sola”.³⁰

El filósofo y jurista norteamericano propone un vínculo explícito entre la privacidad individual y el derecho de asociación. Explica que "la privacidad es una extensión de la privacidad individual. El interés protegido por la privacidad del grupo es el deseo y la necesidad de que las personas se reúnan, intercambien información, compartan sentimientos, elaboren planes y actúen en concierto para alcanzar sus objetivos .La intimidad colectiva protege el espacio exterior de las personas en lugar de su espacio interior, naturaleza en lugar de su deseo de aislamiento completo."³¹

El derecho a formar una asociación está protegido además por el derecho a la libertad de expresión, tal como se articula en el artículo 11 del CEDH. La libertad de asociación es una forma de manifestación de la libertad personal.³²El ser miembro o no de una asociación es una decisión libre y voluntario del sujeto. El Tribunal Constitucional considera que “el fundamento de las asociaciones debe buscarse en la libre voluntad de los socios de unirse y de permanecer unidos para cumplir los fines sociales, creando entre ellos no sólo un vínculo jurídico sino también una solidaridad moral basada en la confianza recíproca” (STC – Pleno- 133/2006)³³

De acuerdo con la jurisprudencia consolidada del TEDH, todos los derechos cualificados al respeto de la vida privada, la libertad de expresión, religiosa o de otra índole, y la libertad de asociación, constituyen los cimientos esenciales de una sociedad

²⁸ Sentencia Botta c.Italia, de 24 de febrero de 1998, 60 párr 32,

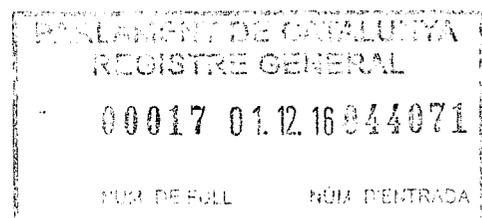
²⁹ Jehovah's Wintess of Moscow & Others v Russia, Application No. 302/02, Judgment 10 June 2010 at para 117

³⁰ Coeriel et al vs. Países Bajos.ComitéDH: párr. 10.2

³¹ E Bloustein, Group privacy: the right to huddle, *Rutgers Camden Law Journal*, Vol. 8, Issue 2 (Winter 1977), pp. 219-2838

³² Maria Isabel Martín De Llano 'Los derechos de participación (I) Los derechos de renunión y manifestación, asociación y petición' en *Dogmática y Práctica de los Derchols Fundamentales* (Tirant Lo Blanch, 2015)

³³ STC – Pleno- 133/2006, de 27 de Abril, FJ..5.

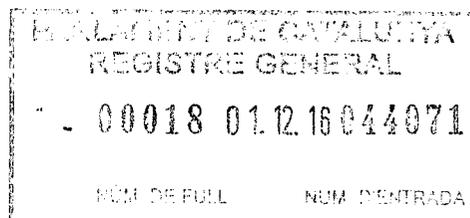


democrática y las condiciones básicas para su progreso y autoestima - Cumplimiento de cada individuo.³⁴

La doctrina de la proporcionalidad

Los derechos humanos buscan lograr un justo equilibrio entre los derechos a veces conflictivos de la comunidad y los derechos fundamentales del individuo garantizados por los diversos artículos de la Convención. Para alcanzar este equilibrio es fundamental la doctrina de la proporcionalidad. Esto requiere que cualquier restricción del derecho de la Convención (cuando esto sea permisible) debe ser proporcional al objetivo legítimo perseguido. El principio de proporcionalidad requiere cualquier restricción del derecho debe ser (i) la medida necesaria e imprescindible para alcanzar el objetivo legítimo perseguido en el sentido de que no debe existir otro medio menos gravoso por lograrlo (ii) la idoneidad, es decir que realmente logre alcanzar el objetivo perseguido por medio de esta limitación.

El objetivo de la Ley 17/1967 (en prohibir todo consumo que no es terapéutico o científico) es la protección el ciudadano de sí mismo y entonces carece de legitimidad. El objetivo del Artículo 368 del Código Penal es proteger la salud pública. En arriesgar el enjuiciamiento de asociaciones de personas consumidores de cannabis (por la falta de claridad jurídica sobre su entorno) se restringe de manera desmesurada y acrítica la libertad del individuo, al que se le impide decidir sobre su propia conveniencia, sobre el libre desarrollo de su personalidad y a la realización de su plan de vida, en un intento de protegerlo de sí mismo, tal y como ya se empieza a reconocer por parte de ciertas cortes Supremas que serán objeto de comentario.



Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Comparada Sobre Derechos Humanos Y el Consumo De Drogas

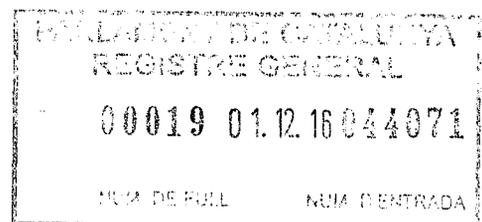
“Resta remarcar el absurdo de considerar que cada persona tiene el derecho y la libertad de consumir cualquier sustancia, por los motivos expuestos, pero bajo la exigencia de someterse constantemente a la clandestinidad para la adquisición de la sustancia pretendida, o bajo el riesgo de ser perseguido, extorsionado, prisionizado o tratado compulsivamente en aras de la salud o la seguridad.”³⁴

La utilización del sistema penal como instrumento principal para el control del uso de cannabis revela importantes incompatibilidades con un régimen democrático basado en derechos humanos. Son muchos los ordenamientos jurídicos que han reconocido que los derechos a la intimidad y a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad están por encima de la intervención del Estado en relación con lo que las personas cultiven o poseen de cannabis en lugares privados y para consumo personal. Varios tribunales constitucionales nacionales han sostenido que el uso de un derecho penal en relación con la posesión y uso de drogas es una violación inconstitucional del derecho de privacidad y autonomía. Mientras que algunas cortes constitucionales han interpretado el derecho de privacidad o autonomía como el motivo para entender que las leyes criminales sobre posesión son incompatibles con los derechos constitucionales, otras cortes han determinado que la ausencia de un objetivo legítimo, o ausencia de proporcionalidad en la medida de un objetivo legítimo, es la base de la incompatibilidad de leyes de cannabis.

MÉXICO

El pasado cuatro de noviembre de 2015, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) resolvió el amparo 237/2014, relativo al permiso solicitado por un grupo de ciudadanos a la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (Cofepris) para llevar a cabo todas las actividades necesarias para el consumo personal y recreativo de la marihuana [‘derechos correlativos al ‘autoconsumo’] para “consumir marihuana regularmente, de forma personal y con fines meramente lúdicos”. Al respecto, por cuatro votos a uno, la Suprema Corte otorgó el amparo a los quejosos, la Sociedad Mexicana de Autoconsumo Responsable y Tolerante (SMART), la primera organización ciudadana en México de autoconsumo responsable y tolerante cuyo objetivo es defender el derecho humano de libertad de elección. Los quejosos sostuvieron que ellos se singularizarían y lograrían sus objetivos mediante el consumo de marihuana, de la misma forma que otras personas lo logran a partir de los deportes que practican, sus pasatiempos, la comida que les gusta y la compañía que guardan, sin que le esté permitido al Estado estigmatizar y prohibir dichas conductas, salvo cuando se acredite que tal actividad vulnera derechos de terceros. Una influencia determinante en la sentencia aparece ser la jurisprudencia alemana sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Según el Tribunal Constitucional alemán puede decirse que la libertad “indefinida” que es tutelada por el

³⁴ Cfr. MARIANO FUSERO, “Conceptos Básicos para un Cambio de Paradigma Posible”, Colegio Médico de Chile (COLMED) y Asociación de Pensamiento Penal (APP), 2014. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/39163-conceptos-basicos-cambio-paradigma-posible>.



derecho al libre desarrollo de la personalidad *complementa* las otras libertades más específicas, como la libertad de conciencia o la libertad de expresión, puesto que su función es salvaguardar la “esfera personal” que no se encuentra protegida por las libertades más tradicionales y concretas.³⁵ El Tribunal Constitucional alemán ha sostenido que el libre desarrollo de la personalidad da cobertura a actividades “recreativas” como viajar fuera del país, cazar o montar a caballo.³⁶

La Suprema Corte de México declaró la inconstitucionalidad de diversos preceptos de la Ley General de Salud (LGS) que prohíben actividades indispensables para el consumo personal con fines recreativos de marihuana, como la siembra, el cultivo, la cosecha, la preparación, el acondicionamiento, posesión y transporte.

En la sentencia, la SCJN señaló que:

(i) El consumo, y todas sus actividades correlativas, son conductas que corresponden al estricto ámbito personal y que constituyen parte del ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, que protege la autonomía personal de los individuos. Así lo señaló la Corte:

“Ahora bien, el derecho al libre desarrollo de la personalidad brinda protección a un “área residual de libertad” que no se encuentra cubierta por las otras libertades públicas.³⁷

Como explicó el Tribunal Constitucional alemán en el caso *Elfes*³⁸, estos derechos fundamentales protegen la libertad de actuación humana de ciertos “espacios vitales” que de acuerdo con la experiencia histórica son más susceptibles de ser afectados por el poder público, sin embargo, cuando un determinado “espacio vital” es intervenido a través de un estatal y no se encuentra expresamente protegido por un derecho de libertad específico, las personas pueden invocar la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad. De esta manera, este derecho puede entrar en juego siempre que una acción no se encuentre tutelada por un derecho de libertad específico.

En este sentido, la doctrina especializada ha señalado que el derecho al libre desarrollo de la personalidad comporta “un rechazo radical de la siempre presente tentación del *paternalismo del Estado*, que cree saber mejor que las personas lo que conviene a éstas y lo que deben hacer con sus vidas”, de tal manera puede decirse que este derecho supone “la proclamación constitucional de que, siempre que se respeten los derechos de los demás, *cada ser humano es el mejor juez de sus propios intereses*”.³⁹

“..esta Primera Sala entiende que efectivamente el derecho fundamental en cuestión permite *prima facie* que las personas mayores de edad decidan sin interferencia alguna

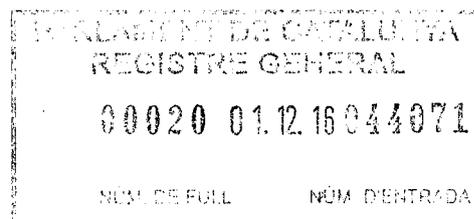
³⁵ El caso. *Eppler* BVerfGE 54, 148, sentencia de 3 de junio de 1980.

³⁶ Kommers, Dolad P y Miller Sussel A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* 3 ed., Durham, Duke University Press, 2012 p.402

³⁷ Alexy, Robert *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pullido, Madri CEPC, 2007 pp 197-201

³⁸ BVerfGE 6,32, sentencia de 16 de enero de 1957

³⁹ Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2 ed. Cizur Menor, Thomson Civitas, 2005, p.70.



qué tipo de actividades recreativas o lúdicas desean realizar, al tiempo que también permite llevar a cabo todas las acciones o actividades necesarias para poder materializar ese elección.

De esta manera, la elección de alguna actividad recreativa o lúdica es una decisión que pertenece indudablemente a la esfera de autonomía personal que debe estar protegida por la Constitución. Esa elección puede incluir, como ocurre en el presente caso, la ingesta o el consumo de sustancias que produzcan experiencias que en algún sentido “afecten” a los pensamientos, las emociones y/o las sensaciones de la persona. En esta línea, se ha señalado que la decisión de fumar marihuana puede tener distintas finalidades, entre las que se incluyen “el alivio de la tensión, la intensificación de las percepciones o el deseo de nuevas experiencias personales y espirituales.”⁴⁰ Así, al tratarse de “experiencias mentales”, éstas se encuentran entre las más personales e íntimas que alguien pueda experimentar, de tal manera que la decisión de un individuo mayor de edad de “afectar” su personalidad de esta manera con fines recreativos o lúdicos se encuentra tutelada *prima facie* por el derecho al libre desarrollo de ésta.”

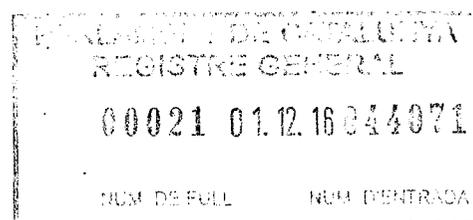
“En claro contraste con las escasas afectaciones en la salud y el orden público que protege el “sistema de prohibiciones administrativas” sobre el consumo de marihuana regulado en la Ley General de Salud, se ubica la intensa afectación al derecho al libre desarrollo de la personalidad que supone dicha medida legislativa. Como se señaló al analizar los alcances de los artículos impugnados, éstos imponen un obstáculo jurídico que impide a los quejosos consumir marihuana y llevar a cabo lícitamente todas las acciones o actividades correlativas al autoconsumo (siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento, posesión, transporte, etc.).

(...) la medida analizada constituye una intervención en el libre desarrollo de la personalidad porque conlleva una interferencia en la autonomía personal protegida por este derecho. Como se explicó anteriormente, **la forma en la que un individuo desea recrearse pertenece a su esfera más íntima y privada, ya que sólo él puede decidir de qué manera quiere vivir su vida. En este orden de ideas, la medida analizada supone una afectación muy importante al derecho al libre desarrollo de la personalidad, toda vez que impide a los quejosos decidir qué actividades recreativas o lúdicas desean realizar”.**³

(ii) Los fines que pueden fundamentar la intervención legislativa al ejercicio de los derechos fundamentales tienen que ser legítimos. La prohibición del consumo de marihuana por la mera autodegradación moral que implica no persigue un propósito legítimo. La Constitución no impone un ideal de excelencia humana, permite que cada individuo elija su propio plan de vida y adopte el modelo de virtud personal que considere válido, en tanto no afecte los demás.

(iii) Para que sean constitucionales la intervenciones que se realizan al amparo de un límite al libre desarrollo de la personalidad, , éstas deben cumplir con ciertas características: la medida legislativa debe ser *idóneo* para alcanzar fines legítimos perseguidos por el legislador, y no debe limitar de manera innecesaria y

⁴⁰ La Corte cito al voto del juez Levinson en la sentencia de la Corte Supreme de Hawaii en el caso *Hawaii State v Kantner*, 53 H.327, 493 P.2d 306 (1972)



desproporcionada este derecho fundamental.

(iv) La medida establecida por el legislador para prohibir dichas actividades, no resulta idónea, sino que es **innecesaria y desproporcionada** para el fin que dice proteger [salud pública y orden pública], por lo cual consideró que “el “sistema de prohibiciones administrativas”, conformado por los artículos de la Ley General de Salud impugnados por los quejosos, ocasionan **una afectación muy intensa al derecho al libre desarrollo de la personalidad en comparación el grado mínimo de protección a la salud y al orden público que se alcanza con dicha media.** A pesar de que esta Suprema Corte reconoce que el legislador puede limitar el ejercicio de actividades que supongan afectaciones a los derechos que protege nuestra Constitución, en el caso de la restricción al libre desarrollo de la personalidad que comporta la medida impugnada, esta Primera Sala no encuentra que tales afectaciones fueran de una gravedad tal que ameriten una prohibición absoluta a su consumo.⁴

(v) Pese a que la sentencia únicamente otorga efectos a los quejosos, la SCJN reconoció la existencia de distintos tipos de regulación como medidas alternativas a la prohibición absoluta del consumo, en particular, de marihuana. Así lo señaló la Corte:

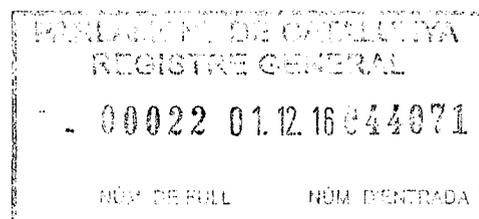
“...pueden desprender una serie de elementos que podrían constituir una medida alternativa a la prohibición absoluta del consumo lúdico y recreativo de marihuana, tal como está configurada por el “sistema de prohibiciones administrativas” impugnado por los quejosos: (i) limitaciones a los lugares de consumo; (ii) prohibición de conducir vehículos o manejar aparatos o sustancias peligrosas bajo los efectos de la sustancia; (iii) prohibiciones a la publicitación del producto; y (iv) restricciones a la edad de quienes la pueden consumir.

Como puede observarse, se trata de medidas que vistas en su conjunto *no prohíben* el consumo de forma *absoluta* y, en contraste, sólo *limitan* el uso de la sustancia en supuestos muy acotados. En este orden de ideas, es importante señalar que tanto la legalización del consumo de marihuana en otros países, como la permisión del consumo de tabaco y alcohol en México, han ido acompañadas de políticas *educativas* y de *salud*. En este sentido, se han implementado diversas campañas de información sobre los efectos adversos a la salud del consumo de dichas sustancias, así como programas sociales para atender los daños a la salud de las personas que han desarrollado una adicción.¹⁵⁹ Al respecto, puede decirse este tipo de políticas también formarían parte de una medida alternativa a la prohibición que ahora se analiza, la cual consistiría en términos generales en un régimen que *sólo limita el consumo* de marihuana en *determinadas circunstancias* y que paralelamente comprende la implementación de políticas públicas educativas y de salud.

ARGENTINA

En 2009, la Suprema Corte de Argentina emitió su decisión *Arriola*, declarando la legislación argentina⁴¹ que la posesión criminalizada de droga para consumo personal

⁴¹ Las leyes anti-drogas existentes argentinas de 1989 permiten penas privativas de libertad por el uso y posesión personal de entre 1 mes y 2 años o una sentencia equivalente en la educación o tratamiento. Ver Ley 23.737, Artículo 14, sub-sección 2.



era inconstitucional.⁴² La corte sostuvo: “Criminalizar a un individuo [por el uso de drogas] es incuestionablemente inhumano, someter a la persona a un proceso criminal que lo estigmatizara para el resto de su vida y los someterá, en algunos casos, a la prisión”.⁴³ La corte en *Arriola* dictaminó que el arresto de cinco personas por posesión de marihuana fue una violación inconstitucional de su derecho de privacidad y autonomía personal bajo el Artículo 19⁴⁴.

Entre otros considerandos del fallo puedo citar, resumidamente, los siguientes. La Corte ha dicho que:

- ✓ “No cabe penalizar conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros. Los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad”.
- ✓ “...resulta incomprensible que mediante sanciones penales que propenden, en definitiva, a la reafirmación del valor de determinados bienes jurídicos, se termine restringiendo precisamente dicho bien.

Más sistemáticamente, el presidente del cuerpo, Ricardo Lorenzetti, establece en su voto los siguientes criterios:

«A) El artículo 19 de la Constitución Nacional constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea. B) Este poderoso reconocimiento de la libertad personal implica una inversión de la carga argumentativa, de modo que toda restricción de ese ámbito debe ser justificada en la legalidad constitucional. C) No cabe penalizar conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros. Los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad. D) La conducta realizada en privado es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceros...».

COLOMBIA⁴⁵

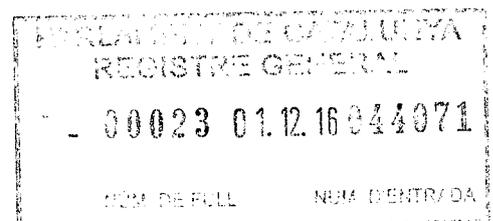
La posesión de drogas para uso personal se ha descriminalizado en Colombia desde que la Corte Constitucional de Colombia dictaminó en 1994 que las penalidades por posesión de una dosis personal violaba el Artículo 49 de la Constitución de 1991 (Fallo C-221). El Artículo 49 garantiza la libertad de la toma de decisión en relación con

⁴² Fernández A. *Argentina: ¿reforma en camino?* Series del Instituto Transnacional sobre Reforma Legislativa de las Políticas Anti Drogas No. 6 Washington, DC: Transnacional Instituto, 2010: p.1. (<http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/dlr6.pdf>, acceso el 14 de mayo de 2012).

⁴³ Fallos Cozac D. en las cortes de Argentina y Colombia descriminalizan la posesión de pequeñas cantidades de narcóticos. *VIIH/SIDA Política & Revisión Legal 2009*; 14(2).

⁴⁴ Artículo 19: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

⁴⁵ Rosmarin A. & Eastwood N. *A Quiet Revolution: Drug Decriminalisation Policies in Practice Across the Globe*, Release, 2012, página 20, <http://www.release.org.uk/publications/quiet-revolution-drug-decriminalisation-policies-practice-across-globe>



asuntos que afectan la propia salud mientras que no tengan impacto sobre los derechos de terceros.⁴⁶ A partir del fallo de la corte, la posesión de cantidades por debajo de ciertos límites máximos no se prohibió hasta 2009, cuando el gobierno del Presidente colombiano Álvaro Uribe tuvo éxito en aprobar una enmienda constitucional para restaurar el marco pre 1994. En 2011, la Suprema Corte de Colombia falló que la nueva ley “violaba el derecho de llevar la “dosis mínima” de drogas según se delinea en ese caso.”⁴⁷ En 2014 la Suprema Corte dictaminó que “la cantidad de drogas que puede tener un consumidor en este caso, es un poco más elevado que lo que se permite legalmente, no es castigable” con una sentencia de prisión. La Corte dijo que cuando se descubriera a una persona que llevará un poco más de la cantidad límite entonces debe determinarse si estaban traficando o en posesión de drogas para su propio uso. Si esto último, entonces no estarían sujetos a penalidades según se delinean en las anteriores decisiones de la Suprema Corte. La Corte también reconoció que los desarrollos internacionales alrededor de la reforma de las políticas anti-drogas declarando que tomo su decisión a la luz del hecho que “existe una tendencia global hacia la descriminalización de posesión y consumo de dosis personales de drogas.”⁴⁸

ALEMANIA

En 1994 la Corte Constitucional Federal Alemana dictaminó que la compra o importación de cannabis para uso personal no debe estar sujeto a una persecución criminal debido a la naturaleza “trivial” del crimen. Este caso exploró el hecho de que el daño que se causa por el crimen es menor y por lo tanto no es de interés público buscar persecución.⁴⁹ Esto ha resultado en los municipios locales (“Landers”) implementen lineamientos anti-persecución por ofensas de persecución (todas las drogas) y por cultivo menor de cannabis para uso personal.

ITALIA

Un enfoque similar se tomó por el tribunal más alto de Italia, la Corte de Casación, donde se sostuvo que el cultivo de cannabis sobre propiedad privada (incluso si visible) de pequeñas cantidades no es una actividad criminal. La Corte dictaminó que el acto “no causa ningún daño”.⁵⁰

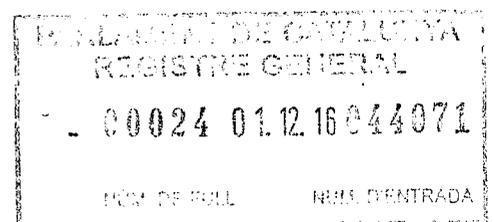
⁴⁶ Guzmán DE, Yepes, RU. *Prohibición, un Paso para Atrás: la dosis personal en Colombia*. Serie del Instituto Transnacional sobre la Reforma Legislativa sobre Políticas Anti-Drogas No. 4. Ámsterdam: Instituto Transnacional, 2010: p.3.

⁴⁷ Pachio E. Colombia toma pasos hacia la descriminalización. *Insight* 25 de agosto de 2011.

⁴⁸ Alsema A., *La Suprema Corte de Colombia aumenta la clemencia hacia las dosis de uso personal*, Reportes de Colombia, 7 de octubre de 2014, (<http://colombiareports.co/colombia-supreme-court-stretched-boundaries-personal-drug-doses/> acceso 24 de febrero 2015)

⁴⁹ Max Planck Instituto para Derecho Extranjero y Penal. *Cannabis Políticas Anti Persecución en Alemania*. Freiburg: Max Planck Instituto for Foreign Criminal Law, 2011)

⁵⁰ http://www.upi.com/Top_News/World-News/2011/06/29/In-Italy-no-need-to-hide-the-pot-plants/UPI-74621309392885/



Observaciones Políticas

“Reconocer el consumo de sustancias como el ejercicio de un derecho individual, permitiendo a los cultivadores generar una sustancia de calidad bajo el propio control, coadyuvaría a disminuir los riesgos sobre su salud. El Estado debería garantizar, sin intromisiones en la libertad y autodeterminación de los consumidores, que los usuarios puedan acceder a una sustancia que resulte lo menos perjudicial para su salud y sin la necesidad de financiar al narcotráfico como única forma posible de abastecimiento personal.”⁵¹

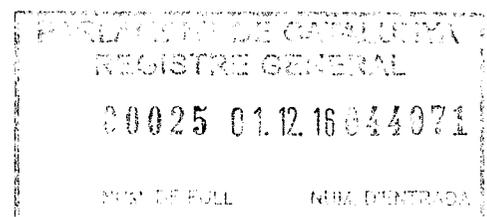
La proliferación de los clubs sociales de cannabis que ha tenido lugar en España en 2007 no ha atraído críticas de las principales entidades de control de drogas de las Naciones Unidas, el Consejo de Control de Narcóticos Internacional o la Oficina de las Naciones Unidas sobre Drogas y Crimen (UNODC *por sus siglas inglés*). El modelo de clubs sociales de cannabis desarrollado por la sociedad civil en Catalunya aparece para cuadrar con las obligaciones internacionales bajo los convenios sobre estupefacientes y sustancias sicotrópicas de una manera compatible con los derechos humanos, razones por las cuales ha ido ganando popularidad entre legisladores por el resto del mundo.

En Uruguay, la nueva ley de regulación del cannabis, aprobada en diciembre de 2013, permite el funcionamiento de clubs de entre 15 y 45 socios. Con el convencimiento de que se ajusta a las convenciones de control de drogas de la ONU, el modelo ha ido ganando popularidad entre los legisladores en México y varios países europeos, como Portugal y Alemania. Y tras haber cobrado legitimidad en varios países, el modelo es ahora un tema recurrente en el debate internacional sobre la reforma de las políticas de drogas.⁵²

“El modelo funciona en España desde 1991, ha sido ampliamente analizado y reconocido por funcionar correctamente y ofrecer grandes ventajas para los usuarios. En el caso mexicano el modelo es viable, especialmente dado, el reconocimiento por parte de la SCJN de que las actividades que ahí se realizan están protegidas por tratarse del ejercicio de un derecho. Investigadores mexicanos han hecho hincapié en las ventajas que el modelo ofrecería en México, entre ellas, “que le garantiza seguridad jurídica en ejercicio de sus derechos, lo aleja de las redes del comercio ilegal y del mundo del delito, al eliminar la necesidad de acudir a los traficantes ilegales; le garantiza estándares de calidad que no obtiene en el mercado negro y puede acercarse, a través de la propia asociación, a servicios informativos de reducción de riesgos y daños para el cuidado de su salud. Beneficia también al cultivador y/o productor de la planta, que encuentra en este espacio una actividad más de sustento como actividad agraria y económica. De este modo, el productor tiene contacto directo con el usuario y se elimina entre

⁵¹Asociación de Pensamiento Penal, Buenos Aires, AMICUS CURIAE APP caso HILBE, 2015 <http://www.pensamientopenal.org.ar/amicus-de-app-presentado-en-favor-de-un-cultivador-de-cannabis-para-consumo-personal-procesado-en-rosario/>

⁵² *Auge y caída de la prohibición del cannabis: La historia del cannabis en el sistema de control de drogas de la ONU y opciones de reforma*, TNI, 2014 página 49



ellos al intermediario, quien cumple en la actualidad con el papel ilegal del proceso”.⁵³

Iniciativa Mexicana con proyecto de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la ley general de salud, a cargo de la diputada Laura Beatriz Esquivel Valdés y el diputado Vidal Llerenas Morales, del grupo parlamentario de Morena.

La introducción de asociaciones de consumidores de cannabis bajo regulación pueden implementar un sistema estricto de control de edad –menores de 18 no tendrán acceso al mercado –y la disponibilidad del cannabis a través de un mercado legal socavaría al mercado negro. Esto removería el incentivo de los grupos de crimen organizado de continuar operando en el mercado de cannabis y limitaría la exposición de los jóvenes a las drogas. Existe también fuerte evidencia para soportar el argumento que la separación del mercado de cannabis de otras sustancias es positivo, en que no expone a los consumidores a otras sustancias ilícitas que estarían disponibles a través del comercio ilegal.

Existe una preocupación que cualquier reforma a las leyes de drogas lejos de un modelo de justicia criminal llevaría a un aumento en las tasas de consumo nacional. Esto es falso ya que la evidencia de alrededor del mundo indica que el enfoque de aplicación de la ley que se ha adoptado tiene limitado impacto sobre las tasas de prevalencia. Estos fueron los resultados del reporte Release sobre la descriminalización de los crímenes sobre posesión de drogas⁵⁴. El Centro Europeo sobre el Monitoreo de Drogas y Adicción a las Drogas (EMCDDA *por sus siglas en inglés*) también menciona en su reporte Anual 2011 que la rigidez, u otra forma, de las leyes de cannabis de los estados miembros no tenían correlación con la prevalencia⁵⁵. Finalmente, el reporte que la Oficina Central del Reino Unido publicó en Octubre de 2014 encontró:

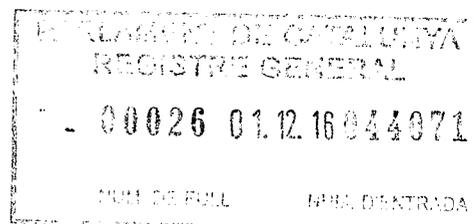
“Los diferentes países tienen diferentes medios para obtener datos, y la disponibilidad de datos varía, por lo que es difícil comparar los niveles de uso directamente, pero en nuestra investigación no observamos ninguna relación obvia entre la rigidez de las leyes en contra de la posesión de las drogas de un país, y los niveles de uso de droga en ese país.”⁵⁶

⁵³ Iniciativa Mexicana con proyecto de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la ley general de salud, a cargo de la diputada Laura Beatriz Esquivel Valdés y el diputado Vidal Llerenas Morales, del grupo parlamentario de Morena.

⁵⁴ Rosmarin A. & Eastwood N. *A Quiet Revolution: Drug Decriminalisation Policies in Practice Across the Globe*, Release, 2012, <http://www.release.org.uk/publications/quiet-revolution-drug-decriminalisation-policies-practice-across-globe>

⁵⁵ EMCDDA, 2011 Reporte anual sobre el estado del problema de drogas en Europa, 2011, <http://www.emcdda.europa.eu/online/annual-report/2011/boxes/p45>

⁵⁶ Oficina Central, “Drogas: Comparadores Internacionales”, 2014 https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/368489/Dru gsInternationalComparators.pdf



El hecho que el enfoque de la aplicación de la ley tiene poco impacto sobre la prevalencia se evidencia en las tasas de uso de droga en los diferentes países Europeos con muy diferentes respuestas legales sobre la posesión de drogas. Los reportes EMCCDA que el uso de cannabis durante el último año entre los jóvenes (edad 15-24) el país que reporto las tasas más altas de consumo fueron Dinamarca con 23.9% de la población dentro de ese rango de edad. Dinamarca hizo más estrictas sus leyes en relación con el cannabis en 2004 cambiando de lo que se percibió como “políticas pasivas de las ventas minoristas callejeras” a un “enfoque cero tolerancia” que hizo que las drogas se “re-criminalizaran”.⁵⁷

Impacto de la “re-criminalización” del cannabis en el mercado de Copenhague

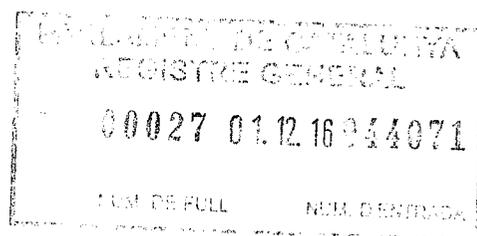
“La nueva ley, tiene la intención de oponerse a la “normalización” del cannabis con disuasivo legal más fuerte, seguido de una política ofensiva en mercado minorista de cannabis de Christiania, conocido como “vendedor de drogas ilícitas”, y aproximadamente los 100 “clubs hash” –clubs que venden cannabis o cafeterías estilo alemán proporcionando un espacio social también –en el resto de Copenhague.

Los resultados son sorprendentes: con la interrupción de un mercado de cannabis grande y estable en Copenhague, nuevos actores en el mercado negro utilizaron la violencia y obtuvieron una posición geográfica fuerte así como financiera, de acuerdo con un estudio. La comercialización callejera emergió en todo Copenhague y la violencia relacionada con el mercado de los grupos criminales que peleaban el control sobre los puntos de venta aumentaron; incluyendo luchas fatales. La política ofensiva policiaca interrumpió las jerarquías establecidas entre los grupos criminales y crearon una competencia renovada. En el periodo de cinco años después de la política ofensiva en 2004 hubo más homicidios e intentos de homicidio en Dinamarca que en cualquier periodo de cinco años en los últimos 20 años. En el área de Copenhague 19 enfrentamientos armados estuvieron vinculados con el mercado de cannabis, mientras que no se dieron dichos episodios antes de la política ofensiva. El mercado de cannabis de Copenhague se estima que tiene un valor de alrededor de €200 millones (1.5 mil millones de kroner daneses) por año, y actualmente se encuentra controlado en su mayor parte por grupos criminales.”⁵⁸

El Reino Unido responde a la posesión de cannabis con sanciones criminales y reporta un 13.5% de uso de drogas entre las edades de 16-24 en los últimos 12 meses. Francia también utiliza una respuesta de justicia criminal al cannabis, y los reportes de uso entre este grupo son de 20.75%. España, que adopto una respuesta no criminal a la posesión

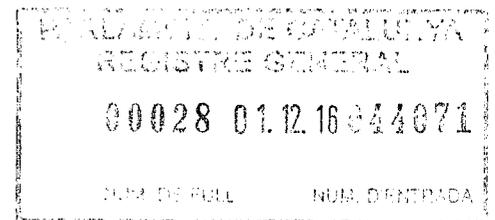
⁵⁷ Blickman T., ‘Reforma de la Política Cannabis en Europa’, 2015, Instituto Transnacional, pag 6, <http://www.druglawreform.info/images/stories/documents/dlr28.pdf>

⁵⁸ Ibid –Extracto tomado de la página 6



y opera el CSCs, reporta una tasa similar a Francia, 20.7%. Portugal, que descriminalizó la posesión de todas las drogas en 2001, reporta tasas de 5.8% y los Países Bajos, que ha operado un modelo de descriminalización de facto desde 1970s, e introdujo “coffee shops” (“cafeterías”) en 1980s, reporta un uso de 16.1%. Estos datos apoyan la posición que el sistema legal adoptado tiene poco impacto sobre la prevalencia pero la decisión de utilizar la ley criminal puede ser dañina para el individuo y para la sociedad de forma más amplia por los aspectos negativos del mercado criminal.

El análisis legal de otros países soporta la conclusión que los derechos a la privacidad y a la autonomía personal o libertad se ven indebida e injustificadamente restringidos al criminalizar la posesión del cannabis para propósitos de consumo personal. Que el establecimiento de un club social de cannabis en no menoscabaría la salud pública y de hecho puede proporcionar una base para eventos positivos en términos de controles de edad y controles de producto, y que al permitir un régimen de licencias el municipio local puede imponer condiciones para promover salud pública. Finalmente, el mercado criminal existente puede menoscabarse de manera importante a través de proporcionar una fuente legal de suministro de cannabis para adultos.⁵⁹



⁵⁹, N.Eastwood, Edward Fox and Ali Rosmarin 'A Quiet Revolution: Drug Decriminalisation Across the Globe,' (2016)
<http://www.release.org.uk/sites/default/files/pdf/publications/A%20Quiet%20Revolution%20-%20Decriminalisation%20Across%20the%20Globe.pdf>

**CUESTIONARIO PARA LAS AUDIENCIAS SUSTANCIADAS COMO
APORTACIONES POR ESCRITO CON RELACIÓN A LA PROPOSICIÓN DE LEY
DE LAS ASOCIACIONES DE PERSONAS CONSUMIDORAS DE CANNABIS
(TRAM. 202-000090/C10)**

Sobre la visión global de la Proposición de ley

Valore el texto en términos generales y, especialmente, haga constar si cree que falta regular algún aspecto o debe eliminarse alguno de ellos.

Hay que valorar positivamente una ley que incide en medidas de protección como es la posibilidad de autogestionar los cultivos en vez de depender del mercado clandestino, la obligación de realizar analíticas de la sustancia distribuida, la información sobre la composición de la sustancia (debería indicarse el grado de THC y CBD), estableciendo un modelo sensato que permite un elevado grado de gestión, y que sobretodo permite proteger un modelo que ha venido demostrando su valía durante más de 15 años, resultando un ejemplo en políticas de drogas.

¿Qué medidas considera que habría que prever en la futura ley para no convertir Cataluña en un «destino turístico cannábico»?

La ley ya prevé una carencia de 15 días entre el alta del socio y la posible dispensación que ya impide el favorecimiento de un turismo cannábico y pone de manifiesto el espíritu de la ley, que está primordialmente dirigida a la ciudadanía de Catalunya.

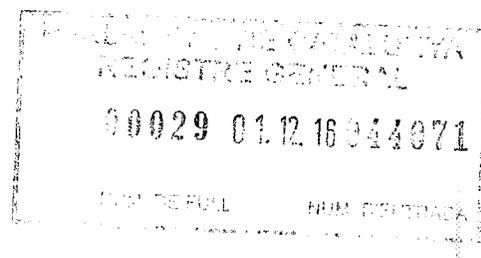
El think tank Transform sostiene: “Cuando los países han comenzado a reformar sus leyes de drogas, el impacto de las personas que viajan a estos países ha sido marginal, y el turismo de drogas, donde se produce, es probable que sea muy pequeña escala y altamente localizada. Los medicamentos están fácilmente disponibles en el mercado ilegal en todo el mundo occidental y no hay necesidad de viajar al extranjero para comprarlos.”⁶⁰

¿Cómo se puede regular el cultivo y el transporte del cannabis destinado a las asociaciones cannábicas para garantizar la seguridad jurídica de los implicados desde el inicio hasta el final de la actividad?

La ley parte de la base de un modelo de gestión específico asociativo. Es claramente deseable que se establezca un modelo de transparencia y se evite el modelo de la puerta de atrás (holandés) pues perpetúa la existencia de un mercado mayorista clandestino, limitando los beneficios de la regulación.

Debido a la falta de claridad jurídica, la policía está perdiendo tiempo y recursos para investigar y perseguir a las asociaciones de consumidores de cannabis. Las asociaciones de consumidores de cannabis necesitan sentirse capaces de denunciar los robos de sus cultivos o bien los cultivos corren el riesgo de caer en manos del crimen organizado. Se requieren directrices de la policía, así como permisos de registro para el cultivo y

⁶⁰ Transform 'Concerns about Legal Regulation'
<http://www.tdpf.org.uk/resources/concerns-about-legal-regulation>



transporte de cannabis. Esto ayudará tanto a la policía como a las asociaciones de consumidores de cannabis y restaurará la seguridad jurídica.

Queda a la vista que el presente modelo no supone en modo alguno una liberalización total del consumo sino una regulación razonable, un auténtico contrato social que impone a la entidad y al consumidor socio importantes restricciones en cuanto al modo de operar, a la cantidad del producto y su procedencia, y al compromiso que supone identificarse para llevar a cabo la actividad con total transparencia, y que por otro lado garantiza un control (artículo 12 y SS).

Sobre los miembros de las asociaciones

¿Qué requerimientos considera que deberían cumplir las personas que desean ser miembros de las asociaciones cannábicas?

Tener el aval de otro socio.

¿Cuál es la edad mínima que habría que establecer para autorizar la entrada a los clubes cannábicos?

18

¿Sería partidario de establecer una especie de permiso «provisional» o «condicionado» con tutela de un tercero en el caso de las personas de dieciocho a veintiún años?

Sí

¿Cree que debe haber determinantes de la salud que impliquen –o deberían implicar– la limitación de acceso a las asociaciones cannábicas?

No.

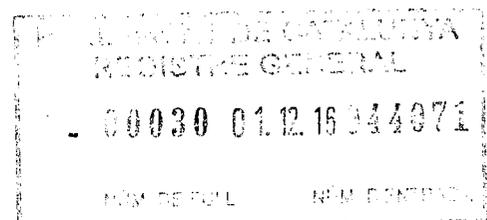
En el momento de regular el acceso al cannabis y a sus derivados a través de las asociaciones, ¿qué diferencias considera que hay que tener presentes entre los consumidores que lo son por motivos terapéuticos o medicinales y los que lo son con fines recreativos?

En mi opinión ninguno ya que esta ley se trata de una regulación modesta restringida al ámbito personal y no una regulación del cannabis medicinal.

Con relación a la prevención de riesgos y la reducción de daños

¿Cree que son suficientes los artículos sobre la protección de la salud incluidos en el título quinto de la Proposición de ley?

Por lo momento no hace falta mucho más, ya que se esta ley se trata de una regulación modesta restringido al ámbito personal y no una regulación de una comercialización de un producto. Lo importante es que los consumidores tienen el máximo conocimiento sobre el producto. Sugeriría incluir un requisito de que los consumidores estén informados del contenido de THC y CBD del cannabis y tanta información como sea posible acerca de las otras características del producto. También sugeriría que se pida a la asociación que consulte a los miembros sobre la elección del producto cultivado.



Sobre las asociaciones cannábicas

¿Considera adecuado limitar el número de socios de cada asociación? En caso afirmativo, ¿en base a qué criterios? ¿Debería estar vinculado a la población de la zona? ¿Podría hacerse esta limitación sin contradecir la propia libertad de asociación?

Solo veo dos razones por limitar el número de socios de cada asociación

- (i) mantener la distribución amparado por el derecho de intimidad
- (ii) Como medida para controlar los cultivos ya que la dimensión del cultivo debería ser proporcional al consumo de los socios.

Los criterios deberían ser deducidos de estas razones, y las limitaciones deberían constituir la solución menos gravosa para alcanzar el objetivo perseguido,

El requisito de que los miembros tengan el aval de otro socio satisface (i).

¿Las limitaciones deberían afectar también otros aspectos como la cantidad máxima de producción o la dimensión de los cultivos?

Sí. La dimensión del cultivo debería ser proporcional al consumo de los socios.

¿Qué aspectos de la actividad de las asociaciones cannábicas afectan al conjunto de la sociedad o a terceros? En este último caso, ¿considera necesario que el texto tenga en cuenta de forma específica algunas medidas para proteger otros derechos reconocidos en otras leyes? Por ejemplo, aspectos de salud, de protección de menores, etc.

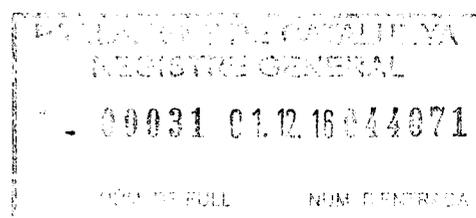
No veo ningún efecto significativo.

Valoración sobre el contexto o la visión internacional de la regulación de las asociaciones. Experiencias comparadas

El margen de interpretación que poseen los estados de los convenios internacionales hace que cada vez se apliquen más políticas con relación al cannabis que en la práctica no implican persecución penal. Desde el punto de vista del derecho internacional, ¿qué argumento considera que serviría para defender esta nueva ley?

Los partes del Convenio no están obligados a establecer que la posesión, ni el cultivo para uso personal sea un delito penal, siempre y cuando los principios constitucionales o conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico no lo permitan. Dentro de la comunidad internacional existe un creciente apoyo a interpretaciones más flexibles de las convenciones internacionales de fiscalización de drogas alineadas con los principios de derechos humanos y reducción de daños para facilitar la regulación del consumo, cultivo y abastecimiento de cannabis. El modelo de clubs sociales de cannabis desarrollado por la sociedad civil en Catalunya aparece para cuadrar con las obligaciones internacionales bajo los convenios sobre estupefacientes y sustancias sicotrópicas de una manera compatible con los derechos humanos, razones por las cuales ha ido ganando popularidad entre legisladores por el resto del mundo.

A nivel de comparativa internacional esta proposición de ley propone un sistema



notablemente intervencionista y regulado que ofrece suficientes garantías para un control y seguimiento de la actividad y para garantizar los derechos de la ciudadanía. Se observa que las licencias de distribución o cultivo de cannabis han sido competencia municipal en los territorios donde han regulado el cannabis en los Estados Unidos. Los municipios han supervisado el cumplimiento de las condiciones urbanísticas, de incendios y medioambientales en cultivos y establecimientos comerciales en Colorado por ejemplo. Resulta además que en el marco de Catalunya los ayuntamientos ya han venido regulando la actividad de los Clubes Sociales en su territorio.

