

# EL USO TERAPÉUTICO DEL CANNABIS Y LA CREACIÓN DE ESTABLECIMIENTOS PARA SU ADQUISICIÓN Y CONSUMO

JUAN MUÑOZ SÁNCHEZ

Profesor Titular Derecho Penal. Universidad de Málaga

SUSANA SOTO NAVARRO

Ayudante Derecho Penal. Universidad de Málaga

## I. Introducción

El interés científico sobre el uso terapéutico del cannabis ha estado presente a lo largo de la historia de la humanidad. En los últimos años se ha incrementado tal interés en nuestro ámbito cultural, como lo demuestran las diversas investigaciones que se están emprendiendo en países de nuestro entorno. Estas investigaciones han puesto de manifiesto la necesidad de autorizar tanto el uso del cannabis en ensayos clínicos como la prescripción médica de marihuana y en especial del THC (Delta 9-tetrahidrocannabinol), principal causante de las propiedades psicoactivas del cannabis, para el tratamiento paliativo de ciertas enfermedades.

Al mismo tiempo, se ha desarrollado un modelo de actuación en materia de drogas, la política de reducción de daños, que, sin cuestionar la actual política represiva de punición generalizada del tráfico de drogas y sin pronunciarse a favor de una despenalización controlada, asume el fracaso del prohibicionismo en su objetivo de reducir o eliminar el consumo y centra sus esfuerzos en contrarrestar los daños derivados del enfoque represivo, especialmente los daños a la salud de los consumidores<sup>1</sup>. Dentro de esta política cabe destacar los programas de deshabi-

---

<sup>1</sup> Sobre el marco conceptual de la reducción de daños, véanse DEL RÍO MEYER, «La reducción de riesgo: ideas directrices y perfil del profesional», en *Libro de Comu-*

tuación, como son la dispensación de metadona oral o la administración controlada de heroína<sup>2</sup>, y los proyectos que ofrecen una opción ambiental para reducir el daño asociado al consumo. En estos proyectos se trata de dar a los adictos o consumidores habituales la oportunidad de tener acceso a un lugar limpio y seguro para consumir la droga, disminuyendo los riesgos de adulteración de la sustancia y facilitando una mejor preparación del consumo. En este marco se inscriben actuaciones como la distribución de jeringuillas estériles a los heroínómanos o la creación de establecimientos donde adquirir y consumir la droga<sup>3</sup>.

Por otra parte, en los últimos años se ha configurado una línea jurisprudencial sobre el delito de tráfico de drogas que supone una importante restricción del tipo penal, buscando fórmulas interpretativas más próximas a una política criminal de normalización. Nos referimos a dos tesis desarrolladas por el Tribunal Supremo que declaran la atipicidad del «consumo compartido» y la de ciertos casos de donación a drogodependientes. Estas tesis jurisprudenciales, hoy mayoritarias, se han impuesto a la interpretación tradicional que no permitía ningún resquicio de impunidad en conductas favorecedoras

---

*nicaciones del IV Congreso Europeo sobre Rehabilitación y Políticas de Drogas*, Málaga, 1999, págs. 227-236; GONZÁLEZ ZORRILLA, «Políticas criminales en materia de drogas (Prohibicionismo versus reducción de daños)», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1999; PEARSON, «Drogas y justicia penal. Una perspectiva de la reducción de daños», en *La reducción de daños relacionados con las drogas*, IGIA, 1995.

<sup>2</sup> La administración de una sustancia estupefaciente, como es la metadona, con fines de deshabitación es permitida en nuestra legislación desde 1983. Las Órdenes de 20 de mayo de 1983, 31 de octubre de 1985 y la Resolución de 22 de noviembre de 1985 de la Dirección General de Salud Pública regulaban ya el uso de la metadona. En la actualidad, el régimen de su aplicación se halla contenido en el RD 75/1990, de 19 de enero. *Vid.* DE LA CUESTA ARZAMENDI, «El marco normativo de la droga en España», en *RGLJ*, n.º 3, 1988, págs. 381-382. En Suiza se autorizó por el Consejo Federal un programa piloto de prescripción de heroína en 1992 para quienes hubieran fracasado en terapias convencionales. *Vid.* MARSET, M., «Los programas de prescripción controlada de heroína: la integración del toxicómano en un proceso de cambio», en *Libro de Comunicaciones del IV Congreso Europeo sobre Rehabilitación y Políticas de Drogas*, *op. cit.*, págs. 317-329. En España, el Comisionado para la droga de la Junta de Andalucía presentó un proyecto de administración controlada de heroína a heroínómanos con un historial de fracaso en otros tratamientos. *Vid.* MUÑOZ SÁNCHEZ/LÓPEZ CABALLERO/LARRAÑAGA JUNQUERA, «La administración controlada de heroína a drogodependientes en el marco de un programa de deshabitación», en *Jueces para la Democracia*, n.º 30, 1997.

<sup>3</sup> Entre estos proyectos destacan los «coffee-shop» o cafeterías holandesas, donde se puede adquirir y consumir hachís y marihuana, las «galerías chutaderos» de Frankfurt o las «narcosalas» de la Comunidad de Madrid. *Vid.* G. ALLAN MARLATT, «Reducción del daño: Principios y estrategias básicas», Ponencia presentada en el *V Encuentro sobre Drogodependencias y su enfoque comunitario*, 1998; y Diario *El País* de 23 de marzo de 1999.

del consumo de drogas, de modo particular, en los supuestos de donación.

El presente trabajo tiene por objeto el análisis, al hilo de esa línea jurisprudencial, de la relevancia penal de dos iniciativas relativas al consumo de cannabis, que se enmarcan en una política de reducción de daños. La primera se refiere a la posibilidad legal del uso terapéutico del cannabis para paliar los síntomas de ciertas enfermedades, las condiciones en que este tratamiento podría llevarse a cabo y la tramitación legal correspondiente. La segunda plantea la viabilidad legal de la creación de establecimientos donde se pueda adquirir y consumir tal sustancia.

El tema no sólo presenta un interés dogmático, sino que además tiene una gran trascendencia político-criminal.

El análisis dogmático lo centraremos, en primer lugar, en considerar si tales comportamientos resultan abarcados por el tipo penal del art. 368 del Código penal, atendiendo a la naturaleza de ese tipo como delito de peligro.

En segundo lugar, abordaremos el estudio de las disposiciones administrativas que regulan esta materia para determinar las condiciones y la tramitación administrativa que requiere la puesta en marcha de tales iniciativas. Por último, se analizará la cuestión desde el prisma de la responsabilidad administrativa que pudieran generar dichas actuaciones.

Su trascendencia político-criminal deriva de la importancia que en la sociedad actual tiene el consumo de cannabis y sus derivados. Además, estas dos iniciativas se enmarcan en el debate sobre la política criminal de drogas, planteando la cuestión fundamental de si el problema social de la droga debe ser abordado desde la perspectiva de profundizar en la represión de todas las conductas relativas al consumo de drogas o, por el contrario, se ha de procurar un cambio de perspectiva que ponga más énfasis en actuaciones de tipo preventivo y asistencial, incidiendo sobre la demanda de droga en lugar de hacerlo sobre la oferta.

## **II. Discusión actual sobre el uso terapéutico del cannabis y sobre los establecimientos de adquisición y consumo de tal sustancia**

El cannabis ha sido utilizado con efectos curativos durante al menos 2600 años en Asia y Oriente Medio, y en la medicina occidental desde

hace aproximadamente 2000 años<sup>4</sup>, acentuándose el interés por sus propiedades terapéuticas en el siglo XVI debido al comercio con los países orientales. Sin embargo, el uso medicinal del cannabis decae en Europa y en América del Norte en este siglo debido, entre otros factores, al desarrollo de drogas más potentes para los casos en que venía utilizándose aquella sustancia.

En los años sesenta y setenta se produce un importante aumento del consumo recreativo de cannabis fumado en Estados Unidos y en Europa. Tal uso ha seguido incrementándose en los últimos años, especialmente entre la juventud, siendo hoy en día la droga ilegal más consumida.

En los años ochenta y noventa se ha renovado el interés por los potenciales efectos terapéuticos del cannabis y sus derivados. Un considerable número de pacientes con diversas dolencias están automediándose cannabis de forma ilegal y están convencidos de que les reporta una mejoría en su salud. Por ello, se están emprendiendo diversas investigaciones en esta dirección y, por ejemplo, el Instituto Nacional de Salud y la Asociación Médica de Estados Unidos han publicado varios informes<sup>5</sup>, así como también la Asociación Médica Británica<sup>6</sup>.

Por su repercusión en el análisis de la legislación vigente en materia de drogas y para una adecuada comprensión de los potenciales usos terapéuticos del cannabis, es importante distinguir las diversas sustancias y preparados derivados de la planta *Cannabis sativa*, también conocida como cáñamo. Para su consumo recreativo se aprovechan las hojas secas y las sumidades florales femeninas (marijuana), o la resina segregada por aquéllas (hachís). Los alcaloides 21-carbono, que únicamente han sido localizados en esta planta, se conocen como cannabinoídes. Hay más de 60 cannabinoídes distintos, siendo uno de ellos el D9-tetrahidrocannabinol (THC), que es el principal causante de las propiedades psicoactivas del cannabis y al que se ha otorgado un tratamiento legal diferenciado, como mostraremos más adelante.

Los experimentos clínicos que se han desarrollado en países de nuestro entorno avalan la eficacia terapéutica del THC para mitigar el dolor, como antiemético (antinaúseas) y como estimulante del apetito en enfermos de cáncer sometidos a quimioterapia y en pacientes de si-

---

<sup>4</sup> La primera referencia conocida del cannabis aparece en las tablas asirias en el siglo VII a.C. Aparece también citado en el Herbario de Dioscorides del año 60 a.C.

<sup>5</sup> *NIH Report on the medical uses of marijuana*, August 1997; *AMA Medical Marijuana*, December 1997.

<sup>6</sup> *Therapeutic uses of cannabis*, BMA/Harwood Academic Publishers, 1997.

da. Estas pruebas han conducido a reformas legales en dichos países a fin de permitir la prescripción médica del THC o de sus derivados sintéticos, como la nabilona en Gran Bretaña o el dronabinol en Estados Unidos.

Son múltiples los posibles empleos terapéuticos del THC que se perfilan: como broncodilatador en el asma, como anticonvulsivo en el Parkinson y la esclerosis múltiple, como vasodilatador en enfermos de glaucoma; pero aún no se dispone de un cuerpo de pruebas sólidas que respalde la extensión de su uso a estos casos. El creciente interés científico por estas nuevas aplicaciones choca con problemas de legalidad en todos aquellos países que han ratificado los Convenios internacionales sobre estupefacientes y sustancias psicotrópicas. No obstante, se detecta una voluntad política de los Estados favorable a potenciar la investigación de las propiedades terapéuticas del cannabis, que se ha traducido ya en diversas iniciativas, si bien enmarcándose la autorización generalmente en el desarrollo de ensayos clínicos.

Así, el Ministerio de Sanidad holandés concedió permiso en mayo de 1998 a una empresa farmacéutica para que desarrollara experimentos médicos con marihuana<sup>7</sup>. La compañía fabricará unas 180.000 pastillas de extracto de cannabis (bajo el nombre de Cannador) que serán utilizadas en el tratamiento de pacientes con sida, cáncer y multiesclerosis. La autorización incluye la importación desde EE.UU. de 10 kilos de marihuana necesaria para el proceso de fabricación, porque en Holanda el cultivo a gran escala de drogas blandas continúa penado. Otra iniciativa estatal reciente es la del Ministerio de Sanidad francés, que encargó un informe al profesor universitario y miembro de la Academia Francesa de Ciencias Bernard Roques, publicado en mayo de 1998, en el que se recomienda autorizar a los médicos para recetar derivados del cannabis<sup>8</sup>. La Cámara de los Lores de Gran Bretaña también elaboró un riguroso informe en mayo de 1998<sup>9</sup> en el que se recomienda permitir, con las necesarias reformas legales, el uso del cannabis en ensayos clínicos para el tratamiento de la esclerosis múltiple y del dolor crónico en enfermos terminales. Este informe favorable ha impulsado la autorización a dos hospitales para que realicen experimentos con grupos de pacientes que presentan aquellas patologías<sup>10</sup>. En el presente año, la

---

7 Diario *El País* de 31 de mayo de 1998.

8 GASPAR, F., «Informe Roques: el informe oficial francés», en *Cáñamo*, n.º 11, noviembre 1998, págs. 27 y ss.

9 Publicado en Internet, <http://www.parliament.uk/hophome.htm>, *Select Committee on Science and Technology, Ninth Report*.

10 RAMOS, R., «Pruebas en Gran Bretaña para determinar el valor medicinal de la marihuana», en *Cáñamo*, n.º 14, febrero 1999, pág. 12.

Oficina Gubernamental de Control de Drogas de Estados Unidos encargó un informe al Instituto de Medicina de la Academia Nacional de las Ciencias de ese país, publicado en marzo de 1999, en el que se aprueba el uso médico de la marijuana, especialmente en enfermos avanzados de sida y de cáncer<sup>11</sup>. Y finalmente, también en marzo de 1999, Canadá ha autorizado la realización de pruebas clínicas con marijuana con el fin de legalizar su uso para paliar el sufrimiento de los enfermos terminales<sup>12</sup>.

España no se ha sumado aún a este tipo de iniciativas, si bien hay que aclarar que el uso de ciertos cannabinoides está permitido legalmente, como se verá en apartados posteriores, aunque parece que son de escasa utilización en la práctica médica convencional. No obstante, se tiene constancia del desarrollo de investigaciones con cannabis, como la que está realizando un equipo de profesores de la Universidad Complutense en relación con el poder antitumoral del THC<sup>13</sup>.

Respecto a la segunda iniciativa, la creación de establecimientos donde poder adquirir y consumir cannabis, el modelo de referencia proviene de Holanda<sup>14</sup>, cuya política relativa al consumo de drogas blandas ha ido liberalizándose progresivamente desde finales de los sesenta. En este país se ha producido una legalización «de facto» del tráfico y consumo de drogas blandas, porque el Ministerio Fiscal no emprende persecución penal por la venta o consumo en establecimientos públicos. Así, los «coffee-shops» o cafeterías pueden, con su correspondiente licencia, expender productos derivados del cannabis. La venta «legal» de hachís y marijuana no ha multiplicado el número de consumidores, que se mantiene relativamente estable desde hace década y media. A finales de los años ochenta, una encuesta cifró los consumidores habituales en unos 300.000, menos del 2% de la población, mientras que España y otros países de la Unión Europea superan con creces dicho porcentaje<sup>15</sup>. Entre las razones de esa moderación en el consumo de cannabis destaca la pérdida de parte de su atractivo por poder adquirirse de forma legal. Se observa, por el contrario, un retraso en la

---

11 Diario *El País* de 18 de marzo de 1999.

12 Diario *El País* de 5 de marzo de 1999.

13 GUZMÁN, M., «Los cannabinoides, ¿posibles agentes antitumorales?», en *Cáñamo*, n.º 14, febrero 1999, págs. 24 y ss.

14 Vid. VERVAELE, «La actual política criminal en materia de tráfico y consumo de drogas en Holanda», en Díez RIPOLLÉS/LAURENZO COPELLO (coords.), *La actual política criminal sobre drogas. Una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993; ESCOHOTADO, A., *La cuestión del cáñamo. Una propuesta constructiva sobre hachís y marihuana*, Anagrama, Barcelona, 1997.

15 ESCOHOTADO, A., *La cuestión del cáñamo*, op. cit., pág. 21.

edad de incorporación al consumo, una estabilización del número de consumidores y un crecimiento considerable del número de demandas de tratamiento<sup>16</sup>.

Los ayuntamientos holandeses no perciben problemas de orden o salud pública derivados de su permisividad, porque la ebriedad canábica resulta mucho menos tóxica, incapacitante o adictiva que la ebriedad provocada por el alcohol, estimulantes, tranquilizantes o analgésicos. Esa fue la conclusión de dos estudios oficiales (el Informe Hulsman en 1971 y el Informe Baan en 1972), según los cuales los efectos del cannabis sobre el usuario dependen del medio en que se ofrece, vende y consume<sup>17</sup>.

En los Países Bajos hay actualmente unos 1.400 «coffee-shops», que pueden vender un máximo de 5 gramos por cliente<sup>18</sup>, pero no existe ninguna normativa que prevea el propio suministro a los propietarios de estos locales.

El origen de los «coffee-shops» se encuentra en los llamados «house dealers» (suministradores de centros sociales), que los grandes centros juveniles de reunión empezaron a consentir desde finales de los años sesenta, fundamentalmente para prevenir la adulteración del cannabis. La dirección de esos locales confía al «house dealer» la venta de hachís y marijuana, sin que haya persecución penal salvo que el distribuidor anuncie públicamente o practique de manera provocadora el tráfico. Esta práctica consentida evita en gran medida la venta callejera, asegura la calidad del producto y supone una contraoferta frente a las llamadas drogas duras.

Holanda dispone de la red asistencial, informativa y educativa más completa para los consumidores de drogas. Una de sus instituciones más útiles es la agencia llamada «Safer House», que analiza gratuitamente cualquier muestra de droga callejera, y facilita información precisa sobre los efectos primarios y secundarios. Su gestión se completa con pequeños laboratorios ambulantes, que suelen instalarse a la entrada de las discotecas, evitándose así muchas intoxicaciones con productos adulterados<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> GONZÁLEZ ZORRILLA, «Políticas criminales», cit., pág. 292.

<sup>17</sup> ESCOHOTADO, A., *La cuestión del cáñamo*, op. cit., pág. 22.

<sup>18</sup> FRAGA, G., «Amsterdam. La meca de la marihuana», en *Cáñamo*, n.º 19, julio 1999, págs. 36 y ss.

<sup>19</sup> ESCOHOTADO, A., *La cuestión del cáñamo*, op. cit., pág. 26.

### III. Estructura y naturaleza del delito de tráfico de drogas<sup>20</sup>

El Código Penal protege la salud pública castigando las conductas que, referidas a drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, tiendan a promover su consumo por parte de los ciudadanos.

La constatación de la nocividad que el consumo de tales sustancias provoca en la salud de las personas determina que el legislador, para lograr una más eficaz protección de dicho bien jurídico, recurra a la técnica de los llamados «delitos de peligro abstracto»; en virtud de ella se anticipa la barrera de la protección penal a la realización de la conducta tenida por peligrosa, no siendo necesario, por tanto, constatar un peligro efectivo del bien jurídico. El legislador describe sólo un determinado comportamiento que es observado generalmente como peligroso. El delito se consuma con la mera realización descrita en el tipo, sin que se exija la puesta en peligro concreto del bien jurídico, ni siquiera que la acción concreta sea peligrosa para la salud pública<sup>21</sup>.

Las conductas punibles, que el legislador considera que son peligrosas generalmente para la salud pública, vienen formuladas de modo muy amplio en el art. 368 del vigente Código Penal.

Según dicho artículo se castiga a «*los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico o, de otro modo, promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines*» discriminando el castigo en función de la nocividad que la sustancia tenga para la salud, esto es, según sean «drogas duras» o «blandas».

El núcleo de la configuración legal del delito de tráfico de drogas radica, pues, en la promoción del consumo de tales sustancias, de modo que cualquier conducta que tienda a acercar la droga a eventuales con-

---

<sup>20</sup> Este apartado sigue muy de cerca el análisis realizado sobre la estructura y naturaleza del delito de tráfico de drogas en MUÑOZ SÁNCHEZ/LÓPEZ CABALLERO/LARRAÑAGA JUNQUERA, «La administración controlada de heroína a drogodependientes en el marco de un programa deshabitador», *op. cit.*, págs. 57-62. Aquí se ha actualizado la bibliografía y jurisprudencia y se han destacado los aspectos jurisprudenciales de mayor interés para el objeto de estudio de este artículo.

<sup>21</sup> En relación al concepto de peligro Cfr. TORÍO LÓPEZ, «Los delitos de peligro hipotético», *ADPCP*, 1981, págs. 827-828; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte General II. Teoría jurídica del delito/ 1*, Tecnos, 6.<sup>a</sup> ed., 1998, págs. 111-116; BACIGALUPO, «Problemas dogmáticos del delito de tráfico de drogas (art. 334)», en *La problemática de la droga en España*, Edersa, 1986, págs. 96-102.



sumidores, entra de lleno en la tipicidad del art. 368 del Código penal, sin diferenciar entre actividades mercantiles o no<sup>22</sup>.

Se trata, en suma, de prohibir todo el ciclo económico que subyace en el tráfico de drogas, castigando las conductas de cultivo o elaboración de las drogas, e incluso las que preceden a éstas —caso del art. 371 CP sobre precursores—, culminando con la sanción de su puesta a disposición del consumidor<sup>23</sup>.

La naturaleza de delito de peligro acarrea dos importantes consecuencias, que suponen una mayor amplitud, si cabe, en la configuración legal del delito contemplado en el art. 368 del CP.

Son las siguientes:

- a) De un lado, el que como regla general no se suelen admitir las formas imperfectas de ejecución en dicho delito, pues la mera actividad preparatoria de un futuro tráfico ya está abarcada por el tenor literal del tipo penal, dando lugar a su consumación<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Así Díez Ripollés, *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, Tecnos, 1989, págs. 58-60; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, «El tratamiento penal del tráfico de drogas: las nuevas cuestiones», en *La problemática*, cit., pág. 119; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, Tirant lo blanch, 12.<sup>a</sup> ed., 1999, págs. 631-632; BOIX REIG, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo blanch, 13.<sup>a</sup> ed., 1999, págs. 688-689; VALLE MUÑOZ/MORALES GARCÍA, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, 2.<sup>a</sup> ed., 1999, pág. 1036; CARMONA SALGADO, *Curso de Derecho penal español. Parte Especial*, Marcial Pons, 1997, pág. 157; GONZÁLEZ ZORRILLA, «Políticas criminales», cit., pág. 264.

<sup>23</sup> La doctrina coincide en señalar que la configuración legal del delito de tráfico de drogas da lugar a un tipo abierto que infringe los principios de legalidad y seguridad jurídica, conduciendo a una desmesurada amplitud del ámbito de lo punible: DE LA CUESTA ARZAMENDI, «El marco», *op. cit.*, pág. 396; del mismo, «Política criminal en materia de drogas en España, tras el nuevo Código penal», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1998, pág. 95; PRIETO RODRÍGUEZ, *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español*, Bosch, 1986, págs. 185-186; VIVES ANTÓN, «Problemas constitucionales de la prevención y represión del tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes», en *Delitos contra la salud pública*, Valencia, 1977, págs. 545 y ss.; Díez Ripollés, *Los delitos*, cit., págs. 58-59; REY HUIDOBRO, «El delito de tráfico de estupefacientes. El Tribunal Supremo ante los actos de dudosa tipicidad», en *Actualidad Penal*, n.º 34, 1994, págs. 631 y 644; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, cit., pág. 632; VALLE MUÑOZ/MORALES GARCÍA, *Comentarios*, cit., pág. 1036; CARMONA SALGADO, *Derecho penal*, cit., pág. 157; MENDOZA BUERGO, *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, 1998, págs. 666-667.

<sup>24</sup> Aluden a ello, admitiendo con carácter excepcional las formas imperfectas: DE LA CUESTA ARZAMENDI, «El marco», cit., pág. 396; del mismo, «Política criminal», cit., págs. 96-97; PRIETO RODRÍGUEZ, *El delito*, cit., pág. 189; Díez Ripollés, *Los delitos*, cit., pág. 65; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, cit., pág. 634-635; VALLE MUÑOZ/MORALES GARCÍA, *Comentarios*, cit., págs. 1046-1047; CARMONA SALGADO, *Derecho penal*, cit., pág. 160; MENDOZA BUERGO, *Compendio*, cit., págs. 690-691; FEIJOO SÁNCHEZ, *Comentarios al Có-*

- b) En segundo lugar, el que generalmente no se conciba la participación en el delito, en el sentido de que cualquier contribución, por mínima que sea, a esa promoción del consumo ajeno constituye ya un caso de autoría<sup>25</sup>.

*digo Penal*, Civitas, 1997, pág. 1017; MAQUEDA ABREU, «Jurisprudencia penal e interpretación teleológica en materia de drogas», en *La Ley*, n.º 4624, 1998, pág. 1557. En la jurisprudencia la línea mayoritaria no admite la apreciación de la tentativa: así la STS de 26 de noviembre de 1994 A. 9144 sostiene que *ha sido (y es) pacífica y constante la doctrina de esta Sala indicativa de que la consumación de la infracción se anticipa a la concurrencia de los dos elementos integrantes de la misma, el objetivo de la posesión o tenencia de la droga y el subjetivo o intención de transmisión a un tercero, de manera que... el delito se entiende consumado sin que sea menester que se realice la entrega que, en todo caso, comportaría el agotamiento del delito*. En el mismo sentido la STS de 13 de marzo de 1995 A. 1837 señala que *el delito contra la salud pública por tráfico de drogas es de riesgo abstracto o de peligro general; y, por lo tanto, de consumación anticipada, bastando la mera tenencia con ese destino aunque no llegen a realizarse actos de tráfico, pues la comercialización y el lucro caen más allá de la consumación, que así es independiente del resultado*. Sin embargo, se aprecia una corriente que, al menos excepcionalmente, admite las formas imperfectas de ejecución. Las SSTS de 12 de febrero de 1997 A. 726 y la de 21 de junio de 1999 A. 5663 aprecian tentativa por falta de disponibilidad de la droga por parte del autor y las SSTS de 26 de marzo de 1997 A. 1954, de 4 de noviembre de 1997 A. 7906 y de 3 de marzo de 1999 A. 1942, por falta de la tenencia de la droga.

<sup>25</sup> Así se sostiene por la posición mayoritaria de la jurisprudencia, que trata como autoría todo favorecimiento del tráfico de drogas. Una clara expresión de esta doctrina jurisprudencial es la STS de 16 de junio de 1995 A. 4577, según la cual *la amplia redacción del art. 344 —hoy 368— del Código penal permite encuadrar en el tipo delictivo cualquier actividad de cultivo, elaboración, tráfico, tenencia o cualquiera otra de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, lo que a su vez determina un concepto extensivo de autoría, que excluye la aplicación, al menos en principio, de formas de participación...* En el mismo sentido, las SSTS de 27 de noviembre de 1996 A. 8890, de 10 de marzo de 1997 A. 1706, de 15 de octubre de 1998 A. 8078 y de 17 de abril de 1999 A. 3325. Aluden a ello críticamente, Díez RIPOLLÉS, *Los delitos*, cit., pág. 65; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, cit., pág. 635; CARMONA SALGADO, *Derecho penal* cit., pág. 165; MENDOZA BUERGO, *Compendio*, cit., pág. 691; FEJOO SÁNCHEZ, *Comentarios*, cit., pág. 1016; DE LA CUESTA ARZAMENDI, «La política», cit., pág. 96; MAQUEDA ABREU, «Jurisprudencia penal», cit., pág. 1556. También se advierte una línea jurisprudencial que aprecia la participación en los casos de colaboración mínima, lo que se ha denominado «conducta de favorecimiento al favorecedor del tráfico», respecto a aquellas contribuciones que no ayuden directamente al tráfico pero sí al favorecedor (SSTS de 10 de octubre de 1995 A. 1965, 15 de octubre de 1998 A. 1912, 15 de octubre de 1998 A. 8078, 27 de abril de 1999 A. 3325 y 27 de mayo de 1999 A. 5265). Así se ha aplicado en casos de mera indicación y acompañamiento hasta el lugar donde se encuentra la droga (SSTS de 9 de julio de 1987 A. 5301, 17 de febrero de 1998 A. 1177 y 4 de febrero de 1999 A. 837), de ocultación ocasional y de corta duración de una pequeña cantidad (STS de 30 de mayo de 1991 A. 3995), de aportación de un automóvil para llevar la droga a su lugar de depósito (STS de 4 de mayo de 1998 A. 4602) o de conducción del vehículo que trasladó la droga (STS de 14 de junio de 1995 A. 5345).

Esta amplia formulación legal del tipo tiene una importante excepción en nuestro Derecho, cual es la relativa a la atipicidad de la posesión de drogas sin una ulterior finalidad de tráfico o promoción de su consumo por terceros.

Por tanto, quien posee droga para su propio consumo, cualquiera que sea la naturaleza de la sustancia, está al margen del Derecho penal<sup>26</sup>.

### 1. *El delito de tráfico de drogas como delito de peligro abstracto*

Como se ha apuntado, la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Supremo han venido configurando la naturaleza del tipo delictivo del art. 368 del Código penal como un delito de peligro «abstracto».

Ahora bien, bajo tal caracterización es posible un distinto entendimiento del objeto de protección de estos delitos, en función de cómo se entienda la situación de peligro que se trata de evitar.

En efecto, bajo el concepto de peligro caben diferentes interpretaciones sobre cuándo se da la situación peligrosa y, especialmente, si basta con la mera realización de la conducta tenida por tal o si, por contra, es preciso la comprobación de su peligrosidad en el caso concreto.

Y es evidente que en función de una u otra caracterización de ese peligro se producirá, correlativamente, una ampliación o restricción de la tipicidad penal de los comportamientos prohibidos.

En los delitos de peligro abstracto, entendidos en sentido «puro», no se exige en el correspondiente tipo penal la realización de un peligro efectivo para el bien jurídico protegido. El legislador describe en estos delitos sólo un determinado comportamiento que es tenido general-

---

<sup>26</sup> Así lo ha venido entendiendo tradicionalmente la doctrina: CARBONELL MATEU, «Consideraciones técnico jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas», en *La problemática*, cit., pág. 345; GARCÍA-PABLOS, «Bases para una política criminal de la droga», en *La problemática*, cit., pág. 385; TORIO LÓPEZ, «Problemas político criminales en materia de drogadicción», en *Delitos contra*, cit., pág. 497 y 508-513; DíEZ RIPOLLÉS, *Los delitos*, cit., pág. 64; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, cit., pág. 633; MENDOZA BUERGO, *Compendio*, cit., pág. 670; DE LA CUESTA ARZAMENDI, «La política», cit., pág. 96. Coincide en ello la jurisprudencia: así las SSTs de 2 de noviembre de 1992 A. 8866; 18 de diciembre de 1992 A. 16.446; 22 de noviembre de 1993 A. 1488; 14 de abril de 1993 A. 3264; 7 de junio de 1993 A. 4851; 7 de febrero de 1994 A. 713.

mente como peligroso, de modo que el delito se considera consumado con la mera realización de la conducta descrita en el tipo.

No se supedita su sanción, pues, a la puesta en peligro concreto del bien jurídico y ni siquiera a que la acción realizada en particular sea peligrosa<sup>27</sup>.

Con un tal entendimiento, el delito de tráfico de drogas se daría con la mera realización de cualquier conducta que tienda a promover el consumo ilegal de tales sustancias, con independencia de que la droga haya podido llegar o no a sus eventuales destinatarios<sup>28</sup>.

Sin embargo, un sector doctrinal y la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo sostienen que el entendimiento del delito de tráfico de estupefacientes como un delito de peligro abstracto, en sentido puro, llevaría a configurar este delito como un delito de mera actividad, de desobediencia formal a la norma, que sería contrario al principio de culpabilidad y que, en suma, vulneraría el derecho constitucional a la presunción de inocencia<sup>29</sup>.

Por ello no resulta extraño que la jurisprudencia más reciente haya tratado de restringir la punibilidad del delito de tráfico de drogas, y que esta línea de interpretación restringida se haya finalmente impuesto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

<sup>27</sup> Véase, por todos, CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal*, cit., pág. 111.

<sup>28</sup> Señalan que la estructura del delito de tráfico de drogas es de un delito de peligro abstracto REY HUIDOBRO, *El delito de tráfico de estupefacientes*, Bosch, 1987, págs. 87-89; BACIGALUPO, «Problemas dogmáticos», cit., págs. 93-95; COBO DEL ROSAL, «Consideraciones generales sobre el denominado «tráfico de drogas tóxicas o estupefacientes», en *Delitos contra*, cit., págs. 159-164; CARBONELL MATEU, «Consideraciones», cit., pág. 105; BOIX REIG, *Derecho penal*, cit., pág. 693; Díez RIPOLLÉS, *Los delitos*, cit., pág. 62; VALLE MUÑIZ/ MORALES GARCÍA, *Comentarios*, cit., pág. 1037.

<sup>29</sup> Véase una crítica al entendimiento del delito de tráfico de estupefacientes como un delito de peligro abstracto, en sentido puro, en BACIGALUPO, «Problemas dogmáticos», cit., págs. 96-102; crítica que ha encontrado eco en la jurisprudencia. Así la STS de 22 de febrero de 1993 A. 1488 afirma que los delitos de peligro abstracto son difícilmente compatibles con el principio de culpabilidad pues *la creación de un peligro meramente ficto sólo puede dar lugar a una culpabilidad ficticia*. En el mismo sentido la STS de 29 de mayo de 1993 A. 4282 sostiene que *el peligro abstracto no debe ser entendido como peligro presunto, de forma que cualquier acción que cumpla objetivamente la acción legal se entienda ya «per se», peligrosa..., pues el tipo de presunción vulneraría el esencial derecho constitucional a la presunción de inocencia*. En este sentido se ha manifestado JOSHI JUBERT, *Los delitos de tráfico de drogas. Un estudio analítico del art. 368 del Código penal*, I, Bosch, 1999, págs. 42-44.

## 2. Interpretaciones restrictivas

La doctrina defiende la idea de restringir la punibilidad de los delitos de peligro abstracto en general, bien exigiendo la peligrosidad *ex ante* de la acción<sup>30</sup>, bien admitiendo la prueba en contrario *ex post* de la no producción de un resultado de peligro en el caso concreto<sup>31</sup>, o bien, finalmente, configurando ciertos delitos de peligro abstracto como delitos de «peligro hipotético», es decir, entendiendo que el tipo no reclama, a diferencia de lo que sucede en los delitos de peligro concreto, la producción de un peligro efectivo, pero sí una acción apta para producir un peligro para el bien jurídico como elemento material integrante del tipo del delito. Se trata de exigir, además de la peligrosidad de la acción, la posibilidad de producción del resultado de peligro, o lo que es lo mismo, el juez ha de verificar si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre la acción y el bien jurídico, en cuya virtud hubiera podido producirse un peligro efectivo para éste<sup>32</sup>.

Conforme a estas variantes se puede decir que no se dará la tipicidad del delito de tráfico de drogas en aquellos casos en los que el peligro que caracteriza la acción de este delito quede totalmente excluido, bien porque la acción no es peligrosa *ex ante*, bien porque siendo peligrosa la acción desde una perspectiva *ex ante* no ha producido un peligro concreto para el bien jurídico o bien porque falta la posibilidad del resultado de peligro.

En esta dirección de restricción del tipo se ha pronunciado la doctrina jurisprudencial mayoritaria en los últimos años:

a) En cuanto al bien jurídico que se trata de proteger con este precepto, es unánime la idea de que lo se protege es la *salud pública*<sup>33</sup>, que es un bien jurídico *colectivo*<sup>34</sup>, *abstracto*<sup>35</sup>, *carente de individualización*, *pues se refiere a la generalidad*<sup>36</sup>.

<sup>30</sup> Así ESCRIBA GREGORI, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, Bosch, 1976, págs. 72 y ss.; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, PPU, 1999, 5.ª ed., págs. 208-210.

<sup>31</sup> Cfr. BARBERO SANTOS, «Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto», *ADPCP*, 1973, págs. 489, 492 y ss.; BERISTAIN, «Resultado y delitos de peligro», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. XIII, n.º 34-35-36, 1969, pág. 457.

<sup>32</sup> Véase TORÍO LÓPEZ, «Los delitos», cit., pág. 828.

<sup>33</sup> Así las SSTs de 20 de septiembre de 1996 A. 6747 y 14 de junio de 1997 A. 4717.

<sup>34</sup> SSTs 25 de marzo de 1993 A. 2551, 16 de septiembre de 1996 A. 6617, 20 de julio de 1998 A. 5998.

<sup>35</sup> SSTs 9 de febrero de 1994 A. 685 y 10 de diciembre 1998 A. 10387.

<sup>36</sup> STS de 22 de febrero de 1993 A. 1488.

b) Por otro lado son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo que afirman que no es suficiente «*con la mera desobediencia formal a la norma*», sino que «*la adecuación de una acción al tipo del art. 344 —hoy 368— requiere que ésta reúna los elementos que la caracterizan como abstractamente peligrosa para el bien jurídico*»<sup>37</sup>. Las SSTs de 29 de mayo de 1993<sup>38</sup> y de 12 de septiembre de 1994<sup>39</sup> exigen, para que se pueda entender cometido el delito de tráfico de drogas, que «*el peligro, como riesgo de lesión del bien jurídico protegido, se encuentre realmente presente en la acción*»<sup>40</sup>.

Otras resoluciones admiten la prueba en contrario en el caso concreto, al decir que «*el peligro abstracto propio del tipo del art. 344 —hoy 368 CP— y que integra el basamento de su antijuridicidad material, no implica que haya de presumirse tal peligro “iuris et de iure”, sino, al contrario, si en el caso concreto se acredita la ausencia de tal contenido de riesgo... no se cumple en tal clase de conductas la adecuación al tipo del art. 344*»<sup>41</sup>.

Finalmente otro grupo de sentencias reclaman una acción apta para producir un peligro para el bien jurídico, es decir, exigen, además de la peligrosidad de la acción, la posibilidad de producción del resultado de peligro a la salud pública. Un conjunto de sentencias aluden a que «*no puede faltar la posibilidad remota del daño*»<sup>42</sup>, o a que no se da el tipo cuando «*no exista la posibilidad de difusión, de facilitación o de promoción del consumo por terceras personas indiscriminadamente*»<sup>43</sup>. Ocurre esto cuando a pesar de realizar actos de mediación en el tráfico, donación, compra de droga, se excluye de antemano la posibilidad de difusión de la droga entre terceras personas. En este caso la acción de entrega de droga es peligrosa en cuanto que acerca la droga al consumidor, pero si en la situación concreta no existe posibilidad de difusión

<sup>37</sup> Así las SSTs de 22 de febrero de 1993 A. 1488 y de 25 de marzo de 1993 A. 2551.

<sup>38</sup> A. 4822.

<sup>39</sup> A. 7204.

<sup>40</sup> Las SSTs de 22 de febrero de 1993 A. 1488 y de 14 de abril de 1993 A. 3264 requieren como elemento del tipo penal «*la adecuación de la acción a la producción de determinados resultados sobre la salud pública*»; y la STS de 12 de septiembre de 1994 A. 7024 declara atípica la conducta por ser «*su comportamiento inocuo para la potencial creación del riesgo*».

<sup>41</sup> Así las SSTs de 7 de febrero de 1994 A. 713 y 18 de noviembre de 1996 A. 8395.

<sup>42</sup> SSTs de 23 de marzo de 1993 A. 2551, 16 de marzo de 1994 A. 2324, 3 de marzo de 1994 A. 1620, 27 de enero de 1995 A. 681, 10 de diciembre de 1998 A. 10387.

<sup>43</sup> SSTs de 10 de noviembre de 1994 A. 8900, 23 de mayo de 1995 A. 3912, 25 de septiembre de 1995 A. 6745, 5 de febrero de 1996 A. 793, 26 de diciembre de 1996 A. 9651, 2 de diciembre de 1996 A. 9651, 3 de febrero de 1997 A. 690, 22 de enero de 1998 A. 48, 20 de julio de 1998 A. 5998, 3 de febrero de 1999 A. 967.

de la droga entre terceras personas no puede producirse un peligro efectivo para la salud pública.

En definitiva, esta corriente jurisprudencial ha aplicado los criterios elaborados por la doctrina para la restricción de los delitos de peligro abstracto al tipo legal del artículo 368, reduciendo así el excesivo ámbito de punibilidad del delito de tráfico de drogas. Sin embargo, no siempre lo hace con la necesaria claridad conceptual ni con el rigor dogmático exigible, pues en unas sentencias, como vimos anteriormente, se exige la peligrosidad de la acción, en otras admite la prueba en contrario *ex post* de la no producción de un resultado de peligro, y en algunas requiere como elemento del tipo junto a la peligrosidad de la acción la posibilidad de un resultado peligroso para la salud pública.

En nuestra opinión, sin entrar en un análisis particularizado de las distintas vías de restricción de los delitos de peligro abstracto, la fundamentación dogmática que permite explicar la restricción del ámbito de punibilidad del delito de tráfico de drogas es que el tipo legal del art. 368 presenta las características que definen el delito de peligro hipotético o por lo menos cabe una reducción teleológica del tipo en ese sentido<sup>44</sup>.

1. En efecto, de un lado, y en cuanto que el tipo agravado del delito exige que se trate de sustancias o productos que «causen grave daño a la salud» y su tipo básico que éstos «causen daño a la salud» («en los demás casos» como dice el art. 368), está exigiendo que el objeto de la acción —las drogas o estupefacientes— han de ser sustancias que causen en cualquier caso daño a la salud; por otro lado, como lo que se trata de evitar es el consumo de tales sustancias, se comprueba fácilmente que la acción de promover, favorecer o facilitar su consumo, en la medida que acerca la droga al consumidor, merece el calificativo de peligrosa para la salud pública. El tipo no requiere ni la lesión ni la puesta en peligro concreto de este bien. Pero tampoco basta cualquier acción de «promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas», formalmente coincidente con el tipo, pues la tipicidad depende de si el acto puede afectar de algún modo a la salud pública. Se puede decir que el sentido del tipo a partir de su propio tenor literal es neutralizar acciones peligrosas, es decir, acciones aptas para la producción de un peligro del bien jurídico de la salud pública<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> Así se manifiesta MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., pág. 572; MAQUEDA ABREU, «Jurisprudencia penal», cit., pág. 1553.

<sup>45</sup> En este sentido MUÑOZ SÁNCHEZ, *El agente provocador*, Tirant lo Blanch, 1995, pág. 81; REY HUIDOBRO, «El delito de tráfico de estupefacientes», cit., pág. 632.

2. En segundo lugar, una interpretación teleológica de la norma permite afirmar que en la medida en que el resultado que se trata de impedir es la difusión de la droga entre terceras personas no basta con lo anterior, esto es, con que la acción sea adecuada para originar un peligro a la salud pública, sino que se exige además que en la situación concreta sea posible un contacto entre la acción y el bien jurídico, en cuya virtud hubiera podido producirse un peligro efectivo para la salud pública<sup>46</sup>.

García Rivas<sup>47</sup> rechaza que la consecuencia dogmática de esta orientación jurisprudencial que interpreta restrictivamente el tipo del art. 368 sea que se configure el delito de tráfico de drogas como un delito de peligro hipotético. En su opinión, el TS interpreta el presente delito como un delito de peligro concreto, pues exige junto a la peligrosidad *ex ante* de la conducta, un resultado de peligro concreto para la salud pública.

A nuestro entender, el TS no exige como elemento del tipo un resultado de peligro para la salud pública, sino sólo la posibilidad de ese resultado de peligro. Para que pueda hablarse de un resultado de peligro es preciso que un bien jurídico, la salud pública en este caso, haya entrado en el radio de acción de la conducta y que su lesión aparezca en ese momento como no absolutamente improbable<sup>48</sup>. En el ámbito del tipo del art. 368, esto significa que el sujeto habría de realizar una acción de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo de droga, que es una conducta peligrosa para la salud pública desde una perspectiva *ex ante*, y que esa actividad debería producirse en un ámbito donde existan terceras personas indeterminadas, siendo posible la difusión de la droga entre estas personas. Sin embargo, el TS no exige para declarar típica la conducta que ésta se realice en un contexto donde existan terceras personas, sino que basta con que la conducta se reali-

---

<sup>46</sup> Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, *El agente*, cit., pág. 81; MAQUEDA ABREU, «Jurisprudencia penal», cit., pág. 1552, quien afirma que esta corriente jurisprudencial hace descansar la interpretación de los tipos penales en consideraciones de orden teleológico-valorativo que, sin llegar a contradecir el Derecho positivo vigente, han permitido aproximar su aplicación a las exigencias de una política criminal abierta a la realidad social y lo más razonable posible. También GARCÍA RIVAS, «Criminalidad organizada y tráfico de drogas», *Revista Penal*, julio-1998, pág. 29, alude a que las consideraciones teleológicas han hecho que la jurisprudencia haya abierto una notable brecha en los propósitos del legislador de 1988 de tipificar siempre la donación; y JOSHI JUBERT, *Los delitos*, cit., pág. 33, destaca que la jurisprudencia ha excluido del tipo conductas formalmente subsumibles en él mediante una interpretación teleológica.

<sup>47</sup> GARCÍA RIVAS, «Criminalidad organizada», cit., pág. 30.

<sup>48</sup> CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal*, cit., pág. 114.



de forma que no excluya la posibilidad de que la droga entre en contacto con terceras personas indiscriminadas, afirmando esta línea jurisprudencial que tal posibilidad se da desde el momento en que el autor pierde el dominio de la fuente de peligro, es decir, cuando entrega la droga en una situación tal que exista la posibilidad de que pueda entrar en contacto con otras personas distintas del destinatario. Obsérvese que no se exige que en el momento de la entrega de la droga existan otras personas presentes y que, por tanto, aparezca como no absolutamente improbable la producción del resultado de peligro para la salud pública, sino sólo que la entrega de la droga se realice en condiciones en que sea posible que entre en contacto con terceras personas. Con ello se pone de manifiesto que la pérdida del dominio de la fuente de peligro por parte del autor no implica un resultado de peligro, sino sólo la posibilidad de dicho resultado.

Con esta interpretación resulta coherente que la posición mayoritaria de la jurisprudencia rechace la atipicidad de las conductas consistentes en la entrega de droga por un familiar a un toxicómano para evitar el síndrome de abstinencia cuando se realiza en un centro penitenciario, aunque la droga haya sido interceptada en el registro de la prisión. En estos casos la droga no ha entrado en contacto con terceras personas indiscriminadas, pero se declara la tipicidad porque no queda descartada la posibilidad de que fuera a parar a personas distintas del concreto destinatario<sup>49</sup>.

### 3. *Tesis de la atipicidad del consumo compartido y de ciertos casos de donación a drogodependientes*

En base a esta reducción teleológica del tipo del art. 368 del Código penal, la jurisprudencia sostiene la atipicidad de dos supuestos:

a) Los casos del llamado «consumo compartido», que abarca no sólo los casos de aportación de varios adictos con el fin de formar un fondo común para adquirir la sustancia que han de consumir en común, sino también la entrega o invitación gratuita de droga a adictos para su consumo inmediato.

b) Los casos de donación de drogas por personas allegadas a personas adictas, con fines de deshabituación o para evitar los riesgos que la crisis de abstinencia origina.

---

<sup>49</sup> Véanse en este sentido, las SSTs de 3 de febrero de 1997 A. 690, 18 de mayo de 1997 A. 4022, 4 de julio de 1997 A. 7707, 3 de noviembre de 1997 A. 9705, 15 de abril de 1998 A. 3806 y 22 de diciembre de 1998 A. 9814.

Aun cuando ninguno de los dos casos indicados son de aplicación lineal a los supuestos objeto de estudio, conviene apuntar la fundamentación sobre la que descansa la atipicidad de tales comportamientos.

A) Bajo la denominación de «consumo compartido» la jurisprudencia agrupa tres supuestos distintos:

1. Lo que se ha denominado indistintamente «servidor de la posesión», «posesión en nombre de los demás», «posesión colectiva para el propio consumo» o «mandato o instrumento del ejercicio de la posesión de otro», que aluden a aquellos casos donde varios adictos realizan aportaciones para crear un fondo común con el fin de que uno adquiera la sustancia que se ha de consumir conjuntamente<sup>50</sup>.

2. Lo que denomina «recíprocas invitaciones entre adictos» o «consumo colectivo compartido», que se refiere a aquellos supuestos en los que varios drogodependientes comparten el consumo de droga<sup>51</sup>.

3. Y, por último, la entrega o invitación gratuita de droga para su consumo inmediato a personas adictas<sup>52</sup>, o a personas no adictas<sup>53</sup>.

La exclusión de la tipicidad en esta constelación de casos se fundamenta en la inexistencia del peligro general de difusión, de facilitación o de promoción del consumo entre terceras personas indiscriminadamente, que es elemento del tipo del art. 368 del Código penal. Este fundamento se ha venido reiterando desde las primeras sentencias hasta la actualidad. Así la STS de 22 de febrero de 1993, A. 1488, declara que *«se debe excluir la tipicidad en aquellos casos en los que el peligro que caracteriza la acción de estos delitos quede totalmente ex-*

---

<sup>50</sup> SSTS 18 de diciembre de 1992 A. 10446, 7 de junio de 1993 A. 4851, 18 de octubre de 1993 A. 7538, 11 de febrero de 1994 A. 721, 27 de enero de 1995 A. 681, 3 de marzo de 1995 A. 1794, 23 de mayo de 1995 A. 3912.

<sup>51</sup> SSTS de 2 de noviembre de 1992 A. 8666, 25 de marzo 1993 A. 2551, 14 de abril de 1993 A. 3264, 29 de mayo de 1993 A. 4281, 25 de junio de 1993 A. 5224, 27 de septiembre de 1993 A. 7683, 3 de marzo de 1994 A. 1690, 17 de junio de 1994 A. 5174, 19 de julio de 1994 A. 6654, 25 de noviembre de 1994 A. 9995, 28 de marzo de 1995 A. 2246, 28 de noviembre de 1996 A. 7423, 10 de diciembre 1998 A. 10387, 22 de diciembre de 1998 A. 9812.

<sup>52</sup> SSTS 14 de febrero de 1994 A. 738, 2 de noviembre de 1995 A. 8011, 28 de marzo de 1995 A. 2246, 25 de enero de 1996 A. 296, 5 de febrero de 1996 A. 793, 26 de diciembre de 1996 A. 9651, 20 de enero de 1998 A. 26, 22 de diciembre 1998 A. 10323, 3 de febrero 1999 A. 967.

<sup>53</sup> SSTS 22 de febrero de 1993 A. 1488, 9 de febrero de 1994 A. 685, 10 de noviembre de 1994 A. 8900, 19 de octubre de 1996 A. 8389, 23 de octubre de 1996 A. 7838.

*cluido... es posible afirmar la exclusión de la tipicidad en aquellos casos en los que está totalmente descartada la posibilidad de difusión de la droga entre el público»<sup>54</sup>.*

En otras sentencias<sup>55</sup> se fundamenta la atipicidad en la ausencia del tipo subjetivo, afirmando que *«se excluye el factor tendencial de transmitir la droga a terceras personas»*. Este elemento subjetivo no es necesario analizarlo si previamente se descarta el tipo objetivo por falta del elemento de peligro abstracto.

Para poder afirmar que falta el elemento del tipo de peligro general o abstracto, es decir, que queda totalmente descartada la posibilidad de difusión de la droga entre terceras personas, el Tribunal Supremo viene exigiendo los siguientes requisitos o condiciones:

- a) que la acción tenga lugar en un recinto o círculo cerrado,
- b) que no haya existido contraprestación alguna,
- c) que la cantidad de droga no rebase el límite de un consumo normal,
- d) que se trate de un consumo inmediato.

Estos requisitos se exigen de forma unánime por toda la jurisprudencia<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> En este sentido las SSTS 25 de marzo de 1993 A. 2551, 14 de abril de 1993 A. 3264, 25 de junio de 1993 A. 5224, 27 de septiembre de 1993 A. 7683, 9 de febrero de 1994 A. 685, 3 de marzo de 1994 A. 1690, 16 de marzo de 1994 A. 2324, 17 de junio de 1994 A. 5174, 19 de julio de 1994 A. 6654, 10 de noviembre de 1994 A. 8900, 26 de noviembre de 1994 A. 9144, 27 de enero de 1995 A. 681, 3 de marzo de 1995 A. 1794, 28 de marzo de 1995 A. 2246, 23 de mayo de 1995 A. 3912, 2 de noviembre de 1995 A. 8011, 5 de febrero de 1996 A. 793, 20 de marzo de 1996 A. 246, 23 de noviembre de 1996 A. 7838, 28 de noviembre de 1996 A. 7423, 26 de diciembre de 1996 A. 9651, 20 de enero de 1998 A. 26, 10 de diciembre de 1998 A. 1087, 22 de diciembre de 1998 A. 9812, 3 de febrero de 1999 A. 967. Cfr. REY HUIDOBRO, «El delito», cit., pág. 636; GONZÁLEZ ZORRILLA, «Políticas criminales», cit., págs. 265-268, criticando que existan sentencias en sentido contrario, lo que provoca inseguridad jurídica. Actualmente esta tesis está completamente consolidada en la jurisprudencia. Para JOSHI JUBERT, *Los delitos*, cit., págs. 31-32, la exclusión de la tipicidad en estos casos viene dada por no concurrir los elementos necesarios para formular el juicio típico de la imputación objetiva o por no poder formular el juicio de imputación subjetiva, es decir, o bien porque la conducta no goza de la capacidad o idoneidad para expandir el consumo ilegal, o bien porque dicha idoneidad no es abarcada por el dolo.

<sup>55</sup> SSTS 18 de diciembre de 1992 A. 10446, 9 de febrero de 1993 A. 860, 29 de mayo de 1993 A. 4881, 11 de febrero de 1994 A. 721.

<sup>56</sup> Así las SSTS de 22 de febrero de 1993 A. 1488, 3 de junio de 1993 A. 4801, 27 de septiembre de 1993 A. 7683, 17 de junio de 1994 A. 5174, 10 de noviembre de 1994 A. 8980, 26 de noviembre de 1994 A. 9144, 28 de marzo de 1995 A. 2246, 18 de noviembre de 1996 A. 8395, 31 de marzo de 1998 A. 3760.

Además, se requiere otra exigencia en relación con la naturaleza de los destinatarios. La mayoría de las sentencias condicionan la impunidad a que se trate de personas adictas, o al menos, habituadas al consumo<sup>57</sup>. Otras sentencias, por el contrario, declaran la impunidad por falta del peligro de difusión incontrolada entre múltiples consumidores aun cuando el destinatario no sea adicto o persona habituada al consumo<sup>58</sup>.

B) Respecto al segundo supuesto, la entrega de droga por parte de personas allegadas a personas adictas con el fin de deshabitación o de evitar los riesgos que la crisis de abstinencia origina, no se puede afirmar que la jurisprudencia haya mantenido de forma unánime la atipicidad de la conducta. Se han distinguido dos posiciones en la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo.

Una línea jurisprudencial minoritaria afirma la tipicidad de tales conductas. Así la STS de 14 de octubre de 1994<sup>59</sup> declara que *«la entrega de sustancias psicotrópicas a una persona ya drogadicta, cualquiera que sea la intención que la presida, incluso ayudarla a calmar su estado de carencia, constituye el ilícito penal»*, basando tal decisión en que con la entrega de la droga *«no se auxilia a quien vive momentos de alteración por drogadicción»*.

La posición mayoritaria, por el contrario, sostiene la atipicidad de la conducta, consolidándose esta corriente jurisprudencial hasta el punto que desde 1994 todos los pronunciamientos de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo aceptan la tesis de la impunidad.

Esta tesis se formula en palabras de la STS de 16 de septiembre de 1996<sup>60</sup> de la siguiente forma: *«En los supuestos en los que un familiar o persona allegada proporciona pequeñas cantidades de droga con la sola y exclusiva idea de ayudar a la deshabitación o a impedir los riesgos que la crisis de abstinencia origina, movidos por un fin loable y altruista, sin ventaja ni contraprestación alguna, no puede llegarse al delito si de ninguna forma se potencia los actos o verbos contenidos en el art. 344 — hoy 368 — del Código penal. En estos casos falta evidentemente el sustrato de antijuricidad, pues no existe entonces posibilidad de difusión, facilitación*

<sup>57</sup> Así las SSTS de 23 de marzo de 1995 A. 3912, 2 de noviembre de 1995 A. 8011, 11 de noviembre de 1996 A. 8395, 31 de marzo de 1998 A. 3760, 4 de mayo de 1998 A. 4599.

<sup>58</sup> Así las SSTS de 22 de febrero de 1993 A. 1488, 9 de febrero de 1994 A. 685, 10 de noviembre de 1994 A. 8900, 19 de octubre de 1996 A. 8389 y 23 de octubre de 1996 A. 7838.

<sup>59</sup> A. 7916.

<sup>60</sup> A. 6617.

*o de promoción del consumo por terceras personas indiscriminadamente, lo que lleva a la ausencia del peligro más arriba dicho».*

Este planteamiento aparece por primera vez en la STS de 29 de mayo de 1993<sup>61</sup>, donde se afirma que *«Si bien es cierto que entre las conductas comprendidas en el citado art. 344 está la de facilitar el consumo de la droga por terceros, se hace preciso por razones sociales, humanitarias y la finalidad de la norma distinguir, a efectos de su relevancia penal, los tipos o fines de facilitación, diferenciando los supuestos en los que se pretende promover la expansión del producto de aquellos otros en que la finalidad es reducir el consumo de una persona adicta a efectos de una paulatina deshabitación hasta el posterior ingreso en un centro de desintoxicación, en cuyo caso la acción no debe considerarse plenamente típica»*<sup>62</sup>.

El conjunto de estas resoluciones señalan los requisitos que deben concurrir en estos casos de donación de drogas para que no se consideren incluidos en el tipo penal. Son los siguientes:

- a) Que no exista difusión de la droga respecto de terceros.
- b) Que no exista contraprestación alguna.
- c) Que la donación lo sea para el consumo inmediato, en presencia o no de quien entrega la droga.
- d) Que se persiga únicamente una finalidad altruista y humanitaria para defender al destinatario de las consecuencias del síndrome de abstinencia, o con fines de deshabitación.
- e) Que se trate de cantidades mínimas.

El fundamento de la impunidad, como ya se ha indicado, viene determinado porque, aun cuando se trate de actos de tráfico, estos no producen difusión de las drogas entre terceras personas indeterminadas,

<sup>61</sup> A. 4822.

<sup>62</sup> Esta doctrina se ha mantenido de forma reiterada en las siguientes sentencias: 15 de julio de 1993 A. 6093, 16 de septiembre de 1993 A. 6695, 7 de febrero de 1994 A. 713, 8 de abril de 1994 A. 2902, 12 de septiembre de 1994 A. 7204, 11 de diciembre de 1995 A. 9236, 23 de diciembre de 1995 A. 9551, 16 de enero de 1996 A. 76, 25 de enero de 1996 A. 296, 8 de febrero de 1996 A. 813, 16 de septiembre de 1996 A. 6617, 19 de octubre de 1996 A. 8389, 18 de noviembre de 1996 A. 8395, 3 de febrero de 1997 A. 690, 18 de mayo de 1997 A. 4022, 11 de junio de 1997 A. 5600, 14 de junio de 1997 A. 4717, 4 de julio de 1997 A. 5554, 14 de julio de 1997 A. 5591, 10 de noviembre de 1997 A. 6976, 18 de septiembre de 1997 A. 7707, 3 de noviembre de 1997 A. 7901, 4 de diciembre de 1997 A. 8716, 22 de enero de 1998 A. 48, 20 de enero de 1998 A. 26, 15 de abril de 1998 A. 3806, 20 de julio de 1998 A. 5998, 22 de diciembre de 1998 A. 10329 y 22 de diciembre de 1998 A. 9814.

que es el resultado final que se pretende impedir y que se prohíbe en el art. 368.

Volviendo al punto de vista del peligro abstracto para la salud pública, éste aparece excluido, no tanto porque lo que se pretenda no sea crear un peligro para la salud del destinatario de la droga sino procurar, por el contrario, la recuperación del mismo controlando y disminuyendo su adicción, sino, sobre todo, porque la «facilitación» que se produce no está dirigida a un grupo indeterminado y fungible de personas, sino concretamente a una determinada, a cuya rehabilitación se pretende auxiliar excluyendo expresamente el que llegue a ser destinada a terceros<sup>63</sup>.

Este fundamento explica que en algunas sentencias del Tribunal Supremo, que comparten esta doctrina, se declare la punibilidad cuando la entrega de la droga, aun efectuada con esos fines, se haga de forma que no garantice su no difusión entre terceras personas distintas a la que se pretende auxiliar.

Así la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo declara típica la donación de droga a un familiar cuando se produce en un centro penitenciario porque «*al no tratarse de entrega directa ni por tanto consumo inmediato no podía controlarse el peligro de difusión a terceros*», «*no está el donante en una especie de posición de garante al no poder observar el consumo inmediato*»<sup>64</sup> o porque «*la cantidad y pluralidad de la sustancia significa en sí misma más posibilidades de «corte» que facilita grandemente la ampliación de su difusión*»<sup>65</sup>.

Podemos resumir esta línea jurisprudencial diciendo que el delito de tráfico de drogas se concibe como un tipo que, si bien no reclama, a diferencia de lo que sucede en los delitos de peligro concreto, la producción de un peligro efectivo, sí exige una acción apta para producir un peligro para el bien jurídico como elemento integrante del tipo del delito. Es decir, el tipo requiere:

---

<sup>63</sup> Para REY HUIDOBRO, «El delito», cit., pág. 633, estos casos no son típicos por falta del elemento subjetivo de lo injusto del ánimo de promover, favorecer o facilitar el consumo de sustancias prohibidas. Como ya hemos indicado, la exclusión de la tipicidad se fundamenta en la inexistencia del peligro de difusión, de facilitación o de promoción del consumo entre terceras personas, que es un elemento del tipo objetivo. La no realización del tipo objetivo hace innecesario el examen del tipo subjetivo.

<sup>64</sup> SSTS de 23 de diciembre de 1995 A. 9551, 3 de febrero de 1997 A. 690, 18 de mayo de 1997 A. 4022, 11 de junio de 1997 A. 5600, 14 de julio de 1997 A. 5591, 22 de diciembre de 1998 A. 9814.

<sup>65</sup> SSTS 8 de febrero de 1996 A. 813, 3 de noviembre de 1997 A. 79901.

- a) Una acción que por sus posibilidades materiales sea susceptible de ser considerada, según un juicio de pronóstico, como peligrosa para la salud pública.
- b) La posibilidad de un resultado de peligro para la salud pública, esto es, que el juez verifique si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre la acción y la salud pública, en cuya virtud hubiere podido producirse un peligro efectivo para ésta.

Esta línea jurisprudencial, que, como se dijo, es hoy mayoritaria en el Tribunal Supremo, ha sido, no obstante, contestada en otras resoluciones que van a cuestionar el entendimiento del tipo tal como se ha expresado anteriormente. En esta tesis, minoritaria, el Tribunal Supremo considera que *«la entrega de la sustancia de tal clase, cualquiera que sea la intención que la preside e incluso la de ayudarle para calmar su estado de carencia, constituye el ilícito penal del art. 344»*<sup>66</sup>.

El fundamento de esta línea interpretativa radica en considerar que *«no se auxilia al que vive momentos de alteración por drogadicción, aunque sean previos al síndrome de abstinencia, de la forma en que procedió la encartada —entrega de pequeñas cantidades de droga—, sino con el correspondiente tratamiento médico a que se le debe someter, pues facilitar más droga en tales casos propicia el mantenimiento de la dependencia, y lo que puede ser peor, el abandono del tratamiento curativo que se siga o la ruina completa de la persona que se pretende auxiliar»*<sup>67</sup>. A este argumento se recurre adicionalmente para excluir de la tesis de la atipicidad la donación en centros penitenciarios, aludiendo a que *«no es con la droga con lo que el drogadicto se cura, sino sometiéndolo a los oportunos tratamientos médicos o farmacológicos, con los que podía contar en el centro penitenciario»*<sup>68</sup>.

Esta argumentación jurídica ha sido combatida recientemente en varias sentencias del Tribunal Supremo. La STS de 16 de septiembre de 1996<sup>69</sup> y la de 20 de julio de 1998<sup>70</sup> afirman que *«el supuesto concreto en el que el toxicómano se ve inmerso, pronto para la explosión mental que el síndrome de abstinencia representa, no se soluciona de inmediato con tratamientos médicos ni, por el contrario, se agrava la dependencia porque se busquen remedios urgentes e inmediatos. Otra cosa es que ago-*

<sup>66</sup> Así las SSTS de 11 de junio de 1992 A. 5200, 1 de octubre de 1993 A. 8093, 14 de octubre de 1994 A. 7916, lo que ha llevado a GONZÁLEZ ZORRILLA, «Políticas criminales», cit., págs. 268-269 a afirmar que tal situación crea inseguridad jurídica.

<sup>67</sup> STS de 29 de enero de 1996 A. 151.

<sup>68</sup> SSTS 3 de febrero de 1997 A. 690, 18 de septiembre de 1997 A. 7707.

<sup>69</sup> A. 6617.

<sup>70</sup> A. 5998.

*tada esta vía excepcional, no se aborden después los medios que la Medicina ofrece al respecto». Al mismo tiempo otro conjunto de sentencias afirman la atipicidad de la entrega de droga en centros penitenciarios siempre que se den las condiciones que descarten la posibilidad de difusión de la droga entre terceros<sup>71</sup>.*

#### **IV. Significación jurídico-penal del uso terapéutico del cannabis y del establecimiento de centros donde adquirir y consumir tal sustancia**

Con estas premisas se puede abordar la significación jurídico-penal del uso terapéutico del cannabis y del establecimiento de centros donde adquirir y consumir tal sustancia.

##### *1. Uso terapéutico del cannabis*

###### **a) Exclusión de la tipicidad**

Aunque el uso terapéutico del cannabis no se corresponde linealmente con la tesis de la impunidad de la donación con fines altruistas y humanitarios, sin embargo es un supuesto análogo, pues se trata de la entrega de una sustancia estupefaciente a una persona determinada con un fin curativo. Tal analogía se manifiesta más claramente si atendemos al fundamento de la impunidad de aquellos casos.

Las diferencias del caso objeto de estudio y los supuestos que la jurisprudencia considera atípicos vienen determinadas por los siguientes elementos. En primer lugar, la jurisprudencia alude a dos supuestos, la entrega de droga para paliar los efectos del síndrome de abstinencia en el drogodependiente y los supuestos en los que se trata de conseguir la deshabitación del adicto mediante la entrega periódica de tales sustancias, mientras que en la actuación que nos ocupa se trata de la entrega de una determinada dosis de cannabis para eliminar o mitigar determinados síntomas de una enfermedad o para mejorar su salud o bienestar personal. Por otra parte, la jurisprudencia alude a una vinculación afectiva, más o menos próxima, entre el dador y el receptor de la droga, lo que no es el caso de estudio. Por último, la doctrina jurisprudencial

---

<sup>71</sup> SSTs 25 de enero de 1996 A. 296, 16 de septiembre de 1996 A. 6617, 14 de junio de 1997 A. 4717, 10 de octubre de 1997 A. 6976, 4 de diciembre de 1997 A. 8716, 22 de enero de 1998 A. 48.



dencial exige que la entrega de la droga sea a persona adicta o al menos habituada al consumo y en el caso que comentamos el destinatario de la droga no tiene que ser drogadicto.

A pesar de estas diferencias entendemos que la tesis jurisprudencial de la atipicidad es de aplicación al supuesto de hecho objeto de estudio, pues las diferencias no son de entidad suficiente como para determinar otra valoración jurídico-penal.

En efecto, la primera diferencia indicada, que en los casos de la jurisprudencia se alude a los fines de hacer frente a las crisis de abstinencia o al fin de deshabitación y en el caso que nos ocupa se alude a un fin terapéutico, es meramente formal, incluso se podría afirmar que no existe diferencia alguna porque en ambos casos se trata de un fin altruista y humanitario.

La segunda diferencia, la existencia de una relación próxima entre el que entrega la droga y quien la recibe, se puede predicar también para el supuesto que se analiza, en el sentido de que la relación que existe entre un médico y el paciente es de tanta confianza como la que pueda existir entre allegados, sobre todo si atendemos al fin terapéutico que inspira la acción de la entrega de la droga.

La última diferencia, relativa a la naturaleza del destinatario de la droga, tampoco la consideramos sustancial. En el caso admitido por la jurisprudencia se exige que sea un drogadicto y en el que analizamos una persona enferma para la que esté indicada médicamente la administración del cannabis.

El hecho de que estamos ante diferencias no significativas se pone de manifiesto si analizamos los distintos supuestos desde el punto de vista del fundamento de la impunidad.

El fundamento de la impunidad en los casos de donación de droga con fines altruistas y humanitarios estriba en la concepción del delito de tráfico de drogas no como un delito de peligro abstracto puro, sino como un delito que requiere que la acción sea susceptible de ser considerada, según un juicio de pronóstico, como peligrosa para la salud pública y que se dé la posibilidad de un resultado de peligro para dicho bien jurídico. Desde esta concepción se afirma que en los casos que la jurisprudencia incluye en la tesis que comentamos, el peligro abstracto a la salud pública queda excluido porque la facilitación de la droga no está dirigida a un grupo indeterminado y fungible de personas, sino concretamente a una determinada, a cuya rehabilitación se quiere auxiliar, excluyendo expresamente el que no llegue a ser destinada a terceros. Desde esta perspectiva, el uso terapéutico del cannabis no realiza el tipo del art. 368 del Código penal si se excluye toda posibilidad de

difusión de tal sustancia más allá del destinatario concreto para el que está indicada médicamente. La conducta no supone «favorecer», «promover» o «facilitar» el consumo de drogas a terceros indeterminados, que es el resultado que trata de evitar la norma penal.

Si atendemos al bien jurídico protegido, la salud pública, es evidente que tal conducta no lo pone en peligro. En primer lugar, difícilmente puede ser calificada de peligrosa para la salud pública si está indicada médicamente para determinadas enfermedades. Y, en segundo lugar, y fundamentalmente, no existe posibilidad de que la droga llegue a terceras personas, pues la entrega de ésta no está destinada a un grupo indeterminado de personas, sino concretamente a una determinada, excluyendo expresamente que se difunda entre terceras personas.

Se podría alegar en contra de la aplicación de la tesis de la impunidad a estos supuestos que la jurisprudencia viene declarando que tal doctrina tiene un «*carácter excepcional y extraordinario*»<sup>72</sup>, «*que no permite su expansión o extensión a supuestos no idénticos a los contemplados*»<sup>73</sup>.

Sin embargo, un análisis de estas sentencias pone de manifiesto que la jurisprudencia lo que reclama cuando alude a que estamos ante una doctrina excepcional y extraordinaria es que sólo se puede predicar la atipicidad cuando el supuesto reúna aquellas condiciones exigidas jurisprudencialmente que permiten descartar la posibilidad de difusión de la droga entre otras personas. Es decir, que han de examinarse cuidadosamente las circunstancias concretas en cada caso, excluyendo del tipo sólo aquellos casos donde quede descartada completamente tal posibilidad. Así, las sentencias antes citadas declaran la tipicidad de la entrega de la droga cuando se ha realizado bajo condiciones que no excluyen tal posibilidad, como son los casos en los que se realiza la entrega en un centro penitenciario, donde «*el peligro abstracto para el bien jurídico protegido que es la salud pública, no queda descartado, pues hay riesgo de que se difunda a terceras personas y no hay seguridad de lo contrario*»<sup>74</sup>.

## b) Requisitos y condiciones

Por tanto, podemos concluir que la dispensación de cannabis para uso terapéutico no realiza el tipo penal del art. 368 del Código penal si se realiza de forma que cumpla las condiciones o requisitos que exige

72 SSTS 16 de noviembre de 1994 A. 9144, 11 de diciembre de 1995 A. 9236.

73 SSTS 16 de enero de 1996 A. 76, 22 de enero de 1996 A. 151.

74 STS 18 de noviembre de 1996 A. 8395, 22 de diciembre de 1998 A. 9814.

la jurisprudencia para descartar la posibilidad de la difusión a terceras personas. La reciente STS de 20 de julio de 1998<sup>75</sup> indica las siguientes condiciones:

- a) *que no se produzca difusión de la droga respecto de terceros,*
- b) *que no exista contraprestación alguna como consecuencia de esa donación,*
- c) *que esta donación lo sea para un consumo más o menos inmediato, en presencia o no de quien la entrega,*
- d) *que se persiga únicamente una finalidad altruista y humanitaria para defender al destinatario de las consecuencias del síndrome de abstinencia, ya que ha de tratarse siempre de un drogodependiente,*
- e) *que se trate igualmente de cantidades mínimas, aunque en estos topes cuantitativos no quepa establecer reglas rígidas que puedan degenerar en soluciones o agravios totalmente injustos».*

En otras sentencias se exige también

- f) *«que exista relación de parentesco o de allegados entre el donante y el que recibe la droga».*

Este conjunto de requisitos trata de conseguir dos fines que determinan la atipicidad de la conducta, que no exista posibilidad de difusión de la droga a terceras personas y que la entrega no se realice con fines de promover el consumo.

El primer objetivo explica las exigencias de que la donación lo sea para un consumo más o menos inmediato, en presencia o no de quien lo entrega, y de que se trate de cantidades mínimas. Estos dos requisitos habrán de observarse, pues, en la regulación administrativa que disponga la dispensación médica de estas sustancias, para que tal conducta no sea típica.

Para satisfacer el segundo objetivo, que no exista finalidad de promover el consumo, se exige que no exista contraprestación alguna, que exista relación de parentesco o de convivencia entre el que entrega la droga y el destinatario, que se persiga una finalidad altruista y humanitaria y que el destinatario sea un drogodependiente.

Este grupo de exigencias, al menos literalmente, no tiene sentido cuando se trate de una dispensación terapéutica del cannabis, porque el hecho de que tengan que ser indicadas por un médico para determinadas enfermedades excluye el objetivo que pretenden alcanzar, que no

se realice con fines de promover el consumo. Obsérvese que el médico, aunque el cannabis tenga que ser adquirido en la farmacia previo pago, no puede tener ningún ánimo de lucro; la indicación de que sea un drogadicto vendrá sustituida por la de que sea una persona que padece una enfermedad o tiene molestias para las que está indicada médicamente tal sustancia; la relación de allegados y la finalidad de defender al donatario de las consecuencias del síndrome de abstinencia o de conseguir la deshabitación se transformarán, atendiendo a la naturaleza de la entrega, en que exista una relación de paciente-médico y que la finalidad sea terapéutica.

Por último, hay que señalar que, incluso desde la tesis minoritaria de la jurisprudencia que declara que la entrega de una sustancia de tal clase, cualquiera que sea la intención que la presida, constituye el ilícito penal del art. 368, resulta difícil fundamentar la tipicidad del uso terapéutico del cannabis.

En efecto, como ya indicamos, el fundamento de esta línea interpretativa radica en considerar que al drogadicto no se le auxilia con la entrega de pequeñas cantidades de droga sino con el correspondiente tratamiento médico al que se le deba someter. Las últimas sentencias donde se reproducía esta argumentación negaban la aplicación de la tesis de la impunidad en los casos en que la entrega de la droga se realizaba en el ámbito penitenciario, donde existían los servicios médicos para hacer frente a los riesgos de la abstinencia y al tratamiento de deshabitación. Conforme a este fundamento, si científicamente está indicada una sustancia estupefaciente —el cannabis— para eliminar o mitigar determinados síntomas de una enfermedad, no se puede aducir, como hace para los otros supuestos la línea jurisprudencial citada, que con ello no se auxilie al destinatario de la droga ni que con ello se llegue a la ruina completa de la persona que se pretende auxiliar.

Por tanto, podemos concluir que el uso terapéutico del cannabis será atípico siempre que se den las siguientes condiciones:

1. Que el destinatario de la sustancia sea un enfermo o persona con unos síntomas para los que esté indicado médicamente la administración de tal sustancia.
2. Que se le suministre directamente el cannabis. La conducta sería típica, por el contrario, si se le permitiera al enfermo consumirla en otro lugar. La razón estriba en que la droga así entregada escapa al control de quien la entrega y existe posibilidad de difusión entre terceras personas, dando lugar a una acción peligrosa para la salud pública.

3. Que la dispensación de la droga se realice en el marco de un tratamiento curativo o, al menos, paliativo. Será necesario que se lleve a cabo directamente, o bajo su dirección, por profesionales habilitados para prescribir un tratamiento de tal naturaleza.

Bajo estas condiciones se puede, en atención a la jurisprudencia existente para los casos de donación antes aludida, afirmar que la dispensación del cannabis en el marco de un tratamiento curativo o paliativo no plantea problemas jurídico-penales por no estar tipificada como conducta punible en nuestro Código penal.

## 2. *Creación de establecimientos donde se pueda adquirir y consumir cannabis*

Para el análisis de la significación jurídico-penal que presenta el establecimiento de un local donde se pueda adquirir y consumir cannabis, vamos a partir de la doctrina jurisprudencial de la impunidad del consumo compartido.

En principio, hay que resaltar que el supuesto que vamos a examinar no se corresponde, al menos linealmente, con la línea jurisprudencial aludida. Sin embargo, el análisis detenido de esta tesis jurisprudencial, respecto a los casos en los que se aplica, su fundamento y sus requisitos, nos permitirán determinar bajo qué condiciones o circunstancias se puede establecer un centro de adquisición y consumo de cannabis sin que resulte típica tal conducta.

Aunque terminológicamente la expresión consumo compartido conduce a pensar que abarca sólo los supuestos de compartir el consumo de droga con otro, ya tuvimos ocasión de exponer que bajo esta denominación se incluyen también los casos de entrega de droga a una persona o grupo de personas determinado para su consumo inmediato. De ahí que el elemento decisivo para determinar la exclusión de la tipicidad no sea el compartir el consumo con otro, sino que la exclusión de la tipicidad se fundamenta, en palabras de la STS de 23 de octubre de 1996<sup>76</sup>, «en la inexistencia del peligro general que es elemento del tipo del art. 344 del Código penal —hoy art.368 del Código penal— cuando el autor entrega a otro una dosis que éste consumirá inmediatamente y en el mismo recinto, sin riesgo alguno de transmisión a otros». Reiteradamente la jurisprudencia ha afirmado que no es constitutivo de ese deli-

---

76 A. 7838.

to la entrega de droga a una persona concreta ya consumidora de las mismas, por no constituir una conducta típica esa entrega cuando no exista el peligro de facilitación o promoción del consumo por personas indeterminadas<sup>77</sup>.

Esta misma jurisprudencia considera que no existe posibilidad de difusión, de facilitación o de promoción del consumo por terceras personas indiscriminadamente si la entrega de la droga se hace bajo las siguientes circunstancias:

- que la acción tenga lugar en un recinto cerrado
- que no haya existido contraprestación alguna
- que la cantidad de droga no rebase el límite de un consumo inmediato
- que se trate de un consumo inmediato
- que el destinatario sea una persona determinada o un grupo cerrado de adictos o al menos habituados al consumo.

#### a) Exclusión de la tipicidad

Bajo estas premisas hemos de examinar el caso que nos ocupa. La cuestión fundamental que plantea este supuesto es la de si la creación de un establecimiento de adquisición y consumo de cannabis supone un acto de promoción o facilitación del consumo de drogas entre terceras personas indiscriminadamente.

Es evidente que si la adquisición y el consumo se realizan sin más limitaciones que el que se realice en un establecimiento determinado, tal conducta supone, sin duda alguna, la realización del tipo del art. 368 del Código penal.

Si, por el contrario, la entrega y el consumo del cannabis se realizan bajo las circunstancias establecidas en la jurisprudencia citada, de for-

---

<sup>77</sup> Así las SSTS de 22 de febrero de 1993 A. 1488, 25 de marzo de 1993 A. 2551, 14 de abril de 1993 A. 3264, 25 de junio de 1993 A. 5224, 27 de septiembre de 1993 A. 7683, 3 de marzo de 1994 A.1690, 16 de marzo de 1994 A. 2324, 17 de junio de 1994 A. 5174, 19 de julio de 1994 A. 6654, 10 de noviembre de 1994 A. 8900, 26 de noviembre de 1994 A. 9144, 27 de enero de 1995 A. 681, 3 de marzo de 1995 A. 1794, 28 de marzo de 1995 A. 2246, 23 de mayo de 1995 A. 3912, 2 de noviembre de 1995 A. 8011, 25 de enero de 1996 A. 296, 5 de febrero de 1996 A. 793, 26 de diciembre de 1996 A. 9651, 3 de febrero de 1997 A. 690, 20 de enero de 1998 A. 26, 20 de julio de 1998 A. 5998, 10 de diciembre de 1998 A. 10387, 3 de febrero de 1999 A. 967.

ma que quede descartada toda posibilidad de difusión de la droga entre el público, tal conducta no puede decirse que facilite o promueva el consumo de tal sustancia indiscriminadamente, que es el fin que quiere evitar la norma penal y, por tanto, sería atípica.

Sólo desde una estricta interpretación literal de la ley, desconectada del *telos* de la misma, puede hablarse de que la creación de un establecimiento en las condiciones antes referidas suponga en todo caso una facilitación del consumo de droga. Dicho *telos* se dirige a vetar los comportamientos de difusión de la droga, tutelando el bien jurídico de la salud pública, mediante la evitación del peligro común o general que la promoción o facilitación de su consumo por personas indeterminadas representa, lo que no tiene por qué darse necesariamente en el caso que analizamos.

## b) Requisitos y condiciones

Para que la creación de un establecimiento de adquisición y consumo de cannabis no realice el tipo penal del art. 368 es necesario que se configure bajo las siguientes condiciones:

1. El marco donde se debe enmarcar el citado proyecto es el de una opción ambiental para reducir el daño asociado a tal consumo. Se trata de dar a los adictos o consumidores habituales de tal sustancia la oportunidad de tener acceso a un lugar limpio y seguro para consumir tal droga, disminuyendo los riesgos de conexión con otro tipo de drogas más tóxicas o potentes, como la heroína, y los riesgos de adulteración de la sustancia, al mismo tiempo que facilitar una mejor preparación del consumo.

2. Desde esta perspectiva se ha de tratar de un local cerrado al público, cuya entrada sólo esté permitida a personas que acrediten ser adictos o habituados al consumo de cannabis. Se trata con ello de evitar que la droga pueda llegar a terceras personas de forma indiscriminada, a la vez que evitar el consumo en un lugar público con el consiguiente efecto negativo que podía tener como espectáculo para terceras personas. De esta forma el consumo queda referido exclusivamente a personas que por su condición de adictos o habituados al consumo de cannabis se ven impelidas a consumir y que lo iban a hacer aunque fuera buscando otro medio diferente de suministro, sin que desde luego, exista riesgo alguno de incidir en la salud de otras personas<sup>78</sup>.

---

<sup>78</sup> GONZÁLEZ ZORRILLA, «Políticas criminales», cit., pág. 271 califica esta exigencia de «moralista y absurda», por entender que su fundamento reside en evitar que el espectáculo pueda ser contemplado por otras personas.

3. Los consumidores deben ser personas «ciertas y determinadas», único modo de poder garantizar que el consumo sólo va referido a la satisfacción de las necesidades de drogadicción. La jurisprudencia viene exigiendo que han de ser personas adictas o al menos habituadas al consumo<sup>79</sup>. El acto de poner a disposición de ya consumidores una cantidad de droga para su consumo inmediato no genera más que un peligro individual que no alcanza el carácter público que caracteriza el bien jurídico protegido por el art. 368 del Código penal<sup>80</sup>.

4. La cantidad de droga que se puede adquirir y consumir no podrá sobrepasar el límite de un consumo normal. La finalidad perseguida sería la satisfacción de las perentorias necesidades de drogadicción que afectan a un grupo determinado de personas con cantidades tan insignificantes que prácticamente cancela sus posibilidades de difusión<sup>81</sup>. La droga sólo se podrá obtener a través del responsable del centro, previa la identificación correspondiente. No se permitirá el tráfico entre los consumidores.

5. Ha de tratarse de un consumo inmediato de las sustancias adquiridas. No se puede permitir que del centro puedan salir con la sustancia psicotrópica, pues entonces sí existiría la posibilidad de que esa droga llegue a terceras personas no adictas. La jurisprudencia alude a un «consumo normal e inmediato»<sup>82</sup>.

6. La jurisprudencia viene exigiendo de forma mayoritaria que no medie contraprestación alguna por la entrega de la droga o por el uso del local<sup>83</sup>. En otras sentencias no se alude a este requisito<sup>84</sup>.

Este requisito tiene razón de ser respecto de los supuestos examinados por la jurisprudencia. Se trata de casos en los que un particular entrega droga a terceros drogadictos para su consumo inmediato. Aquí la remuneración es normalmente un indicio de que la conducta es objetiva y subjetivamente promotora del consumo. Si la entrega está presidi-

---

<sup>79</sup> SSTS 23 de mayo de 1995 A. 3912, 2 de noviembre de 1995 A. 8001, 5 de febrero de 1996 A. 793, 26 de diciembre de 1996 A. 9651, 3 de marzo de 1994 A. 1690, 19 de julio de 1994 A. 6654, 4 de mayo de 1998 A. 4599, 31 de marzo de 1998 A. 3760.

<sup>80</sup> En este sentido se manifiestan las SSTS de 25 de marzo de 1993 A. 2551 y la de 20 de marzo de 1996 A. 2461.

<sup>81</sup> Así, las SSTS de 28 de marzo de 1995 A. 2246, 7 de junio de 1993 A. 4851, 31 de marzo de 1998 A. 3760, 4 de mayo de 1998 A. 4599.

<sup>82</sup> SSTS de 7 de junio de 1993 A. 4851, 25 de junio de 1993 A. 5224, 27 de enero de 1995 A. 681, 28 de marzo de 1995 A. 2246, 31 de marzo de 1998 A. 3760.

<sup>83</sup> SSTS 22 de febrero de 1993 A. 1488, 28 de marzo de 1995 A. 2246, 2 de noviembre de 1995 A. 8011, 5 de febrero de 1996 A. 793, 26 de diciembre de 1996 A. 9651, 4 de mayo de 1998 A. 4599.

<sup>84</sup> SSTS 23 de octubre de 1996 A. 7838, 31 de marzo de 1998 A. 3760.



da por el ánimo de lucro del que vende la sustancia, no se podrá negar que con ello se está promocionando el consumo ilegal de la misma y, por tanto, no se podrá soslayar la aplicación del artículo 368 del Código penal. Sin embargo, en el ámbito de la actuación que analizamos la contraprestación no es un indicio de promoción del consumo de cannabis, sino más bien una forma de desincentivarlo. Obsérvese que se trata de ofrecer el cannabis en buenas condiciones a los adictos o consumidores habituales en un lugar seguro, que evite los riesgos policiales y sanitarios que conlleva el consumo callejero. En este contexto la exigencia de una pequeña contraprestación no tiene el efecto de incentivar el consumo, al contrario, se trata de exigir un esfuerzo económico en el consumidor habitual que suscite un descenso de las ocasiones en que decida consumir. No obstante, el esfuerzo económico no debe ser tan alto como para hacer de nuevo atractivos la adquisición y consumo callejeros.

Por tanto, aunque la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo exija para los supuestos de consumo compartido la no existencia de contraprestación, en nuestra opinión no es necesaria esa exigencia dado que la naturaleza del caso que nos ocupa, ofrecer un marco ambiental que disminuya los riesgos asociados al consumo, excluye claramente la finalidad de promover el consumo de tal sustancia estupefaciente.

### c) Problemas que plantea

La viabilidad de la propuesta acabada de exponer presenta un importante inconveniente que es preciso destacar. La tesis de la impunidad del consumo compartido no se corresponde linealmente con el caso objeto de análisis.

En efecto, la tesis jurisprudencial considera impune la entrega «aislada» o «esporádica» de una cantidad de droga a una persona o grupo de personas determinadas<sup>85</sup>. La propuesta trata de un caso distinto, el establecimiento de un local donde de forma constante y continuada se pueda adquirir y consumir droga, sin que se sobrepase la cantidad necesaria para un consumo normal.

Sólo en una sentencia el Tribunal Supremo se plantea el enjuiciamiento de una conducta consistente en facilitar su domicilio para el

---

<sup>85</sup> La STS de 10 de noviembre de 1994 A. 8900 se refiere a «una sola ocasión», la de 14 de febrero de 1994 A. 738 a «un acto aislado», la de 26 de diciembre de 1996 A. 9651 alude a «donaciones esporádicas» y la de 3 de junio de 1993 A. 4801 a «reunión o reuniones esporádicas».

consumo de drogas a un grupo de personas. El análisis de esta sentencia nos permitirá determinar si es o no de aplicación esta tesis al supuesto que estamos analizando, y bajo qué condiciones.

En esta sentencia de 3 de junio de 1993<sup>86</sup> el Tribunal Supremo considera que tal comportamiento realiza el tipo penal porque no reúne las condiciones exigidas por la jurisprudencia, pues no se trata de «*una reunión o reuniones esporádicas en un recinto cerrado entre un número muy limitado de adictos con un consumo restringido de la droga recíprocamente ofrecida o incluso adquirida por uno de ellos para compartirla en una sola ocasión o en ocasiones excepcionales, ausente toda idea de tráfico y sin más principio rector que el de la comunicación y cortesía*». Los datos valorados por el Tribunal para estimar que no se da la situación antes referida son los siguientes:

- *«habitualidad de las reuniones en el domicilio por un grupo abierto a numerosas personas supone cierto descontrol»,*
- *una provisión y previsión en la existencia de heroína, donde sería normal la remuneración por el local o por la droga,*
- *una trascendencia pública en una localidad de censo menor que lleva consigo la posible incorporación de nuevos adictos o la adscripción al grupo de no iniciados».*

De esta argumentación cabe deducir *a sensu contrario*, que el establecimiento de un local para la adquisición y consumo de cannabis no debe estimarse una conducta típica si se realiza bajo las condiciones exigidas por la jurisprudencia:

- que se trate de un local de acceso restringido sólo a un grupo determinado de adictos o consumidores habituales,
- que se trate de un lugar cerrado,
- que se trate de unas cantidades de droga que no rebasen el límite de un consumo inmediato,
- que no medie contraprestación alguna por la entrega de la droga o por el uso del local.

Respecto a esta última exigencia nos remitimos a la argumentación anteriormente expuesta contraria a esa limitación en el marco de una iniciativa como la que nos ocupa.

Es importante destacar que aunque la nota de la «habitualidad» de la entrega es tenida en cuenta para considerar que la conducta es típi-

---

<sup>86</sup> A. 4801.

ca, lo relevante, si atendemos al fundamento de la atipicidad que la propia sentencia indica antes del enjuiciamiento de los hechos (*«dicho bien jurídico no padece cuando el riesgo o peligro para la salud de terceros, que constituye el substrato de la antijuricidad del delito, no concurre»*), no es que la entrega sea habitual sino que se da a un grupo abierto compuesto por numerosas personas, lo que supone cierto descontrol del destino de la droga, que existe remuneración y que existe el peligro de que se puedan incorporar nuevas personas no iniciadas en el consumo.

Por tanto, podemos concluir que la iniciativa de establecer centros donde un grupo determinado de adictos o personas habituadas al consumo de cannabis puedan adquirir y consumir tal sustancia no realiza el tipo penal del artículo 368 del Código penal si se emprende bajo las condiciones antes indicadas.

En esas condiciones se garantiza que la droga no llegue a terceras personas de forma indiscriminada sino sólo a las personas que por su condición de adictos o habituados al consumo iban a adquirir y consumir en cualquier caso tal sustancia por otras vías. No se trata con ello de promocionar el consumo sino de reconducirlo a un lugar que ofrezca garantías de seguridad y calidad del producto, disminuyendo los riesgos policiales y sanitarios asociados al consumo callejero.

## **V. Responsabilidad administrativa**

### *1. Uso terapéutico del cannabis*

#### **a) Legislación administrativa aplicable**

Una vez que hemos fundamentado la ausencia de toda responsabilidad penal por el uso terapéutico del cannabis, queda extraer de la legislación administrativa en materia de drogas las exigencias que deben observarse para una posible prescripción médica de dicha sustancia o, en su defecto, para el desarrollo de ensayos clínicos con humanos, siendo esta última iniciativa la que menor problemática legal presenta. Analizaremos en primer lugar los convenios internacionales ratificados por España, que condicionan todo el desarrollo legislativo posterior.

La Convención única sobre estupefacientes de 1961, enmendada por el Protocolo de Nueva York de 25 de mayo de 1972<sup>87</sup>, incluye el cannabis y su resina en las listas I y IV, que son las sometidas a las medidas

<sup>87</sup> BOE de 4 de noviembre de 1981.

de fiscalización más rígidas, al recomendarse que la producción, fabricación, exportación, importación, distribución, comercio, uso y posesión de estupefacientes contenidos en aquellas listas se limite exclusivamente a las cantidades necesarias para la investigación médica y científica (artículos 2.º5 b) y 4.ºc). El THC aparece clasificado, sin embargo, como sustancia psicotrópica, en el Convenio de Viena de 21 de febrero de 1971, sobre sustancias psicotrópicas<sup>88</sup>; los tetrahidrocannabinoles se incluyen en la lista I, y también quedan sometidos a la prohibición de todo uso, «excepto el que con fines científicos y médicos muy limitados hagan personas debidamente autorizadas» (artículo 7.º a).

La regulación española sobre estupefacientes se adapta al contenido y obligaciones impuestas por la Convención única de 1961 mediante la Ley 17/1967, de 8 de abril, de Normas reguladoras sobre estupefacientes<sup>89</sup>. Según su artículo 2º.2, se consideran artículos o géneros prohibidos los estupefacientes incluidos o que se incluyan en la lista IV del citado Convenio (*cannabis y su resina*), que no podrán ser objeto de ningún uso, «con excepción de las cantidades necesarias para la investigación médica y científica, incluidos los experimentos clínicos con dichos estupefacientes».

La normativa española en materia de sustancias psicotrópicas se actualiza por medio del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, sobre fabricación, distribución, prescripción y dispensación de sustancias y preparados sicotrópicos<sup>90</sup>, que reproduce en su anexo 1 las sustancias enumeradas en las listas del Convenio de 1971 (*tetrahidrocannabinoles en la lista I*) y prohíbe en su artículo 2º.1 todo uso de las sustancias incluidas en la lista I, salvo para fines científicos. Sin embargo, este Real Decreto fue modificado por Orden de 27 de febrero de 1992<sup>91</sup>, que transfiere el Delta-9-tetrahidrocannabinol (THC) y sus variantes esteroquímicas de la lista I a la lista II del citado Real Decreto. Ello significa que el uso del THC queda sujeto a las exigencias legales que para los productos psicotrópicos de la lista II del anexo 1 del RD 2829/1977 se imponen en el mismo y en la Orden de 14 de enero de 1981<sup>92</sup>, que lo desarrolla. En concreto, el THC se puede dispensar en oficinas de farmacia con receta médica (artículo 16 del RD) y puede ser objeto de investigación médica o científica, con la preceptiva autorización (artículo 1 de la Orden de 14 de enero de 1981).

88 BOE de 10 de septiembre de 1976.

89 BOE de 11 de abril de 1967.

90 BOE de 16 de octubre de 1977.

91 BOE de 17 de marzo de 1992.

92 BOE de 29 de enero de 1981.

Como primera conclusión extraemos que el cannabis en sí (marijuana) y su resina (hachís) están prohibidos en España salvo para la investigación médica o científica, mientras que su principio activo, el THC, está sujeto a unas medidas de fiscalización menos rígidas, que permiten su prescripción médica y consiguiente dispensación bajo un régimen de autorizaciones administrativas. Este doble tratamiento de una sustancia estupefaciente y su principio activo, que es en definitiva el que provoca esencialmente las propiedades psicoactivas del cannabis, puede resultar paradójico, salvo que se entienda como una política de control, de modo que sólo puedan obtener autorización los fabricantes capaces de aislar el THC, esto es, grandes empresas farmacéuticas. En cualquier caso, las dos principales vías que se perfilan en nuestra legislación para el posible uso legal del cannabis son las expuestas: ensayo clínico, en todo caso, y prescripción médica con receta especial, si es THC puro o un derivado sintético, que se administra normalmente en forma de cápsulas por vía oral.

## **b) Requisitos administrativos**

### *a') Ensayos clínicos*

En primer lugar, hay que tener en cuenta que la vigente Ley del Medicamento, de 20 de diciembre de 1990<sup>93</sup>, considera las sustancias estupefacientes y psicotrópicas como medicamentos, si bien encuadrados en la categoría de especiales, y en cuanto tales quedan sometidos a las disposiciones de dicha Ley, así como a su legislación especial (artículo 41).

El Título Tercero de la Ley del Medicamento está dedicado a los ensayos clínicos y, a falta de regulación específica, lo entendemos de aplicación a la investigación médica con cannabis, pues la Ley 17/1967, sobre estupefacientes, sólo precisa que los experimentos clínicos con estupefacientes de la lista IV (*cannabis y su resina*) deben realizarse bajo la vigilancia y fiscalización de la Dirección General de Sanidad (artículo 2.º2). Para la investigación con THC sí existe una regulación especial, en la Orden de 14 de enero de 1981, que a nuestro juicio debe completarse con la posterior Ley del Medicamento.

El artículo 59 de la Ley del Medicamento define lo que debe entenderse por ensayo clínico como *«toda evaluación experimental de una sustancia o medicamento, a través de su administración o aplicación a seres humanos, orientada hacia alguno de los siguientes fines:*

---

93 BOE de 22 de diciembre de 1990.

- b) *Establecer su eficacia para una indicación terapéutica, profiláctica o diagnóstica determinada...».*

Las investigaciones que se están desarrollando en varios países aportan suficiente base racional sobre los posibles efectos terapéuticos del cannabis en relación con ciertas enfermedades. El hecho de que hasta el momento no hayan conseguido separarse tales efectos de las propiedades psicoactivas, no siempre deseadas por el enfermo, no desvirtúa lo dicho, pues algo similar ocurre con otras sustancias prohibidas de uso restringido a nivel médico, como la morfina, que se administra a pacientes oncológicos con fuertes dolores; la cocaína, que se emplea como anestesia local, por ejemplo en las exploraciones endoscópicas de la parte superior del aparato respiratorio y digestivo; y las anfetaminas, eficaces en el tratamiento de la denominada obesidad mórbida y en el de los niños hiperactivos.

Los requisitos que habrían de cumplirse para la realización de un ensayo clínico con cannabis en humanos son los siguientes (Ley del Medicamento, artículos 60 y siguientes):

1. Autorización por el Ministerio de Sanidad y Consumo, previa presentación de un protocolo médico-científico de investigación (artículo 65).

2. Disposición de suficientes datos científicos, en particular ensayos farmacológicos y toxicológicos en animales, que garanticen que los riesgos que implica en la persona en que se realiza son admisibles (artículo 60.1).

3. Respeto a los derechos fundamentales de la persona y a los postulados éticos que afectan a la investigación biomédica (artículo 60.2). A tal efecto, todo ensayo clínico requiere un informe previo de un Comité Ético de Investigación Clínica, independiente de los promotores e investigadores, y debidamente acreditado por la Autoridad Sanitaria competente. Los Comités éticos estarán formados, como mínimo, por un equipo interdisciplinario integrado por médicos, farmacéuticos de hospital, farmacólogos clínicos, personal de enfermería y personas ajenas a las profesiones sanitarias de las que al menos una será jurista (artículo 64).

4. Consentimiento libremente expresado de la persona en la que haya de realizarse el ensayo después de haber sido informada sobre la naturaleza, importancia, alcance y riesgos del ensayo y haber comprendido la información (artículo 60.4).

5. Solamente podrá actuar como investigador principal un profesional sanitario suficientemente calificado para evaluar la respuesta a

la sustancia o medicamento objeto de estudio y, en todo caso, se requiere la supervisión de un médico (artículo 63).

En el supuesto de un ensayo clínico con THC serían de aplicación también las disposiciones contenidas en la Orden de 14 de enero de 1981, según la cual la autorización de investigación con sustancias psicotrópicas corresponde a la Dirección General de Farmacia y Medicamentos (artículo 1.2). La entidad médica o científica que precise el empleo de dichas sustancias lo solicitará mediante instancia suscrita por el representante legal, en la que se expondrán:

Productos psicotrópicos y cantidad que precisa

Finalidad del ensayo

Director del equipo que realizará los ensayos

Tiempo de realización y períodos previstos para la retirada del producto

Breve resumen explicativo del objeto de la investigación.

La Dirección General de Farmacia fiscalizará que el empleo del producto es ajustado a las condiciones para las que se autorizaron los ensayos, pudiendo, por incumplimiento de aquéllas, anular la autorización y proceder a la retirada del producto no utilizado (artículo 1.3).

### ***b') Prescripción médica con receta***

Como ya se adelantó, las posibilidades de utilización del THC con fines terapéuticos, dentro de lo permitido por la ley, son mucho más amplias que con respecto al cannabis en sí o su resina. Su transferencia a la lista II del Real Decreto 2829/1977 conlleva que pueda ser fabricado, importado, exportado, distribuido, previa licencia, y, lo más importante, dispensado en oficinas de farmacia mediante prescripción en receta médica (artículo 16 del citado RD).

Ahora bien, esta receta médica ha de cumplir una serie de requisitos específicos por tratarse de una sustancia psicotrópica, que se establecen en el artículo 17 del mismo RD 2829/1977 y en una serie de Órdenes ministeriales posteriores: Orden de 30 de abril de 1986<sup>94</sup> y Orden de 23 de mayo de 1994<sup>95</sup>, ambas referidas a la asistencia sanitaria fue-

<sup>94</sup> BOE de 3 de mayo de 1986.

<sup>95</sup> BOE de 31 de mayo de 1994.

ra del ámbito hospitalario, si bien la primera es de aplicación a las recetas médicas que no sean de la Seguridad Social y la segunda a las que sí lo sean.

Estas disposiciones determinan los datos obligatorios que deben consignarse en la receta, condiciones materiales de confección de la misma, modelos normalizados, número de medicamentos y ejemplares que pueden prescribirse por cada receta, plazo de validez, etc. Son datos obligatorios los exigidos en el artículo 7 del Real Decreto 1910/1984, de 26 de septiembre<sup>96</sup>:

- Nombre y apellidos del médico prescriptor.
- Población y dirección donde ejerza.
- Colegio profesional al que pertenezca y número de colegiado.
- Nombre y apellidos del paciente y su año de nacimiento.
- Medicamento o producto objeto de prescripción.
- Forma farmacéutica, vía de administración.
- Número de envases que se prescriben.
- La posología.
- Etc.

En el caso de especialidades farmacéuticas que contengan sustancias incluidas en las listas II (THC), III y IV del anexo I del RD 2829/1977, el farmacéutico deberá comprobar la identidad de la persona que acude a la farmacia a retirar el medicamento (artículo 5º.3 de la Orden de 23 de mayo de 1994).

## 2. *Establecimientos para la adquisición y consumo de cannabis*

En este apartado analizaremos la posible responsabilidad administrativa que puede generar la apertura de establecimientos para la adquisición y consumo de cannabis.

A estos efectos, hay que atender a la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana<sup>97</sup>. En su artículo 23. h) se tipifica como infracción grave:

<sup>96</sup> BOE de 29 de octubre de 1984.

<sup>97</sup> BOE de 22 de febrero de 1992.



*«La tolerancia del consumo ilegal o el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en locales o establecimientos públicos o la falta de diligencia en orden a impedirlos por parte de los propietarios, administradores o encargados de los mismos».*

Y conforme al artículo 25.1:

*«Constituyen infracciones graves a la seguridad ciudadana el consumo en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos, así como la tenencia ilícita, aunque no estuviera destinada al tráfico, de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que no constituya infracción penal, así como el abandono en los sitios mencionados de útiles o instrumentos utilizados para su consumo».*

El objeto material de estas infracciones son las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, pero la Ley no define estas sustancias, por lo que hay que remitirse a la normativa tanto de Derecho internacional como de Derecho interno en esta materia.

En este sentido, el artículo 1.n) de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 19 de diciembre de 1988<sup>98</sup> entiende por «estupefaciente» cualquiera de las sustancias, naturales o sintéticas, que figuran en las listas I (*cannabis*) o II de la Convención Única de 1961.

De los artículos 23.h) y 25.1 de la LO 1/1992 se extrae, sin margen de interpretación, que el consumo y la tenencia de cannabis en lugares públicos, así como la tolerancia del consumo o del tráfico en tales establecimientos constituyen infracciones administrativas, clasificadas además como graves.

Con todo, este precepto no debe interpretarse de modo aislado, sino sistemática y teleológicamente, esto es, conforme a la Exposición de Motivos de la Ley y a su artículo 1, donde se establece que el fin de esta norma no es más que la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades, garantizando la seguridad ciudadana mediante la eliminación de la violencia en las relaciones sociales y la remoción de los obstáculos que se opongan a la plenitud de dichas libertades y derechos.

Desde esta perspectiva, no puede obviarse que el consumo de cannabis presenta unas connotaciones propias que lo distinguen de otras drogas: no genera violencia social; no puede asociarse a la comisión de hechos delictivos para su adquisición, debido entre otros factores a que no es una sustancia que provoque síndrome de abstinencia; no comporta un riesgo para la salud pública en cuanto al abandono de los

<sup>98</sup> BOE de 10 de noviembre de 1990.

útiles que se emplean para su consumo (como ocurre con la jeringuilla en el caso de la heroína). Sí puede generar, en cambio, un riesgo para la salud pública la falta de todo control estatal sobre la calidad de la marihuana o de la resina que circula en el mercado ilegal. Una política de contención de riegos debería facilitar la adquisición en lugares públicos de estas sustancias, que tendrían que superar así previos controles toxicológicos para evitar que llegue al consumidor un producto adulterado.

Otro argumento a tener en cuenta es que el consumo de cannabis no es, por regla general, un escalón previo al consumo de drogas duras. Los casos en que se produce el paso de un tipo de droga a otra se deben principalmente a causas psicosociológicas, produciéndose sobre todo entre una minoría de jóvenes de los ambientes desfavorecidos, que viven en medios familiares y sociales inestables, con fracaso escolar y en contacto con traficantes de heroína y cocaína.

A pesar de todo, sólo una propuesta formulada en términos más estrictos puede ser acorde a la legislación administrativa vigente. En primer lugar, es inviable desde un punto de vista legal la posibilidad de suministrar cannabis a cambio de un precio en un establecimiento abierto al público por parte de sus responsables o empleados, puesto que esta conducta incurre de pleno en responsabilidad penal, como ya hemos analizado. Tampoco cabe la mera tolerancia del tráfico de cannabis promovido por terceros en un establecimiento público, que constituiría infracción administrativa (art. 23.h) de la LO 1/1992).

Con respecto al autoconsumo, si bien no está penado, sí constituye en cambio infracción administrativa (art. 25.1 LO 1/1992), salvo que el lugar donde se lleve a cabo esa actividad no revista las características de establecimiento abierto al público. Este resquicio legal puede dar base a una propuesta menos pretenciosa pero de importante repercusión social. El concepto de establecimiento abierto al público ha sido desarrollado jurisprudencialmente, siendo su señal identificatoria más característica la posibilidad indiscriminada de acceso al mismo por cualquier persona, en contraposición a los «clubs» o establecimientos privados en que sólo se permite el acceso a sus socios<sup>99</sup>.

Esta doctrina jurisprudencial sirve de apoyo a una propuesta alternativa, que no vulneraría la Ley de Protección de la Seguridad

---

<sup>99</sup> SSTs de 30 de octubre de 1992 A. 8550, 5 de marzo de 1994 A. 1849, 15 de febrero de 1995 A. 857, 19 de diciembre de 1997 A. 8999, 11 de mayo de 1998 A. 3518, 25 de mayo de 1998 A. 9192, 8 de julio de 1999 A. 6205.

Ciudadana, consistente en la autorización o promoción de establecimientos no abiertos a un público indiscriminado, esto es, centros privados de fumadores de hachís o marijuana, en los que se exigiría como medida de control del acceso el tener la condición de socio y consiguientemente estar registrado. Serían, por tanto, lugares de consumo privado entre consumidores habituales en los que no estaría permitido el tráfico de cannabis pero sí la tenencia para el autoconsumo de tal sustancia.

Esta tenencia no constituiría infracción administrativa porque la tenencia ilícita a la que alude el art. 25.1 de la citada Ley ha de interpretarse en relación con el primer inciso del artículo, esto es, ha de ser referida necesariamente al consumo en público, de manera que el precepto no sanciona la tenencia preordenada al consumo privado, consumo que no supone en nuestro ordenamiento ni ilícito penal ni ilícito administrativo. La conclusión contraria supondría la incoherencia de considerar que un acto preparatorio (tenencia) de un acto lícito (el consumo privado) constituye una infracción<sup>100</sup>.

No obstante, la sentencia del TS de 28 de septiembre de 1998<sup>101</sup> sienta como doctrina legal la consideración ilícita de la tenencia de drogas para el autoconsumo y, por tanto, sancionable en virtud del art. 25.1 de la LO 1/1992, reproduciendo argumentos ya sostenidos por el TC en la sentencia 341/1993, de 18 de noviembre.

El TS deduce la ilicitud de la tenencia de drogas del art. 22 de la Ley 17/1967, de 8 de abril, sobre normas reguladores de estupefacientes, entendiendo: 1.º) que están prohibidos todos los usos distintos a los expresamente mencionados (industriales, terapéuticos, científicos y docentes autorizados), incluido el consumo; 2.º) que, consiguientemente, debe considerarse ilegal toda tenencia de drogas con fines distintos a los autorizados, incluida la tenencia para el propio consumo.

Sin embargo, esta sentencia ha sido contestada por la doctrina. En primer lugar, no se justifica la interpretación del concepto indeterminado de «tenencia ilícita» en base al citado art. 22 de la Ley 17/1967, porque en él se establecen prohibiciones y controles dirigidos a los organismos que hacen uso de estupefacientes, y no a los ciudadanos en

---

<sup>100</sup> En este sentido, BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Tenencia y consumo de drogas: los límites de las prohibiciones en el Derecho español», *Actualidad penal* (en prensa), pág. 8; TOMILLO CID, F. J., «Aspectos sociológicos, criminológicos y jurídicos del consumo de drogas ilegales», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 5/1995, págs. 981-982.

<sup>101</sup> A. 7529.

general<sup>102</sup>. En segundo lugar, la interpretación del TS se fundamenta no en la ilicitud de la tenencia en sí misma, sino en la ilicitud del consumo en cuanto fin no autorizado, en contra de la opinión mayoritaria. El TS deduce directamente de la ausencia de una norma permisiva la existencia de una norma prohibitiva<sup>103</sup>, cuando lo cierto es que en ningún precepto del ordenamiento jurídico español se sanciona expresamente el consumo privado de drogas. Desde la promulgación de la LO 1/1992, el único consumo ilícito es el que se realiza en lugares públicos<sup>104</sup>. Finalmente, la interpretación de los preceptos de Derecho administrativo sancionador debe hacerse conforme al principio de ofensividad, según ha declarado el propio TC<sup>105</sup>. Por tanto, los ilícitos administrativos, al igual que los penales, deben implicar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido<sup>106</sup>. Desde esta perspectiva, el consumo de drogas en privado así como la tenencia para dicho fin difícilmente pueden afectar a la seguridad ciudadana, bien jurídico protegido en la LO 1/1992. A lo sumo, puede suponer una autopuesta en peligro de la salud individual, cuya prohibición sería contraria al derecho de autodeterminación<sup>107</sup>.

Con esta propuesta se elude también la infracción administrativa del art. 23.h) de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, en su modalidad referida a la tolerancia del consumo por parte de los propietarios, administradores o encargados de establecimientos públicos, puesto que los locales que proponemos no revestirían tal característica, en la que se fundamenta precisamente la prohibición por la facilidad que para la difusión de la droga ofrece la concurrencia de un público indiscriminado.

---

<sup>102</sup> En este sentido, FRÍGOLS I BRINES, E., «Sobre la tenencia ilícita de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas para el propio consumo: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, sección 6.ª, Sala III, de 28 de septiembre de 1998», en *Revista de Ciencias Penales*, n.º 1, vol. 2, 1999, págs. 273 y ss.

<sup>103</sup> Cfr. críticamente, QUERALT, J. J., «La tenencia de drogas para el autoconsumo», en *La Ley*, n.º 4770, 8 de abril de 1999, pág. 3.

<sup>104</sup> En este sentido, PORTILLA CONTRERAS, G., «Infracciones graves relacionadas con el consumo, la tenencia de drogas y el abandono de instrumentos utilizados para el consumo», en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios a la leyes penales*, t. XV, vol. I, Edersa, Madrid, 1994, pág. 470.

<sup>105</sup> STC 270/1994, de 17 de octubre.

<sup>106</sup> En este sentido, QUERALT, J.J., «La tenencia de drogas para el autoconsumo», cit., págs. 4 y 6; BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Tenencia y consumo de drogas», cit., págs. 4 y ss.

<sup>107</sup> En este sentido, BOLDOVA PASAMAR, M.A., cit., págs. 7-8; FRÍGOLS I BRINES, E., cit., págs. 291-292, que se remite al derecho a la libertad ideológica del artículo 16 CE.

## **VI. Configuración del uso terapéutico del cannabis y de la creación de establecimientos donde se pueda adquirir y consumir tal sustancia para que se consideren conforme a derecho**

### *1. Uso terapéutico del cannabis*

De todo lo anterior deducimos que el uso terapéutico del cannabis puede configurarse de dos formas distintas según se trate del cannabis en sí (marijuana) y su resina (hachís), o de su principio activo (THC).

a) En el primer caso, el uso terapéutico del cannabis, sólo cabe inscribir tal actuación en el ámbito de un proyecto científico o de investigación, en los estrictos márgenes de un ensayo clínico en los términos establecidos en la Ley del Medicamento, en la medida en que el uso y posesión de sustancias estupefacientes prohibidas requiere de autorización administrativa, que se supedita a la existencia de un proyecto médico-científico de investigación.

b) Las posibilidades de utilización del THC con fines terapéuticos, dentro de lo permitido por la ley, son mucho más amplias que con respecto al cannabis en sí o su resina. Su transferencia a la lista II del Real decreto 2824/1977 conlleva que pueda ser fabricado, importado, exportado, distribuido, siempre previa licencia, y, lo más importante, dispensado en oficinas de farmacia mediante prescripción con receta médica.

Esta regulación permite, cuando se trate del THC, configurar la actuación como ensayo clínico o directamente como prescripción médica con receta.

### *2. Creación de establecimientos donde se pueda adquirir y consumir cannabis*

Respecto a la segunda propuesta objeto de este estudio, queda totalmente descartada la posibilidad de establecer centros abiertos al público donde se pueda adquirir y consumir cannabis, pues el suministro de cannabis realizaría plenamente el tipo penal del delito de tráfico de drogas y el consumo de esta sustancia en un establecimiento público constituye una infracción administrativa del artículo 25 de la LO 1/1992.

Por tanto, el suministro y el consumo de cannabis en un establecimiento público sería contrario a la legislación vigente y derivaría en responsabilidad penal para los promotores y en responsabilidad administrativa para los consumidores.

Esta iniciativa sólo tendría cabida en nuestro ordenamiento jurídico si se configura como un proyecto referido a la creación de centros no abiertos a un público indiscriminado, sino de acceso restringido a fumadores de hachís o marijuana, en los que se exigiría como medida de control del acceso el tener la condición de consumidor habitual.

Se trataría, por tanto, de lugares de consumo privado entre consumidores habituales en los que se podría adquirir y consumir cantidades que no sobrepasen el límite de un consumo normal. No estaría permitido el tráfico de cannabis entre los consumidores y la cantidad de cannabis adquirida debería ser consumida en el recinto.