
29.
Principio de proporcionalidad, derechos fundamentales
y atipicidad de los CSC
Proportionality principle, fundamental rights and CSC
atypical nature

Héctor Brotons Albert

Abogado y Director del Estudio Jurídico Brotsanbert
mail: juridicopinoso@brotsanbert.com

Resumen

En el presente artículo analizaremos el tipo penal del artículo 368 del Código Penal frente a los derechos fundamentales que se ven afectados con su aplicación, al hilo de la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo 484/2015 de 7 de septiembre y las siguientes. Lo que realizamos a través del juicio de proporcionalidad, a fin de saber si la aplicación de la norma en el problema de salud pública, con respecto al cannabis y en concreto a su gestión por medio de los clubs sociales de cannabis, es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto y si está legitimada para limitar los derechos fundamentales. Para finalizar, expondremos los parámetros dentro de los cuales, por constituirse el CSC en una medida alternativa a la prohibición, con menos perjuicios que ésta, con una filosofía de reducción de riesgos y ayuda a usuarios terapéuticos, se ha de descartar la tipicidad penal, por falta de lesión evidente del bien jurídico protegido salud pública.

Palabras clave: Clubs sociales de cannabis, salud pública, derechos fundamentales, principio de proporcionalidad, reducción de riesgos y atipicidad penal.

Abstract

In this article, we will analyze the criminal type of article 368 of the Criminal Code in relation to the fundamental rights that are affected by its application, following the Supreme Court's Judgment 484/2015 of September 7 and the following. This will be done by means of the proportionality trial, in order to know if the application of the rule in the public health problem, with respect to cannabis and in particular its management through the social cannabis clubs, is, strictly speaking, appropriate, necessary and proportionate and if it is legitimized to limit the fundamental rights. Finally, we will outline the parameters within which, as well as establishing the CSC in an alternative measure to the prohibition, with less damages than this one, with a philosophy of risk reduction and help to therapeutic users, the criminal character must be dismissed, for lack of obvious injury of the protected legal public health good.

Keywords: Cannabis social clubs, public health, fundamental rights, principle of proportionality, harm reduction, criminal atypical.

Introducción

De forma antecedente, recordaremos brevemente el contenido de la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo 484/2015 (STS). Ésta, condena a los tres miembros de la junta directiva de un CSC, partiendo de la base que estas asociaciones exceden los límites de la atipicidad marcados por la doctrina de esta misma sala sobre el consumo compartido. En este sentido, entiende que concurre la alteridad entre la junta directiva y los socios, considerando a estos últimos como terceros y presumiendo asimismo el riesgo de difusión a terceros no socios. Entiende que el cultivo y distribución organizada, institucionalizada y con vocación de persistencia en el tiempo, de cannabis, entre un colectivo integrado de 290 miembros y abierto a nuevas incorporaciones, colma las exigencias típicas del artículo 368 del Código Penal (C.P). Esta STS inicia una línea jurisprudencial seguida por posteriores destacando la STS 834/2015 de 9 de diciembre.

Antes de pasar a analizar el principio de proporcionalidad, habría que apuntalar que la filosofía y el fin de esta norma es la protección del *bien jurídico protegido salud pública*. El contenido de dicho concepto ha ido evolucionando tanto en la jurisprudencia como en la doctrina. No son estas líneas para hacer un análisis profuso del contenido del bien jurídico protegido salud pública, el cual entendemos está contaminado de cuestiones alejadas de las distintas ciencias que le atañen, lo que obligaría a una reforma radical de todo el sistema político criminal sobre drogas, que diera sentido y coherencia al mismo. Pero sí para señalar la finalidad de la norma como elemento interpretativo de la misma, que junto con otros requisitos¹ y en confrontación con otros intereses legítimos y derechos fundamentales, han de delimitar el contorno del artículo 368 C.P dentro del actual marco constitucional.

Pues bien, para seguir avanzando más allá de perdernos en un concepto jurídico-filosófico, podríamos definir el bien jurídico protegido salud pública según la jurisprudencia como: «un bien que no coincide con la salud individual... sino que se refiere a una valoración sobre la salud del conjunto de los miembros de la sociedad».² Estan-

1. STC 55/1996, F.D. 7.º

2. STS de 11 de septiembre de 2005.

do su límites legitimadores y configuradores en la Constitución (CE). Así, los mismos vienen limitados por la concepción propia del Estado como social y democrático de Derecho. Para empezar, el mismo se configura en algunos de sus aspectos esenciales más allá de criterios científicos, deseables en un Estado como el indicado, castigándose la comercialización y criminalizando el uso del cannabis frente a otras sustancias, que por muchos son consideradas como más peligrosas como son el alcohol o el tabaco. El bien jurídico protegido en cuestión está contenido en el art. 43 y 51.1 CE, pero su configuración se realiza a partir de las medidas que le otorgan protección.

Principio de proporcionalidad

Este principio valora si la norma es idónea, necesaria, y proporcional para proteger el fin que se ha propuesto. Factores que no se plantea la Sentencia del Tribunal Supremo, al menos de forma expresa. Sin perjuicio de la inconstitucionalidad del art. 368 CP, por ser un tipo intolerablemente indeterminado, sí que existen unos contornos mínimos que la interpretación no puede superar desde la perspectiva constitucional y en concreto desde el principio de proporcionalidad. Al respecto, el TS no entra en su obligación de afrontar desde el punto de vista constitucional una cuestión social que desborda tal vez la doctrina del consumo compartido, pero no desborda el tipo, como han considerado tantas Audiencias Provinciales y Juzgados de lo Penal.

En cuanto a la *idoneidad de la medida* (tipicidad de las conductas de los cargos gestores de la asociación) empezaremos por definir este concepto como: «la aptitud o adecuación de la medida objeto de control para conseguir la finalidad perseguida» (González, 2015, pp. 101 y ss). Se trata de determinar si el medio empleado es útil para alcanzar la finalidad perseguida. El propio Tribunal Constitucional (en adelante TC) ha reconocido en algunas sentencias que la idoneidad de una medida no significa que esta deba ser el instrumento más óptimo para la consecución de la finalidad perseguida, sino que basta con que contribuya a acercar esa finalidad.³

3. STC 60/2010.

Se podría pensar que si queremos reducir al mínimo el consumo de cannabis, esta medida es idónea *a priori*. Sin embargo, la actual política criminal, no ha conseguido reducir el número de consumidores de cannabis. Por el contrario, podemos citar un Estudio de la Open Society Foundations (OSF) realizado en Cataluña (Pares y Bouso, 2015) que dice: «las cifras de prevalencia de consumo de cannabis han ido progresivamente descendiendo tanto para consumidores experimentales (alguna vez en la vida), ocasionales (alguna vez en el último año) y habituales (alguna vez en el último mes)».

El riesgo que supone el consumo de cannabis es la primera cuestión que se debería analizar. Pasamos a aportar datos y reflexiones sobre algunos de los aspectos dañinos que se le atribuyen al cannabis.

Afecciones a la salud

La existencia de alteraciones crónicas como consecuencia del consumo de cannabis es muy controvertida en la literatura especializada. Los estudios indican que las implicaciones permanentes son poco probables o mínimas, que su persistencia es incierta e incluso que pueden tener origen en una pluralidad de factores distintos al consumo (Hall *et al.*, 2014, p. 43).

Los estudios coinciden en que es incierta la relación entre el cannabis y las alteraciones psicóticas o mentales en los consumidores (Zammit *et al.*, 2008). Diversos estudios explican que existe mayor probabilidad de sufrir esquizofrenia y depresión en la edad adulta, cuando el consumo excesivo de cannabis inicia a edades tempranas (Andréasson *et al.*, 1987). Esto es lo que evitan los clubes de cannabis cuando limitan la entrada a menores de dieciocho años o incluso de veintiuno (Bouso y Parés, 2016).

A partir de estas evidencias, se concluye que, aunque el cannabis puede ocasionar daños a la salud, se trata de afecciones que pueden calificarse como no graves: siempre y cuando no se trate de consumidores menores de edad.

En cuanto al riesgo de adulteración (no frecuente) o el uso de pesticidas, determinados abonos, la presencia de plagas o el hachís de contrabando sin controles de salubridad se puede controlar a través de un funcionamiento correcto de un CSC.

Desarrollo de dependencia

Existen estudios que afirman que solo el 9 por 100 de los usuarios de cannabis desarrollan dependencia por ella en algún punto de sus vidas (Caulkins *et al.*, 2012, p. 66). Y, es más probable que se desarrollen problemas de dependencia en ámbitos de marginalidad y desinformación. Así, los CSC han nacido para alejarse de las consecuencias del mercado negro, procurando una mayor información a las personas que han entrado en contacto con esta sustancia, dándole herramientas para que no sea un problema en su vida e incluso para ayudarles a alcanzar la abstinencia. En este sentido, los CSC acercan a las personas consumidoras a los programas de reducción de daños y a los tratamientos de salud de la red de ONG

Propensión a utilizar drogas más peligrosas

En términos generales, puede decirse que los estudios disponibles demuestran que el cannabis tiene un nivel de incidencia muy bajo en el consumo de otras drogas más peligrosas (Hall *et al.*, 2014, pp. 41-43). No obstante, esta postura ha sido contrastada con diversas explicaciones sociales y contextuales que entienden el fenómeno a partir de los condicionamientos socioeconómicos, culturales, y biológicos del propio consumidor (Hall *et al.*, 2014, p. 103). Al respecto, puede señalarse que la relación se ha explicado a partir del hecho de que normalmente los usuarios de marihuana tienen mayor oportunidad de conseguir drogas ilícitas en el mercado negro. Los CSC separan los mercados de las drogas, frenando así la accesibilidad a drogas con más riesgos para la salud (Bouso y Parés, 2016).

Inducción a la comisión de otros delitos

Diversos estudios han concluido que el consumo de cannabis no es un factor determinante en la comisión de otros crímenes (Pedersen *et al.*, 2010, pp. 109 y ss). Por otro lado, se señala que la comisión de delitos y el consumo de marihuana pueden tener origen en las mismas causas sociales. El fenómeno de los CSC, tiene como consecuencia que el

cannabis esté en lugares seguros y no sea causa de disputa entre bandas juveniles, mafias o clanes.

En el caso que nos atiene, podemos concluir que subsumir en el tipo del art. 368 C.P, las conductas de los miembros de un CSC, no es una medida óptima para proteger la salud pública, aunque esta pudiera considerarse idónea a priori. Como hemos visto, los datos apuntan incluso a una creación de mayores perjuicios que beneficios, abocando al mercado negro, o a conductas peligrosas desde el punto de vista jurídico, a los miembros del colectivo. En relación con esto, se han de tener en cuentas los perjuicios que ha causado la actual política criminal de drogas, con diferencias, tanto a nivel nacional como internacional: evasión de impuestos; la creación de poderes que merman la democracia; y la criminalidad en todas sus facetas, son otros de los daños colaterales a destacar. Para ahondar en estos daños, sobre todo en México, véase Manjón-Cabeza (2012).

Una vez analizados los riesgos del cannabis y la idoneidad de la interpretación del TS, debemos pasar a valorar la *necesidad de esta medida* (González, 2015). La necesidad de la medida es definida por el TC como: «ausencia de alternativas más moderadas (o menos gravosas) para la consecución, con igual eficacia, de la finalidad perseguida».

El Magistrado Conde-Pumpido Tourón, en su voto particular de la STS n.º 484/2015, critica que se haya considerado típica la conducta de los directivos de la asociación, sin aportar unos requisitos para que la actividad de estas asociaciones no entrara dentro del tipo del art. 368 CP; argumentando así, que la Sentencia no ha solucionado el problema, sino que ha creado más: «una respuesta insuficiente e insegura que no resuelve con claridad el problema, y por el contrario lo perpetúa». Pues bien, los CSC, pueden ser una medida alternativa, y en algunos casos situarse dentro de la ley, pues como hemos visto, hay posibilidad de proteger la salud individual y colectiva, así como el orden público, de una manera más eficaz y efectiva que la aplicación estricta de la norma.

Algunos ejemplos de medidas alternativas a la prohibición y que tienen como fundamento la reducción de riesgos y daños, pueden ser encontrados en Europa. Aunque hablemos de sustancias diferentes, los ejemplos son trasladables en cuanto que comparten un ámbito de prohibición que de forma contraproducente las acerca y en este marco, existen similitudes en su interacción con la sociedad.

El ejemplo más paradigmático fue el de Suiza, que legalizó la heroína para adictos hace más de una década. Desde entonces, nadie ha muerto por sobredosis de heroína legal. A todos los adictos a la heroína se les ingresa en una clínica y se les proporciona heroína farmacéutica bajo la supervisión de personal sanitario. Nadie ha vuelto a morir por sobredosis de heroína legal y los índices de delincuencia callejera han disminuido considerablemente y la epidemia de heroína ha llegado a su fin (Hari, 2015).

Precisamente, la creación en España a finales de los años noventa del modelo de CSC fue obra principalmente de una política de reducción de riesgos puesta en marcha por los usuarios de cannabis que querían consumir las sustancias de la manera más digna posible y menos perjudicial y que fueron asesorados y apoyados por agentes sociales en el ámbito de las drogodependencias (incluidas administraciones). En este marco se elaboró un Código de Buenas Prácticas por parte de la FAC en donde se incluía un programa de reducción del consumo y del riesgo de transmisión a terceros de la sustancia, entre otras muchas reglas.

Como señala el Voto de los Magistrados Giménez García, Conde-Pumpido Tourón y Ferrer García, incorporado a la STS 484/2015: «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».⁴

En cuanto a la reducción de riesgos y daños en los CSC se ha publicado recientemente un estudio en la Facultad de Medicina de la Universidad de Praga en donde tras la visita a distintos CSC de España y las correspondientes entrevistas con miembros usuarios, concluyen que estos clubes mantienen un consumo responsable, informado y de calidad; tanto lúdico como terapéutico (Belackova, 2016).

Concluimos que no se cumple el requisito de la necesidad de la medida, pues como hemos visto, existirían medidas que hubieran sido más efectivas para el cumplimiento de los fines que se pretenden.

Por último, y una vez analizadas la idoneidad y la necesidad de la medida, hay que valorar la *proporcionalidad en sentido estricto* en la aplicación de la norma. Según el TC, se acostumbra a exigir en este

4. Voto particular Sentencia 484/2015, p. 87.

ámbito, que la medida, o la interpretación de la misma, objeto de control sea: «proporcionada o equilibrada, por derivarse de la misma más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto».⁵ En la jurisprudencia constitucional también pueden encontrarse referencias a la «ponderación entre la finalidad perseguida, el medio aflictivo y el derecho afectado»,⁶ o «entre la gravedad del delito que se trata de impedir —y en general—, los efectos negativos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales».⁷

Lesión de derechos fundamentales de la medida

La medida adoptada entendemos afecta a los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad, a la información, y al derecho de asociación. Para enmarcar el presente análisis dentro de un marco Europeo de protección de derechos y garantías, integrado en nuestro ordenamiento a través del artículo 10.2 CE, teniendo en cuenta la libertad, no solo como derecho fundamental, sino como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento, conforme al artículo 1.1 del Título Preliminar de la CE (sin olvidar la justicia, la igualdad y el pluralismo político) siendo un objetivo a promover por parte de los poderes públicos en su artículo 9.2 CE, queremos hacer referencia al art. 8.2 CEDH, que protege el «Derecho al respeto de la vida privada y familiar» y que dice:

No podría haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud y la moral o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

La elección de consumir cannabis y la de organizarse para procurarse el consumo del mismo, es una decisión estrictamente personal, pues

5. STC 66/1995.
6. STC 69/1999.
7. STC 136/1999.

es el individuo quien padece los efectos del cannabis ya sean positivos o negativos, afrontando las consecuencias de su decisión sin que ello perturbe o afecte al resto de la sociedad *a priori*. Por tanto, a través de las medidas prohibicionistas en general y de las sentencias del Tribunal Supremo en particular, el Estado asume que el individuo no tiene capacidad racional para disponer de su cuerpo, mente y persona.

Evitar los riesgos de acudir al mercado negro, en donde el trato con las mafias para conseguir la sustancia que se quiere consumir, atentaría contra el derecho a la igualdad recogido en el art. 14 CE, al marginar al usuario de cannabis (en comparación con los usuarios de otras sustancias legales) y su derecho a su salud y a su seguridad, derivando al mismo a procurarse la sustancia de una forma mucho más perjudicial.

Las Sentencias del TS también lesionan el derecho a la salud, en su aspecto negativo, entendido como la facultad o potestad de disponer de la salud personal, inclusive para no gozar de buena salud. Asimismo también en su aspecto positivo en cuanto a las personas que pertenecen a un CSC, dado que estos, usuarios de cannabis, con el objetivo de alejarse de las consecuencias del mercado negro, para llevar a cabo sus más íntimos modos de concebir la existencia, aceptando que el consumo de cannabis tiene unos riesgos para la salud, lo que hacen es tratar de procurarse la misma de la manera más saludable posible: conectando así el derecho a la salud con el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en su Observación General n.º 14 explica que el derecho a la salud implica el derecho a controlar la salud y el cuerpo, por lo que prohíbe que los particulares sean objeto de injerencias y tratamientos de salud no consensuales. ¿Por qué si yo me he informado de los beneficios del cannabis para el tratamiento de una enfermedad, no puedo por mi propia voluntad usar dicha sustancia? En este sentido, la STS ha supuesto un grave perjuicio para los miles de socios terapéuticos que pertenecían a asociaciones en el Estado español.

Las Sentencias del TS vulnerarían el derecho a la información contemplado en el art. 20.1CE, al no permitir a los usuarios asociarse como medio para informarse acerca de los riesgos y beneficios de la sustancia que consumen y con la que, mediante la práctica de la

autonomía de la voluntad, consiguen desarrollarse plenamente de acuerdo a su derecho a la intimidad personal, reuniéndose con gente que comparte una misma afición, o hábito o dependencia y comparte intereses comunes: el consumo de cannabis (aunque sea de forma no notoria y pública, precisamente con respeto a la libre desarrollo de los demás).

El art. 15 CE, cuando habla de la integridad moral, está pensando en que el Estado no puede limitar el derecho a la moral del individuo, precisamente indicando qué es lo moralmente correcto e incorrecto, en la medida de lo posible por su puesto.

Las sentencias del TS vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los socios de CSC, que siendo previamente consumidores y con la intención de evitar los riesgos del mercado negro y normalizar sus acciones más íntimas y personales, deciden agruparse para formar una asociación de usuarios de cannabis de acuerdo con el art. 22 CE. (Derecho de Asociación). Estos dos derechos se conectan en cuanto al derecho a que libremente diversas personas se agrupen y puedan actuar como ente colectivo. En este sentido, la STS no valora ni tan siquiera la existencia de un funcionamiento como asociación, pues no analiza la conformación de los órganos de representación, si se funciona de forma democrática a través de ellos o si en su caso es una ficción, lo que en algún momento parece que da por supuesto, a nuestro modo de entender, despreciando el derecho de asociación. Y, sin hacer esta reflexión, de una forma muy confusa, trata a los propios socios como terceros, concluyendo que concurre la alteridad, presupuesto básico de la tipicidad, haciendo tabla rasa y sin realizar análisis concretos tan siquiera de las distintas asociaciones. Por otro lado, la configuración del concepto de alteridad también ha de hacerse también dentro de los parámetros constitucionales, lo que no se da en las sentencias del TS.

En relación con el derecho de asociación, hay que tener en cuenta que se podría argumentar que el autoconsumo, el consumo compartido, y el cultivo compartido, son impunes según la Jurisprudencia del TS, y que por tanto no existe una necesidad de optar por el consumo de cannabis a través de una asociación. Pero aparte de las sanciones administrativas por tenencia e incluso la imposición de penas privativas de libertad o en la mayoría de los casos las penas de banquillo dada la aplicación de un tipo excesivamente ambiguo. La realidad es

que a muchos usuarios les es muy difícil cultivarse la sustancia de forma individual o en grupos reducidos.⁸

Llegados a este punto, teniendo en cuenta como hemos dicho, la libertad como piedra angular de un Estado democrático y de Derecho pasamos a analizar *el derecho al libre desarrollo de la personalidad*, el cual interacciona con todos los derechos citados. En este sentido, hemos de tener en cuenta que sin perjuicio de la colisión de la medida en cuestión con otros derechos fundamentales de corte más clásico como son la libertad de expresión, de conciencia y de libertad religiosa, el derecho al libre desarrollo de la personalidad aglutina en su conjunto a estos y a la esfera privada del individuo. El Tribunal Constitucional Alemán en el caso Eppler, define este derecho de la siguiente manera:

Puede decirse que la libertad indefinida que es tutelada por el 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.

En cuanto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, vamos a traer a colación, debido al tratamiento de este derecho en relación con aspectos aquí relevantes, referencias de altos tribunales de otros estados. Así, la reciente sentencia de la Corte Suprema Mexicana (SCS México de 4 de noviembre de 2015, II), la cual considera inconstitucional la no concesión de licencia para cultivar cannabis a un grupo de personas, reflexiona sobre el derecho en cuestión, el cual según sus palabras 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 que 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».⁹ Sigue diciendo:

8. Voto particular de la STS 484/2015.

9. SCS México 4 de noviembre de 2015, p. 32.

El individuo, sea quien sea, tiene derecho a elegir en forma libre y autónoma, su proyecto de vida, la manera en que logrará las metas y objetivos que, para él, son relevantes..., es decir, es la persona humana quien decide el sentido de su propia existencia, de acuerdo a sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera.¹⁰

En palabras convergentes de la Corte Constitucional de Colombia:

El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que solo a la persona atañen, solo por ella deben ser decididos.¹¹

En palabras del Tribunal Constitucional Español:

Tal libre desarrollo se orienta a la plena efectividad de los derechos fundamentales,¹² vedando, entre otras actuaciones, las legislativas que limitan las potestades individuales con fundamento exclusivo en consideraciones de paternalismo moral. Es lo que sucede con la imposición de tratamientos terapéuticos.¹³ Incluso la disposición sobre la propia vida es manifestación del *agere licere*.¹⁴

El libre desarrollo de la personalidad según expresa la Corte Suprema Mexicana:

Permite prima facie que las personas mayores de edad decidan sin interferencia alguna 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 esa elección [...]. 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 los pensamientos, las emociones y/o las sensaciones de la persona. Es más, al tratarse de experiencias mentales, éstas se encuentran entre las más personales e íntimas que alguien pueda experimentar.¹⁵

10. SCS México 4 de noviembre de 2015, p. 33.

11. Sentencia No. C-221/94, 6.2.4 de la Corte Suprema de México.

12. STC 119/2001, FJ 5.

13. STC 120/1990, FJ 11.

14. STC 120/1990 FJ 7.

15. SCS México de 4 de noviembre de 2015, p. 41.

Para la Jurisprudencia del TEDH el concepto de vida privada (equiparable al de intimidad del art. 18.1 CE) no se limita a los aspectos o actividades que uno realiza fuera de la mirada del público. Significa el «libre desarrollo de la persona». Así, Estrasburgo ha considerado como parte de la vida privada: «los aspectos relativos a la identidad física y social de una persona.¹⁶ El derecho al desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con sus semejantes y el mundo exterior».¹⁷

También estamos de acuerdo en que *los derechos fundamentales no son absolutos*, que los mismos pueden ser limitados por otros derechos fundamentales o por valores elementales del Estado de Derecho (por otros derechos fundamentales o por los bienes colectivos). No obstante, debe aclararse que las intervenciones basadas en fines perfeccionistas (que por otro lado hemos visto que pueden ser contraproducentes), no encuentran protección constitucional, pues el Estado no puede exigir a las personas que se conduzcan de acuerdo a un determinado modelo de virtud.

A modo de conclusión. Atipicidad de los CSC

En definitiva, en las SSTs no se ha evaluado la sostenibilidad constitucional. No se ha atendido al espíritu y finalidad de la norma, pues tratando de solucionar un problema de salud pública, no afronta la cuestión desde un análisis de los problemas de salud individual y social, tan solo lo apunta a modo de tautología, sin reflexión a penas, señala que el uso de drogas es una práctica social peligrosa para la comunidad por el deterioro que causa en la población.¹⁸ Para dar una respuesta jurídica a un problema de salud pública se ha de hablar de ella y analizar la cuestión con los datos que aportan las distintas ciencias implicadas.

En la subsunción de los hechos en el tipo se vulneran el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la protección de la salud, a la libertad y a la igualdad con respecto a usuarios de tabaco o

16. Mikulic c. Croacia, núm. 53176/99, F 53, CEDH 2002-II; Odievre c. Francia, núm. 42326/98, F 29, CEDH 2003.

17. Friedl c. Austria, sentencia de 1995, enero, 31, Serie A núm. 305-B, opinión de la Comisión, p. 20, F 45.

18. STS 834/2015, F.D. 1, punto 6, en el mismo sentido que la STS 484/2015, F.D. 7.

de alcohol, no permitiendo asociarse para crear un espacio de abastecimiento de pequeñas cantidades, con necesidad de asesoramiento ante la falta de regulación, asesoramiento médico en el caso de enfermos, afectando incluso en este sentido al derecho a la información. Y, todo esto, sin que sea una medida idónea, necesaria, y proporcional. Por lo que entendemos que las sentencias en cuestión del TS, actualmente recurridas en amparo ante el Tribunal Constitucional, no contienen un razonamiento constitucionalmente suficiente que encaje la realidad enjuiciada en el art. 368 CP. El TS afirma que la actuación de los miembros de CSC no es comparable a cuando unos amigos se reúnen y aportan dinero para comprar sustancia estupefaciente, repartírsela entre ellos y consumirla inmediatamente. No es lo mismo, porque estamos ante realidades diferentes. El problema es intentar aplicar una doctrina creada para una realidad a otra distinta, casi treinta años después.

Llegados a este punto, entendemos que existe determinado funcionamiento de los CSC que quedarían de forma meridianamente clara fuera del ámbito del derecho penal. En este sentido, es fundamental en primer lugar el abordaje del concepto de alteridad. El cual entendemos, es tratado de forma no respetuosa a la luz del enfoque constitucional. En relación con este concepto, entendemos que el ánimo de lucro cobra importancia, igual que como elemento que influye en el riesgo de la difusión incontrolada, a pesar de que el TS parece que le quita importancia.

El TS tuvo la oportunidad de fijar unos requisitos para que las actuaciones de los miembros de estas asociaciones no entraran dentro del tipo del art. 368 C.P y así diferenciar a las asociaciones que no lesionan el bien jurídico protegido, estableciendo criterios entre los cuales se encuentren una responsabilidad en la evitación de la difusión indiscriminada de la sustancia y podrían establecerse en relación con un funcionamiento que tenga en cuenta la información y la reducción de riesgos y daños.

En cuanto a los criterios que se podrían tener en cuenta, podrían ser acordes con el ordenamiento actual, fundamentados y prácticos, los establecidos en el Dictamen realizado por José Luís Diez Ripollés y Juan Muñoz (2012). Tal vez se deba añadir de forma concreta la concertación con profesionales de la salud para el seguimiento del consumo orientado a la reducción de riesgos en el uso del cannabis o la formación de los encargados de la asociación y por otro lado, la

realización de una reflexión jurídico-social sobre el número de personas que pudieran componer estas asociaciones y la cantidad de sustancia de consumo máxima¹⁹ de cada socio, lo que sin duda aportara seguridad jurídica y control a este tipo de proyectos, dejando más claros los límites interpretativos a los Tribunales.

Referencias bibliográficas

- Belackova V. y otros (2016), Qualitative research in Spanish cannabis social clubs: The moment you enter the door, you are minimizing the risk, *International Journal of Drug Policy*.
- Bouso J.C. y O. Parés (2016), El panorama internacional de las Asociaciones y clubes sociales de cannabis (ACSC) y resultados de un estudio sobre una muestra de socios de ACSC, *Iceers*.
- Caulkins y otros (2012) *Marijuana Legalization*.
- Díez Ripollés, J. L. y J. Muñoz Sánchez (2012), Licitud de la auto-organización del consumo de drogas, *Jueces para la Democracia*.
- González M. (2015), *El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Pamplona.
- Hall y otros (2014), *The Adverse Health Effects of Chronic Cannabis, Drug Testing and Analysis*, Special Issue: Cannabinoids part. I: The Current Situation With Cannabinoids.
- Hall, Lynskey y otros, The Health and Psychological Effects of Cannabis Use, *National Drug and Alcohol Research Centre University of New South Wales*.
- Hari J. (2015), *Tras el Grito*, Paidós Ibérica, Madrid.
- Manjón-Cabeza A. (2012), *La Solución*, Debate Editorial, Barcelona.
- Muñoz J. y S. Soto (2001), El uso terapéutico del cannabis y la creación de establecimientos para su adquisición y consume, *Revista de Derecho penal y Criminología* 7.
- Pedersen y otros (2009), *Cannabis and Crime. Findings from a longitudinal study*.
- ZAMMIT y otros, Effects of Cannabis Use on Outcomes of Psychotic Disorders: Systematic Review, *The British Journal of Psychiatry*.

19. J. Muñoz y S. Soto, El uso terapéutico del cannabis y la creación de establecimientos para su adquisición y consumo, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 7, Madrid (2001), pp. 49-94, Estudio que analiza esta cuestión y da cifras para las cantidades de reparto diario, fijándolo en 2 gramos.