



Universidad de
Almería

TRABAJO FIN DE GRADO

DERECHO

TITULO

**CRIMINALIZACION DEL CONSUMO Y LA
TENENCIA DE CANNABIS EN VIA
ADMINISTRATIVA**

Autor

José Luis Soler Pérez



Universidad de
Almería

**CRIMINALIZACION DEL CONSUMO Y
LA TENENCIA DE CANNABIS EN VIA
ADMINISTRATIVA**

AUTOR:

JOSE LUIS SOLER PEREZ

TUTORA:

M^a DOLORES MACHADO RUIZ

ÍNDICE

I.- INTRODUCCIÓN.....	pág. 4
II.- TRATAMIENTO PENAL Y JURISPRUDENCIAL DEL TRÁFICO DE DROGAS EN ESPAÑA.....	pág. 5
1.- La tipificación del tráfico de drogas en el Código penal de 1995.....	pág. 7
2.- Restricción jurisprudencial en la aplicación del delito de tráfico de drogas: supuestos despenalizados.....	pág. 11
III.- CRIMINALIZACIÓN DE LA TENENCIA Y EL CONSUMO DE DROGAS PROPIO POR VÍA ADMINISTRATIVA.....	pág. 15
1.- La Ley de Seguridad Ciudadana de 1992.....	pág. 15
2.- Novedades de la nueva Ley de Seguridad Ciudadana de 2015.....	pág. 17
IV.- EL NUEVO FENÓMENO EN MATERIA DE CONSUMO DE DROGAS: LAS ASOCIACIONES DE CANNABIS.....	pág. 20
1.- Características y tipos de asociaciones de cannabis.....	pág. 20
2.- Diverso criterio jurisprudencial en torno a la penalización de este tipo de asociaciones.....	pág. 23
V.- TRATAMIENTO DE ESTE NUEVO FENOMENO DE DROGAS EN EL DERECHO COMPARADO.....	pág. 28
VI.- CONCLUSIÓN.....	pág. 29
VII.- BIBLIOGRAFÍA.....	pág. 31

I.- INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo tiene como fin valorar el tratamiento que nuestro sistema jurídico dispensa a la tenencia y consumo propio de drogas ilegales. Las sucesivas campañas antidroga y la amplia criminalización de todo lo que rodea a este fenómeno no han logrado bajar los índices de su consumo. Muestra de ello es la mayor trascendencia social que hoy en día tiene este tipo de conductas entre nuestra población de adolescentes y jóvenes adultos.

Probablemente, el problema sea la falta de una regulación administrativa específica sobre una conducta que está despenalizada en nuestro ordenamiento penal. Así lo ha entendido nuestra jurisprudencia que, en su intento por restringir el excesivo ámbito de aplicación de este delito, ha llegado a asimilar a esa tenencia y consumo propios otras conductas atendiendo a su escasa importancia para afectar la salud pública como bien jurídico a proteger. Me refiero a la despenalización operada en la práctica judicial de conductas la donación entre adictos, servidor de la posesión o el consumo compartido entre adultos consumidores de pequeñas cantidades de drogas, entre otras.

Sin embargo, el legislador lejos de atender a esos razonables intentos de nuestros tribunales de restringir la indiscriminada regulación penal existente en la materia, ha optado por criminalizar el autoconsumo o consumo compartido entre adultos por vía administrativa. Al principio, fue a través de la Ley de Seguridad Ciudadana de 1992 (en adelante LSC), que establecía una serie de sanciones para impedir este tipo de conductas en el espacio público, afectando con ello a un tipo específico de droga que se consume habitualmente en la calle (hachís y la marihuana) y a un perfil muy concreto de consumidores, el más débil como son los jóvenes. Más tarde, ese marco sancionador que se ha visto ampliado y agravado con la reciente entrada en vigor de la nueva Ley de Seguridad Ciudadana de 2015. La grave repercusión que esta normativa supone para la libertad en general de los ciudadanos y, en particular, para los consumidores adultos de drogas -que no son las legales en nuestro país (alcohol y tabaco)-, impone la necesidad de analizar las novedades que comporta en comparación con su antecesora.

Está claro, pues, que con la LO 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, nuestro legislador ha decidido asumir la línea prohibicionista

adoptada por los países de nuestro entorno cultural como Francia o Italia. En lugar de la seguida por otros países europeos como Holanda, que opta por una regulación más respetuosa y flexible que permite la venta y el consumo de marihuana en lugares específicos para ello.

Por otra parte, merece la atención la proliferación de otras conductas relacionadas con el consumo de drogas ilegales que han surgido en los últimos años. Me refiero a las “asociaciones cannábicas” que cada vez tienen una mayor presencia en un gran número de ciudades españolas como Barcelona o Almería. Las escasas sentencias de las Audiencias provinciales y del Tribunal Supremo en torno a este tipo de asociaciones y su vinculación al delito de tráfico de drogas, ponen de manifiesto que no existe un criterio unánime en su tratamiento judicial. Tengan en cuenta que se trata de un tipo de asociación sin ánimo de lucro y que son en principio legales, aun así están generando un gran impacto social por el creciente número de socios y porque muchas de ellas poseen plantaciones de cultivo de marihuana para su propio suministro.

Este ambiguo panorama, donde la persecución administrativa avanza de forma paralela al surgimiento de nuevas formas individuales o asociativas de consumo de drogas ilegales en nuestro país, justifica el interés por analizar las peculiaridades y contrasentidos que presenta la situación jurídica actual de estas conductas relacionadas con la tenencia y consumo propio de drogas ilegales.

II. TRATAMIENTO PENAL Y JURISPRUDENCIAL DEL TRÁFICO DE DROGAS EN ESPAÑA.

El fenómeno de las drogas no es algo nuevo en nuestro país, sino que lleva existiendo desde hace muchos años, ejemplo de ello es la expresión de ALFONSO SANJUÁN e IBÁÑEZ LÓPEZ, «las drogas siempre han existido, todos los pueblos han tenido su droga», por lo que habrá que remontarse al año 1822 para ver las primeras regulaciones sobre las conocidas actualmente como drogas.

En el Código Penal de 1822 ya se hacía referencia a los estupefacientes como sustancias nocivas para la salud pública. Así se prohibía la venta en las boticas de venenos o sustancias nocivas sin cumplir los requisitos de la ley, que se dirigía en gran

parte al consumo de opio que estaba bastante extendido en esa época¹. Si bien, fue más tarde en las reformas de 1850 y 1870 del Código penal, cuando se empezó por primera vez a hacer referencia al “tráfico”, pero de forma regularizada de esas sustancias nocivas.

Tengan en cuenta que el problema de esas sustancias nocivas no tenía nada que ver con el ahora existente, ya que se trataba de proteger a los ciudadanos de los posibles medicamentos o jarabes que tenían un fin terapéutico, pero que al mismo tiempo conllevaban un alto riesgo para la vida y salud de las personas. Muy diferente al concepto médico que se tiene hoy en día de las drogas o estupefacientes como toda sustancia natural o sintética nociva para la salud cuyo consumo continuado provoca dependencia psíquica, física y tolerancia.

Será en 1928 cuando el Código penal incluya propiamente como delito, el tráfico ilícito de drogas tóxicas o estupefacientes, aunque no sería hasta la reforma de 1971 cuando finalmente aparezca con una sustantividad propia dentro de nuestro texto punitivo. La razón, sin duda, fue la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes, enmendada por el protocolo que modifica dicha convención única, Nueva York 8 de agosto de 1975, año en que entraría en vigor, que sería determinante para la regulación penal en materia de drogas en todos los países, incluida España. En la Convención citada, se recoge en su preámbulo la necesidad de regular el uso de los estupefacientes con fin medicinal de forma concertada y universal por todos los países mediante una cooperación internacional debido a la aceptación de que el uso indebido de los estupefacientes constituye un peligro económico y social para la sociedad y el individuo y deben adoptarse las medidas necesarias para limitar el uso de los estupefacientes a los fines médicos y científicos².

Así, resulta necesario citar del mismo modo, la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, de Viena de 1988, que tiene su fundamento en la preocupación existente por la creciente producción, demanda y tráfico ilícito de estupefacientes y sicotrópicos que representan una grave amenaza para el bienestar del ser humano así como el reconocimiento de las actividades

¹ MOLURA PEREZ, T.: “Breves notas sobre la evolución histórica de los estupefacientes en la legislación española”. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLIV, 2011; págs. 303-316.

² Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-25650>

delictivas relacionadas con este tráfico ilícito y para esa erradicación del tráfico ilícito y la importante necesidad de fortalecer y complementar las medidas adoptadas en la Convención Única de 1961 antes citada³. Tal es su importancia, que dicha convención es citada en nuestro Código Penal, concretamente en el art. 371 relacionado con el tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Esta regulación se mantendría con algunas modificaciones en el Código penal de 1973, precedente directo del vigente aprobado por LO 10/1995, de 23 de noviembre, así como en sus sucesivas reformas de 1983 y 1988 hasta llegar a las más recientes que si han operado cambios importantes en la formulación legal del delito de tráfico de drogas. Veámoslas. En el año 1983 se da una nueva redacción al art. 344, relativo a los que promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal. Y ese artículo, con la reforma de 1995, pasa a ser el número 368 y continúa con el mismo sistema de incriminación, denominado “en cascada”.

1. Tipificación del tráfico de drogas en el Código penal de 1995.

En nuestro país, el delito de tráfico de drogas se encuentra actualmente regulado en los arts. 368 y ss. del Código penal, siguiendo un modelo de criminalización amplia que abarca numerosas conductas relacionadas con el consumo ilegal de drogas, exceptuando el consumo propio⁴. Tras sucesivas reformas en la materia, la operada por LO 5/2010, de 22 de junio, marca un antes y un después en su tratamiento penal porque introduce modificaciones relevantes que mejora, en cierta medida, una regulación que hasta ahora había sido muy cuestionada por doctrina y jurisprudencia⁵. La primera que cabe destacar es la adecuación de su penalidad a la mayor o menor gravedad de injusto del tipo básico y atenuado, respondiendo así a las exigencias del principio de proporcionalidad que demandaban hace años nuestros tribunales ante la excesiva e injustificada penalidad prevista en su redacción anterior.

El art. 368 establece que *“Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o*

³ Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf

⁴ Cfr. PASTOR MUÑOZ, N.: “Delitos contra la salud pública: el tráfico de drogas”, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, Silva Sánchez (dir.), Atelier, Barcelona 2015; pág. 301.

⁵ GRANADOS PEREZ, C., *Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de tráfico de drogas*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 209.

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, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370.”

La segunda modificación se refiere a la inclusión por primera vez de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento penal. Esta novedosa previsión determinó la incorporación del art. 369 bis CP, para incriminar su responsabilidad junto a la de las organizaciones criminales que se dediquen al tráfico de drogas o estupefacientes. Así como su correspondiente previsión en los casos de extrema gravedad⁶.

Sin embargo, el incesante afán reformador de nuestro legislador penal ha llevado nuevamente a modificar ciertos aspectos de este ilícito penal a través de la LO 1/2015, de 30 de marzo. Esta última reforma ha supuesto una profunda modificación de la figura del decomiso y, consecuentemente, de su tratamiento en materia de drogas (art. 374 CP). Este precepto alude al decomiso de las drogas, equipos, materiales, así como de los bienes, medios, instrumentos y ganancias vinculados al ilícito penal, estableciendo

⁶ Modificaciones operadas en el art. 370 CP que se impondrá la pena superior en grado, cuando se trate de casos de extrema gravedad, o cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones o asociaciones mencionadas en su número 6.º (6.º El culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviere como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional.) En este último caso, así como cuando concurra el supuesto previsto en el número 2.º del mencionado artículo (Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos.), la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna de las medidas siguientes:

- a) Disolución de la organización o asociación o clausura definitiva de sus locales o de los establecimientos abiertos al público.
- b) Suspensión de las actividades de la organización o asociación, o clausura de los establecimientos abiertos al público por tiempo no superior a cinco años.
- c) Prohibición a las mismas de realizar aquellas actividades, operaciones mercantiles o negocios, en cuyo ejercicio se haya facilitado o encubierto el delito, por tiempo no superior a cinco años.

además que estos últimos no podrán destinarse a la satisfacción de la responsabilidad civil. A su vez, ha afectado al ámbito de aplicación de la reincidencia internacional que ahora abarca no sólo al tráfico de drogas, sino también a la fabricación y comercialización de medicamentos deteriorados, caducados o que no cumplan con las formalidades legales, cuando hayan sido condenados estos hechos delictivos por un juez o tribunal extranjero (art. 375).

En esa misma línea extensiva, se ha incluido la referencia al tráfico y comercialización ilegal de medicamentos en el ámbito de aplicación del tipo privilegiado que contempla el art 376.1º CP, que hasta ahora solo estaba previsto para el tráfico de drogas. Se establece así una rebaja de pena en uno o dos grados para casos donde el autor cesa su actividad voluntariamente y colabora activamente en la detención de estos delitos. Lo que se denomina “premios a la delación”. Limitando esa especial atenuación en su párrafo 2º al tráfico de drogas, cuando se trate de drogodependientes que hayan terminado con éxito un tratamiento de deshabituación.

En cuanto a las características propias de la actual tipificación, siguiendo a sus antecesoras, se configura como un delito de peligro abstracto y de simple actividad, en cuanto que no es necesaria la lesión de la salud pública para estimar su consumación, sino que basta constatar su peligrosidad potencial. Asimismo, se sigue estimando que cualquier actividad de favorecimiento o facilitación al consumo ilegal de drogas, convierte automáticamente la conducta del sujeto activo en autoría, dejando muy poco margen a la apreciación de formas de participación⁷. Esta situación ha obligado a los tribunales a hacer una interpretación más estricta que permitiese estimar en algunos casos, aunque de forma muy excepcional, supuestos de complicidad. Me refiero a supuestos como indicar el lugar de venta de drogas, depósito y ocultación ocasional de la droga, mero acompañamiento, facilitar el teléfono del suministrador o no abrir la puerta ante la petición de la policía para que otro haga desaparecer la droga (STS 1/10/2009). Estimando, en cambio, estas conductas como autoría cuando esa colaboración es habitual⁸.

⁷ SAINZ-CANTERO CAPARROS, J. Sistema de Derecho Penal, Parte Especial (MORILLAS CUEVAS dir.) Madrid, Dykinson, 2016, pág. 1011.

⁸ Así la STS 7/6/2001, calificó de autoría las tareas de vigilancia en lugar donde se suministra droga de forma habitual.

Igual dificultad presenta la apreciación de formas imperfectas de ejecución, aunque excepcionalmente nuestros tribunales han estimado tentativa cuando no se llega a alcanzar la posesión inmediata o mediata o una cierta disponibilidad sobre la droga, en los casos donde la compraventa de la droga se perfecciona pero no llega a ejecutarse (se detiene al finalizar la negociación), siempre y cuando no hubiese participado en las operaciones previas a su transporte. Concretamente, en los casos de envío de drogas por correo u otro sistema de transporte (incluidos los supuestos de entrega controlada por la policía), es doctrina consolidada que si el acusado hubiera participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, debe considerarse autor de un delito consumado, por tener la posesión mediata de la droga remitida (STS 15/6/2010). Se entiende así que en casos de envío de drogas, el delito se consuma siempre que exista un pacto entre los implicados para llevar a efecto la operación, siendo indiferente que no se hubiese materializado la detención física de la sustancia prohibida. Por tanto, la consumación no se excluye porque la llegada al destinatario final haya sido abortado, ya que iniciado el transporte la consumación se habría producido (STS 17/6/2014). Así lo declara la STS 12/3/2013 que consideró tentativa de tráfico de drogas el intento de recoger la droga en correos ya controlada por la policía, porque no era el destinatario final sino un 3º, ni había participado en las operaciones previas al envío de droga desde Argentina a España. Por lo que no llegó a tener disponibilidad, ni aún potencial, sobre la droga, ni posesión mediata ni inmediata⁹.

Esa amplitud en la incriminación de conductas relacionadas con el tráfico de drogas, llega incluso a prever expresamente como delito algunas conductas muy alejadas de la posible afectación de la salud pública. Me refiero a la tenencia, transporte, distribución o comercialización de equipos, materiales y sustancias, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo o fabricación de drogas (art. 371). Conductas más propias de considerarse como actos preparatorios que también se contempla en esta materia (art. 373).

No resulta extraño, pues, que ante esta desmesurada incriminación de conductas relativas al tráfico de drogas, que un sector jurisprudencial se haya encargado de limitar su aplicación, atendiendo al fin de protección de la norma, únicamente a los casos en los

⁹ En igual sentido, la STS de 2/11/2012.

que se genera un riesgo posible para el interés a proteger, excluyendo otros en los que ni siquiera existe tal probabilidad. Una aplicación restrictiva que, sin embargo, no está exenta de problemas como veremos en el apartado siguiente.

2. Restricción operada por la jurisprudencia en la aplicación del delito de tráfico de drogas: supuestos despenalizados.

En nuestro ordenamiento penal sólo se tipifica la tenencia para el tráfico, no para el consumo propio o autoconsumo que se considera atípica. Por tanto, es importante diferenciar cuando estamos en cada caso para poder exigir o no responsabilidad penal.

Según la labor jurisprudencial, es posible afirmar que hay posesión para el tráfico cuando se dan una serie de indicios, aunque no sea necesario que se cumplan todos, basta que concurra una pluralidad de ellos. Así la doctrina del Tribunal Supremo considera indicios necesarios para que haya un ánimo de traficar¹⁰, los siguientes:

- El poseedor no sea adicto o consumidor habitual de esa sustancia.
- Posesión de diferentes tipos de drogas.
- Que la droga incautada esté preparada para su distribución, ya sean en “chivatos” o papelinas. Lo que resulta discutible, ya que quien la adquiere para consumir también la obtendrá en ese formato.
- La forma en que se lleve a cabo la ocultación de la droga, así como su actitud ante la presencia de la policía.
- La falta de capacidad económica del poseedor para poder adquirir esa cantidad de droga.
- La pureza muy elevada de la droga incautada al sujeto.
- La posesión de sustancias (bicarbonato, laxante o lactosa muy común en la cocaína y heroína) para cortar la droga, y utensilios para prepararla y distribuirla (balanza de precisión, máquina de envasar al vacío, empaquetadora, papel secante,...).
- Cantidades elevadas de dinero en moneda fraccionada, entre otros.

¹⁰ En ese sentido, establece doctrina común, la STS 8/9/2004.

Por último, según el Acuerdo de la Sala II del TS de 19/10/01, se considera tenencia para el tráfico a partir de la 5 dosis diarias, es decir, cuando rebasa esa cantidad. Así en el caso de la marihuana 100gr., el hachís 50 gr., la heroína 3g., la cocaína entre 7'5 g. y 10 o 13 g. (esta última más discutible)¹¹.

En cambio, existen unos determinados supuestos que, a pesar de encajar en la descripción típica del art. 368 CP, son considerados atípicos por gran parte de la jurisprudencia en base a la falta de afectación a la salud pública. Concretamente, son:

-SERVIDOR DE LA POSESIÓN o CONSUMO COMPARTIDO. Se refiere a los casos de quien ostenta la droga o la adquiere en nombre de un grupo de amigos, todos consumidores habituales, que ponen un fondo común para su adquisición. Para la mayoría de la jurisprudencia se trata de una conducta atípica, entendiendo que se trata de una coposesión para el consumo compartido que no afecta a la salud pública, siempre y cuando se den una serie de requisitos: todos sean consumidores habituales, no exista contraprestación económica, la cuantía de la droga no rebase el consumo inmediato del grupo atendiendo al número de consumidores, no exista invitación a terceros no adictos y el autoconsumo se realice en un lugar cerrado (SSTS 26/7/02, 17/2/03 y 21/3/05). Una solución que no es aceptada por línea jurisprudencial minoritaria, que afirma la tipicidad del consumo compartido porque implica donación de droga.

Precisamente, las asociaciones dedicadas al cultivo y distribución de derivados del cannabis a sus socios, sin posible difusión a terceros, quedarían incluidas dentro de estos supuestos de consumo compartido. Así lo estimó la SAP Barcelona de 11/4/2014, que absolvió a 2 jóvenes adictos que fueron detenidos cuando salían de la asociación AIRAM con 3 dosis de hachís, por un valor de 20 euros por cada una.

-DONACIÓN O INVITACIÓN AL CONSUMO de una mínima o insignificante cantidad de droga entre adultos adictos. En cuanto a la mínima cantidad de droga, se exige para su atipicidad que el consumo sea inmediato a la entrega, ocasional, se produzca en un lugar cerrado, sin contraprestación económica y en presencia de quien es consumidor y donante (SSTS 21/3/05 y 20/1/98).

¹¹ SSTS 11/11/2009, 9/7/2013 y 22/10/2013, entre otras.

Respecto a la cantidad insignificante de droga, se refiere no a la cantidad sino a su insignificancia para dañar la salud física y psíquica, atendiendo a la dosis mínima psicoactiva que afecta a las funciones neurológicas o neuroquímicas del organismo¹². En ese sentido, la STS 26/2/04 absolvió a quien había vendido 0'122 g. de cocaína con una pureza del 17% (20 mg), por considerar que se trataba de una cantidad insignificante. En igual sentido, la STS 13/4/2010 absolvió a quien vendió una papalina de cocaína que contenía 0,080 gramos con una riqueza del 46'3% (37 mg.). O de forma excepcional, se ha considerado atípica esa donación por la absoluta nimiedad de la sustancia psicoactiva que impide afirmar que, por sus efectos, pueda considerarse droga sino más bien un producto inocuo (STS 19/12/07).

En cambio, en otras ocasiones se ha calificado a través del tipo atenuado del art. 368.2º, atendiendo a la poca entidad de la droga aprehendida. Es el caso de la SAP Burgos 3173/2011, en la que se requisó 17'90 g. de cannabis sativa con una riqueza de 25'77%, 17'47 g. de hachís con una riqueza media de 16'79% y 14'77 g. de cocaína con una riqueza de 38'01%.

-DONANTE NO CONSUMIDOR que, sin afán de lucro, proporciona droga a quien la necesita para atender a su adicción. Algunas sentencias declaran su impunidad por falta de perturbación del bien jurídico en casos de lazos afectivos o familiares. En cambio, existe disparidad de opiniones cuando se trata de amigos o conocidos, que en unos casos se rechaza (STS 22/12/04), mientras que en otros se acepta. Así sucedió en la STS

¹² Atendiendo al cuadro adoptado por el Acuerdo del Pleno de la Sala II del TS 3/2/05, que tiene en cuenta el baremo del Instituto Nacional de Toxicología (INT). Así lo establece el Tribunal Supremo en su Sentencia 409/2013: *“esta Sala ha entendido que es preciso establecer un criterio racional capaz de garantizar una aplicación objetiva e igualitaria del art. 368 CP, y ha adoptado la posición dogmática de definir el concepto del objeto de la acción de tráfico a partir de consideraciones teleológica y ha llegado a la conclusión de que solo se debería considerar droga tóxica o estupefaciente, en el sentido del art. 368 CP, aquella sustancia que sea apta para producir los efectos que les son propios. Por tal razón ha tomado como referencia los cálculos del principio activo de cada droga respaldados por el Informe del Instituto Nacional de Toxicología, en el Pleno no jurisdiccional de 24 de enero de 2.003, de tal manera que por debajo del mínimo de principio activo la sustancia de la que se trate no será considerada objeto de la acción típica, y ha venido aplicando de forma mayoritaria, la teoría de los mínimos psicoactivos en multitud de sentencias que constituyen un cuerpo muy sólido de doctrina legal”*.

22/9/00, que declaró impune la entrega de una pequeña cantidad de droga por parte de un amigo a quien estaba interno en un centro penitenciario.

En cualquier caso, se exige la existencia de una situación de necesidad (síndrome de abstinencia, adicto en prisión,..), siempre que el consumo sea inmediato a la entrega y se trate de pequeñas cantidades (SSTS 22/1/97 y 3/2/05)¹³. Se entiende que existe una finalidad humanitaria, altruista que pretende aliviar la situación de carencia grave por la falta de consumo.

-SUPUESTOS DE CONVIVENCIA FAMILIAR. Son casos donde quien convive con el traficante (familiar, cónyuge o persona con una relación análoga de afectividad) pese a conocer su actividad ilícita no interviene en su desarrollo, pero la permite en su domicilio y la encubre. Se afirma que la simple convivencia no es suficiente para hablar de coautoría, porque si así fuera se le estaría imponiendo a los esposos un deber de garante respecto el impedimento de delitos que el otro pudiera cometer que excedería a lo establecido por la ley¹⁴. Será necesario, pues, signos inequívocos de ayuda para la realización del tráfico para exigirle responsabilidad penal. Por ejemplo, interponerse ante la policía para evitar que lo descubran podría determinar su complicidad o autoría del art. 368 CP. Así lo entendió la STS 7/6/2011, que consideró a la mujer autora de un delito de tráfico de drogas al realizar tareas de vigilancia en el exterior de su vivienda, donde se suministraba la droga en común acuerdo con los demás acusados.

Salvo que exista entonces esa colaboración, no es posible hablar en estos casos de una supuesta responsabilidad familiar que contradice el carácter personal de las penas. Además, le asiste la exención del deber de denunciar al cónyuge por la comisión de delitos, que incluye a los ascendientes y descendientes según el art. 261.1º LECr.

-SUPUESTOS DE AGENTE PROVOCADOR. Muy común en operaciones contra el tráfico de drogas donde la policía se hace pasar por comprador o traficante para

¹³ Con excepciones, como la STS 5/4/05 que absolvió al cónyuge del interno en un centro penitenciario por entregar 1'108 g. de heroína pura y 15'988 g. de hachís a quien era politoxicómano. Siendo irrelevante que el interno no pudiera consumir la sustancia de forma inmediata y descartando su posible difusión entre los internos.

¹⁴ Cfr. PASTOR MUÑOZ: "Delitos contra la salud pública", *cit.*; pág. 309.

posibilitar la detención de los implicados en las operaciones de tráfico. Su valoración dependerá de si se considera que estamos ante un delito provocado, en el que se origina de modo artificial una infracción penal que antes no existía y que no se hubiera producido sin la incitación del agente. Atendiendo a esa carencia de realidad, es posible afirmar que no existe siquiera peligro potencial para el interés jurídico, declarando impune tanto para el provocador como para el provocado. En otro caso, sería contrario a los principios que garantizan la legalidad del proceso de averiguación de los hechos criminales y su posterior enjuiciamiento.

III. CRIMINALIZACION DE LA TENENCIA Y EL CONSUMO PROPIO POR VIA ADMINISTRATIVA.

Como hemos visto anteriormente, la mera posesión para el consumo propio no se encuadra dentro del art. 368 CP. Si bien, esta posesión es atípica puede ser objeto de sanción administrativa a través de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana de 2015, que ha derogado a su antecesora la Ley de Seguridad Ciudadana de 1992.

1. La Ley de Seguridad Ciudadana de 1992.

Con la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Seguridad Ciudadana, se pretende conseguir una convivencia en una sociedad democrática, mediante dos de sus requisitos básicos, que son la protección ciudadana y el ejercicio de las libertades públicas.

Así con esta ley se busca hacer efectivo el mandato constitucional donde se establece una atribución genérica de competencia al Estado en materia de seguridad pública, y específicamente se encomienda a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado la tarea de proteger el libre ejercicio de derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana que es el fin con el que se promulga esta ley, afectando su regulación a algunos de los derechos fundamentales, como el derecho a la libertad o el de libre circulación por el territorio nacional, sin embargo, todo ello, siempre va dirigido a poder hacer efectiva la protección a la seguridad ciudadana. Por lo que en dicha ley se van a regular los actos que podrán realizar las FCSE (Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado) para poder conseguir esa seguridad así como las infracciones por conductas que se consideren contrarias a esa seguridad que se pretende conseguir.

Centrándonos en el tema que nos ocupa, esta Ley sanciona como infracciones graves el consumo y la tenencia ilícita de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, así como el consumo ilegal o el tráfico de estas sustancias en locales o establecimientos públicos en su art. 25.1º. A esas conductas se hacía referencia también en el Real Decreto 1079/1993, de 2 de Julio, que regulaba la remisión de las sanciones administrativas en materia de drogas¹⁵. Se preveía además la posibilidad de suspender las sanciones por estas infracciones cuando el responsable se sometería a un tratamiento de deshabituación en un centro acreditado por el tiempo que se determinase (art. 25.2º LSC), regulándose su procedimiento en el Real Decreto 1079/2003.

En cuanto a las sanciones previstas a estas conductas, se establecía una multa pecuniaria de 51.000 mil pesetas (306,51 euros) a los 5 millones de pesetas (30.050, 6 euros). Aparte de esta multa, en los casos de reincidencia del responsable, se sumaba la retirada del permiso o licencia de armas, incluso la suspensión del permiso de conducir vehículos a motor hasta 3 meses. Por tanto, se trataba de sanciones que más allá de su grave repercusión económica, podían afectar a otros aspectos relevantes de la vida del consumidor como a su actividad laboral, cuando el único daño producido era la tranquilidad y la imagen del espacio público de las ciudades.

En lo relativo a la prescripción de la sanción, se establece el plazo de prescripción en 2 años para las infracciones graves, pues estas son las infracciones que afectan a nuestro tema, es decir, tenencia y consumo de estupefacientes en vía pública, no obstante, para el resto de conductas sancionables, se establece distintos plazos de prescripción. Éstos serán de un año o cuatro años según sean leves o muy graves respectivamente.

Por último, respecto de esta ley, cabe decir que no se podrá imponer ninguna sanción sin que se haya seguido el procedimiento al efecto y en virtud de los principios de audiencia al interesado, economía, celeridad, y sumariedad. Y dicho procedimiento se llevara acabo según lo que disponga la Ley de Procedimiento Administrativo

¹⁵ ALONSO PEREZ, F.: Seguridad Ciudadana; la LO 1/1992, de 21 febrero, sobre la protección de la seguridad ciudadana, Marcial Pons, Madrid, 1994. pág. 390.

Resta ahora valorar su incidencia en la práctica, atendiendo a su grado de aplicación en nuestra CCAA, durante el 2014 antes de la entrada en vigor de la nueva regulación. Pues bien, en Andalucía se han puesto un 27 % de las denuncias relativas al consumo o tenencia ilícita de estupefacientes en la vía pública respecto de la totalidad del país, que en números representa unas 44.440 multas. Concretamente, en Almería se han impuesto alrededor de 17,9 % denuncias del total en nuestra comunidad autónoma, lo que supone unas casi 8000 multas¹⁶, siguiéndole en número Málaga.

Resulta significativa, pues, que en Almería estas infracciones han generado un beneficio de más de 2 millones de euros¹⁷. Unas cifras que da que pensar sobre cuál es realmente el fin que se persigue con este tipo de sanciones relativas a la tenencia y consumo de drogas en lugares públicos. Parece claro que prima un interés eminentemente recaudatorio frente a otros fines relacionados con la seguridad y tranquilidad, dada la escasa o nula peligrosidad que tales conductas representan para el conjunto de la sociedad.

2. Novedades que introduce la nueva Ley de Seguridad Ciudadana de 2015.

La situación descrita lejos de cambiar a una mejor adaptación a las pautas que sobre esta materia va imponiéndose en nuestra sociedad, ha empeorado con la entrada en vigor de la nueva Ley de Seguridad Ciudadana de 2015, que agrava aún más las sanciones y aumentan las conductas que pueden ser objeto de sanción.

En efecto, la vigente política securitaria amplía su ámbito de actuación, incluyendo además de las conductas ya sancionadas en su predecesora, la tenencia o el consumo en espacios públicos y en locales o establecimientos abiertos al público, el abandono en lugares públicos de los instrumentos utilizados para ese consumo, el traslado de personas con el objeto de facilitar el acceso a esas drogas o estupefacientes, o la ejecución de actos de cultivo de esas sustancias en lugares visibles al público, como la terraza o balcón de una vivienda, por ejemplo.

¹⁶ (disponible en : www.elalmeria.es)

¹⁷ (disponible en : www.andalucialive.es)

Más criticable resultan las sanciones previstas para las infracciones graves o muy graves y las leves. Comparando con la redacción anterior, se puede observar que el mínimo de la cuantía en las graves o muy graves es el doble, pasando a ser 601 euros, manteniendo su máximo en 30.000 euros. No obstante, esta sanción se impone por grados (máximo, medio y mínimo) que variaran la cuantía en cada caso con intervalos que van desde 601 a 10.400 euros, de 10.401 a 20.200 euros y de 20.201 a 30.000 euros, respectivamente. Por lo que supone una novedad importante respecto de la redacción anterior, ya que al establecerse estos grados se va a limitar bastante la discrecionalidad a la hora de imponer la cuantía de la sanción.

La cuestión es cómo y cuándo se impondrá cada uno de esos grados. En el caso de que se cometa sólo una infracción, siempre se procederá a imponer el grado mínimo de la sanción. Mientras que para el grado medio, se establecen una serie de circunstancias que deben concurrir al menos una para su imposición. Esas circunstancias son las siguientes: reincidencia, es decir, cometer en un intervalo de dos años una infracción de la misma naturaleza y se haya declarado firme en vía administrativa, realización del hecho empleando violencia o intimidación o utilizando cualquier objeto o prenda que cubra el rostro, impidiendo o dificultando de esta manera la identificación de la persona. Por último, el grado máximo, será únicamente aplicado cuando los hechos tengan especial gravedad y teniendo en cuenta el número y entidad de las circunstancias que concurren¹⁸.

En cuanto a la individualización de la multa en cada grado, se deben tener en cuenta los siguientes criterios:

- La entidad del riesgo producido para la seguridad ciudadana o la salud pública.
- La cuantía del perjuicio causado y su trascendencia para la prevención, mantenimiento o restablecimiento de la seguridad ciudadana.
- La alteración ocasionada en el funcionamiento de los servicios públicos o en el abastecimiento a la población de bienes y servicios.
- El grado de culpabilidad.
- El beneficio económico obtenido como consecuencia de la comisión de la infracción.

¹⁸ Cfr. SEVILLANO GONZALEZ, J.: *Nueva Ley de Seguridad Ciudadana, diferencias materiales entre ambas*, Informe nueva ley de seguridad ciudadana, Marzo 2015, pág. 5.

-Y por último, la capacidad económica del infractor.

Atendiendo a este aumento tanto del número de conductas relacionadas con las drogas que se consideran infracción, como de la cuantía de las sanciones con las que se conminan, está claro el agravio comparativo de este nuevo régimen sancionador administrativo respecto al previsto en el ámbito penal. En efecto, las sanciones pecuniarias en el orden penal se determinan en base a la capacidad económica del autor y sin necesidad de abonar las costas del procedimiento en primera instancia, mientras que en la vía administrativa las sanciones son igualitarias atendiendo sólo de forma discrecional a la capacidad económica de la persona sancionada como un elemento más de su graduación, pero sin ajustarse a ella. Sin olvidar los altos costes y la larga duración que conlleva interponer el correspondiente procedimiento contencioso-administrativo. Todo ello, sin duda, generará numerosos problemas en cuanto a la indefensión y desigualdad que comporta en cada caso.

Es cierto que la nueva regulación introduce como novedad un descuento por pago voluntario, consistente en que el responsable podrá abonar la sanción reducida en un 50% si lo hace en los 15 días siguientes a la notificación de la misma, impidiendo con ello la posibilidad de efectuar alegaciones o de aportar pruebas en favor de la persona sancionada por estas conductas relacionadas con el consumo de drogas.

Finalmente, queda valorar el grado de incidencia que la reciente normativa securitaria ha tenido desde su entrada en vigor. Pues bien, con la nueva LSC las cifras de denuncias y sanciones en materia de drogas se ha visto doblada respecto a la regulación anterior, generando con ello un beneficio de 4 millones de euros en multas por este tipo de infracciones. Para hacerse una idea de lo que ello supone podemos atender a la información suministrada en 2014 por el Anuario Estadístico del Ministerio del Interior, que hace un seguimiento de la evolución seguida de las denuncias por estas infracciones como de las cantidades incautadas de hachís y marihuana, que son las más habituales. Según sus datos, en 2014 se tramitaron 398.422 denuncias por infracción del art. 25 LSC, por consumo o tenencia en lugares públicos de drogas, mostrando una tendencia a la baja de un 0,7% respecto al 2013. De estas denuncias, el 87 % fueron por posesión o consumo de cannábicos, en el 95 % de los casos fueron a hombres y además de nacionalidad española (87%). Pero lo más significativo es que la mitad de esas

denuncias (44%) fueron impuestas a personas entre 19 y 25 años, lo que viene a respaldar que sus destinatarios preferentes son jóvenes que hoy en día consume estas sustancias en nuestro país.

En cuanto a las cantidades incautadas, se ha visto un aumento del 19% de hachís respecto al 2013, donde se han incautado unos 379.762 Kg. La mayoría de las aprehensiones se realizaron en el mar territorial y en las playas en el 26% de los casos, destacando las costas de Cádiz, Málaga y Almería. En cambio, la marihuana ha descendido en un 7% respecto a las cantidades incautadas en 2013, destacando la Comunidad Autónoma de Cataluña con más del 50 %. Cifras que en total suponen una incautación de 15 toneladas de esta sustancia en toda España.

IV. EL NUEVO FENOMENO EN MATERIA DE CONSUMO DE DROGAS: LAS ASOCIACIONES DE CANNABIS.

Desde hace unos años, ha surgido un fenómeno relacionado con el consumo de drogas blandas, que cada vez tiene más presencia en nuestro país, las asociaciones cannábicas. Se trata de asociaciones que se auto-abastecen y distribuyen cannabis entre sus propios socios mayores de edad y en un ámbito privado, sin alcanzar a terceras personas, reduciendo los riesgos asociados al mercado negro en la adquisición de cannabis¹⁹.

Su proliferación se ha extendido notablemente por la geografía española en los últimos años, encontrando en Barcelona su máximo auge contando con unas trecientas asociaciones de las seiscientas que se calculan que hay en España²⁰.

1. Características y tipos de asociaciones de cannabis.

Las asociaciones de cannabis, según establece la Federación de Asociaciones Cannabicas (FAC), son asociaciones privadas a las que sólo pueden acceder a sus instalaciones los socios, que deber cumplir unos determinados requisitos: mayores de

¹⁹ Disponible en: www.fac.cc/csc

²⁰ Disponible en: http://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2014-01-26/los-600-locales-en-los-que-se-fuma-cannabis_80330/

edad, consumidores habituales de cannabis (marihuana o hachís) o que tengan receta médica para consumir estas sustancias, exigiendo que los nuevos socios estén avalados por quienes ya lo sean. Estos socios deben pagar una cuota anual para pertenecer a dicha asociación. Tales exigencias se dirigen a impedir la posibilidad de difusión de estas sustancias a terceros no pertenecientes a esta asociación y, con ello, evitar la posible comisión del delito de tráfico de drogas del art. 368 CP.

Por tanto, estas asociaciones deben tener un control muy estricto de acceso para evitar la entrada a sus instalaciones y a la adquisición de droga por parte de personas que no sean socias, salvo que vayan acompañadas de un socio con el fin de que quiera darse de alta en la asociación. Tengan en cuenta que son asociaciones sin ánimo de lucro y que cuentan con sus propios cultivos de marihuana, por lo que todo lo que se consume es producido por ellos mismos, sin que se tengan que recurrir al mercado negro para adquirir estas sustancias, que determinaría la posibilidad de imputarles una sanción administrativa de la LSC en caso de aprensión con tales sustancias para el consumo de la asociación.

Por tanto, uno de sus aspectos más relevantes es la producción de esa marihuana, que debe estar regulada y calculada para abastecer a la demanda de los socios. Esto es, debe atender a la cantidad que resulte de sumar las previsiones de cultivo de todos los socios, calculada cada 3 meses. De esta manera, se evita que pueda haber excedente de producción, y si por algún caso existiera ese excedente, se destinaria a la previsión de producción para el siguiente periodo. También se establece que esos cultivos tengan exigentes mecanismos de control, en cuanto que deben estar peritados anualmente y debidamente registrados.

Otra de las características peculiares de estas asociaciones es que cada socio tiene un límite máximo de adquisición de marihuana al mes, en torno a los 60 gr. Esta exigencia es consecuencia de que si se superase esa cantidad por socio, podría salir del consumo compartido en que se amparan estas asociaciones y estar ante un supuesto de delito contra la salud pública, ya que la cantidad de droga que se establece para el consumo compartido ha de ser insignificante correspondiente a un normal y esporádico consumo.

No hay que olvidar que se trata de una asociación, aunque su objeto social sea algo diferente al resto de asociaciones, por lo que se rige conforme a lo estipulado por la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación. Consecuentemente, este tipo de asociaciones deben ajustarse a todo lo establecido en la normativa básica estatal y autonómica del Registro de Asociaciones. Por lo que sus estatutos sociales, al igual que cualquier otra asociación, deben ser aprobados por el registro competente y establecer su correspondiente fin social, que según el art. 2.7 de la Ley de asociaciones, no puede ser o utilizar medios tipificados como delito, ya que en tal caso quedarían fuera de su ámbito por ser ilegales.

Como se ha mencionado, estas asociaciones han tenido un avance importante en ciudades como Barcelona. Ante esta relevante presencia, el Departamento de Salud del Parlamento Catalán se ha visto obligada a emitir una Resolución que establezca una serie de criterios que les permita orientar el ejercicio de su actividad²¹. Estas orientaciones van dirigidas a proteger, promover y mejorar la salud de la ciudadanía mediante una política orientada a minimizar los daños del consumo del cannabis, así como impulsar la debida información, educación y prevención sobre las consecuencias y efectos perjudiciales que pueden producir. Entre ellas, se encuentran las condiciones de acceso a la asociación, la limitación horaria, así como los servicios de información a los socios y responsables o los límites a su ubicación y publicidad para evitar la promoción al consumo.

Para entender este tema, es algo inevitable explicar con un ejemplo el funcionamiento de estas nuevas asociaciones. En Barcelona es fácil encontrar una, pues hay ahora mas de 400 asociaciones, sin embargo, no es necesario irse lejos, aquí mismo en Almería podemos encontrar varias asociaciones con idénticos fines.

Una de ellas y la que mas trascendencia tiene en nuestra ciudad es la denominada “ Tricosfera ” que empezó su actividad en 2011 y al igual que todas las asociaciones de esta índole se encuentra debidamente registrada en el Registro de Asociaciones, y ésta se encuentra en la c/ camino de la goleta 23, Nave 5, en Almería capital. Para desempeñar su actividad, esta asociación posee varias plantaciones de

²¹ Resolución SLT 32/2015 publicada en el Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya el 29/1/2015 por el Departamento de Salud del Parlamento Catalán.

cannabis para suministrar la sustancia a sus socios, que actualmente es de mi entendimiento que esta cerrada la incorporación de nuevas personas a la asociación. Para poder entrar en el local, deberá superarse un control con huella digital para evitar que personas ajenas a la asociación entren y así poner en peligro la legalidad de la misma, Los socios, siempre que paguen su cuota semestral podrán adquirir la sustancia en el interior del local para su posterior consumo en el mismo, podrán adquirir una cantidad tope al día, lo que responde a conseguir un consumo inmediato y no se acumule la sustancia. Dependiendo del tipo de Marihuana de que se trate podrá variar el precio, no obstante ese precio es el que se fija por su producción, de modo que lo que se recaude ira destinado a seguir produciendo para los socios de la asociación. Así se poseen “taquillas” en el interior para evitar que se salga con la sustancia fuera del local y enfrentarse a una sanción administrativa, sin embargo esto es opcional de cada socio.

2.- Diverso criterio jurisprudencial en torno a la penalización de este tipo de asociaciones.

La creciente presencia de las asociaciones cannábicas ha generado numerosos procesos penales para dilucidar su posible responsabilidad por delitos de tráfico de drogas y asociación ilícita. Estos procesos están siendo objeto de un diverso criterio jurisprudencial a la hora de calificar la legalidad de estas asociaciones y su objeto.

En primer lugar, cuando estas asociaciones son juzgadas en la Audiencia Provincial, en la mayoría de los casos enjuiciados, si bien es cierto que hay que atender a cada supuesto en concreto, se declara que a juicio de los magistrados, nos hallamos ante un supuesto de los denominados “consumo compartido” que es estudiado especialmente por la doctrina del Tribunal Supremo, así podemos observarlo en la sentencia de la AP de Barcelona nº 81/14 de 5 de Mayo, donde establece, que para valorar si verdaderamente concurren los requisitos necesarios para ello debemos acudir a la doctrina del TS, y de esa forma se hace referencia a sentencias del Supremo para valorarlos, de esta forma encontramos la STS nº 28/2013, de 31 de Enero, donde se enumeran los requisitos del consumo compartido, que son los siguientes: el consumo ha de ser en lugar cerrado, los consumidores deben ser adictos, la cantidad de droga ha de ser insignificante, el grupo debe estar formado por un grupo reducido de personas y que éstas sean ciertas y determinables y por ultimo, que se trate de un consumo inmediato.

Una vez que se conocen los requisitos necesarios para encuadrar el ejercicio de estas asociaciones en la doctrina del consumo compartido, habrá que abordar los diferentes argumentos que utilizan estos tribunales para defender esta postura, pues como sabemos, habrá que atender a cada caso en concreto para valorar los requisitos.

Así, en la sentencia nº 81/14 de la Audiencia Provincial de Barcelona, donde se enjuicia el caso de la Asociación “María de Gracia Club” , declara que una vez analizados los requisitos exigidos por la jurisprudencia del TS para incardinar las conductas enjuiciadas en el presente caso en el denominado “consumo compartido” atípico penalmente, que lo que subyace en el caso enjuiciado es precisamente un consumo compartido organizado que tiene como ventajas, frente al consumo puntual de un grupo de personas, que: una serie de consumidores no tienen que acudir al mercado negro o ilícito, con el riesgo que ello conlleva para su seguridad personal y salud por no hallarse controladas las sustancias en dicho mercado, y facilitar con ello el lucro de quienes dirigen la distribución, por lo que con ese consumo compartido se evita el efecto criminógeno, además que las autoridades podrán realizar un mayor control al saber donde se esta llevando a cabo este consumo compartido.

Otro de los argumentos que se invocan en esta sentencia, es que a su juicio el Tribunal Supremo no exige como elemento del tipo un resultado de peligro, y se resalta esto debido a que la conducta que entra en el ámbito de la respuesta penal es que exista peligro de que la sustancia estupefaciente pueda ser consumida, difundida, por personas indeterminadas, y no cuando éstas sean determinadas, y ya consumidoras. Por lo que en el presente caso, se absuelve a los acusados.

En la Sentencia nº18/15 de la Audiencia Provincial de Vizcaya encargada del caso de la asociación “Usuarios/as de Cannabis Pannagh”, se declara que con carácter previo debe mencionarse que este tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre unos hechos similares a los probados en este caso en la sentencia nº 42/14 de 16 de Junio, en la que se absolvió a los acusados ya que no cabía inferir que el cultivo de la marihuana promovido por la asociación y la sustancia ocupada en el domicilio de la misma tuviera como destino o finalidad promover, favorecer o facilitar el consumo fuera de quien tenía la condición de socios consumidores. Así en esta sentencia

podemos encontrar otros argumentos para reforzar la doctrina del consumo compartido y aplicarla al caso concreto, y para ello se apoyan en sentencias del TS como la STS nº 775/2004 de 14 de Junio, donde establece que no se puede exigir, para la atipicidad, que el consumo sea exclusivamente en domicilios particulares ya que lo relevante en este aspecto es evitar la ostentación al consumo. Así mismo lo declara la STS nº 76/2011, de 23 de Febrero donde se declara que cada uno de los requisitos que se establecen para la declaración de concurrencia no pueden ser examinados en su estricto contenido formal, a manera de test de concurrencia pues lo relevante es que ese consumo sea realizado sin ostentación, sin promoción del consumo y entre consumidores que lo encarguen. Por lo que la Audiencia Provincial de Vizcaya, en el presente caso, absuelve a los acusados.

Otra sentencia es la sentencia nº 10/2014 de la AP de Vizcaya encargada de enjuiciar el caso de la Asociación “EBERS” declara que sin ninguna duda, una variante del consumo compartido, que comparte con ella la misma razón de ser, la no vocación al tráfico, es la del cultivo compartido. No es punible el consumo personal, tampoco, evidentemente, el cultivo para consumo personal, y yendo un paso mas allá, el cultivo compartido entre varias personas para su consumo personal.

Del mismo modo cita varias sentencias de Audiencias Provinciales para reforzar la postura de la atipicidad del presente caso, como es la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, nº 102/2005, de 8 de Junio que se pronuncia en los términos siguientes: “ Y esta que no puede obviar la Sala, que si el autoconsumo o consumo compartido en la forma determinada por el Tribunal Supremo en su jurisprudencia no tiene encaje en el delito del art. 368 CP, en casos como el presente en que se da un cultivo compartido de cannabis, y que para la obtención de la sustancia no es necesario ningún proceso químico, sino solo el sometimiento de las hojas y flores y semillas, a su secado, y cuya finalidad es el posterior consumo del producto obtenido por las personas que lo cultivaron, no parece que se genere un riesgo sobreañadido al propio que tiene lugar en los supuestos propio de autoconsumo o consumo compartido de marihuana o hachís comprada, pues el cultivo y posterior consumo se produce dentro del propio grupo que generó aquél, y si bien la cantidad es relevante aisladamente considerada ésta pierde esa relevancia, como para constituirse como un indicio sustancial de carácter univoco, cuando como aquí ocurre el cultivo se da entre cinco personas todas ellas consumidoras, y dicho cultivo exige un periodo de tiempo para la finalización de su

ciclo, de cuando menos más de seis meses (según resulta del periodo que llevaba el cultivo y lo que faltaba para haber agotado el mismo). Es por ello que al no poder concluir en la concurrencia en la intención de los recurrentes de promover con dicho cultivo el consumo de marihuana más allá de las propias personas que integraban el grupo de cultivo, y en ausencia por tanto del elemento subjetivo del tipo, el pronunciamiento no puede ser otro que el absolutorio en el ámbito del derecho penal ". El supuesto del cultivo compartido comparte con el anterior la inexistencia de una finalidad de tráfico. No se produce el ataque al bien jurídico porque el consumo no trasciende el círculo de quienes han comprometido su voluntad y también su actividad para la participación en la plantación y en la obtención y posterior consumo del producto. Pero, además, presenta una característica peculiar que va más allá de los supuestos de autoconsumo compartido. Si éstos se caracterizaban por el consumo de la droga en un momento esporádico, en el cultivo compartido destaca la nota de permanencia, el cultivo se produce durante un período de tiempo y su producto se reparte entre los partícipes sin que, lógicamente, se produzca un consumo puntual o accidental sino dilatado o prolongado en el tiempo, con una nota de permanencia de la que carece el caso de los acopios para fiestas o celebraciones a los que nos hemos referido con anterioridad.

Una vez analizados los diferentes argumentos utilizados por las Audiencias Provinciales, en su mayoría, para incluir las conductas o actividades que se desarrollan en las citadas asociaciones cannábicas, en la doctrina del TS denominada consumo compartido, toca analizar la contraparte de esta controversia jurisprudencial. Pues bien, una vez que las audiencias absuelven a los acusados, el Ministerio Fiscal interpone recurso de casación frente al Tribunal Supremo, que a la hora de calificar los hechos es discordante con los argumentos de las audiencias.

En primer lugar el Tribunal Supremo rechaza que el cultivo compartido que se argumenta en las sentencias recurridas pueda tener como justificación de la absolución acordada la doctrina del consumo compartido, pues aquel presenta una nota peculiar: mientras el consumo compartido se caracteriza por el consumo de droga en un momento episódico, el cultivo compartido supone y exige una cierta permanencia, ya que se desarrolla durante un determinado tiempo, perdurabilidad que no aparece en la doctrina del consumo compartido. Y así lo establece en la sentencia del TS nº 484/2015 de 7 de

septiembre.

Otro de los argumentos que utiliza, es el de la sentencia del TS nº 596/2015 de 5 de octubre, que enjuicia el caso de la asociación “Three Monkeys España” donde hace especial hincapié en la relevancia de la cantidad de hachís incautado que excede de la destinada a un consumo inmediato o diario, así como el número de socios potencialmente admisibles.

En dicha sentencia también se aborda la cuestión de la inexistencia de ánimo de lucro, en lo que continúa con que la presencia o no de afán de enriquecimiento personal, no parece que sea significativo en un delito de riesgo que protege la salud pública debido a que no incide en el bien jurídico de salud pública que la difusión se efectúe mediante precio o gratuitamente. No obstante, un factor de identificación de lo que es consumo compartido para diferenciarlo de lo que es una acción de facilitación del consumo ajeno puede estribar precisamente en la exigencia de una contraprestación económica que vaya más allá del coste y que redunden en beneficio de quien aporta la droga, por lo que será claro indicador de que su conducta excede del estricto autoconsumo compartido. De modo que la filosofía que inspira la doctrina del consumo compartido no es extrapolable a un supuesto como el que se está analizando, sería más preciso utilizar el término de “compra conjunta” o “bolsa común”.

Volviendo a la sentencia antes citada, STS nº 484/2015 de 15 de Septiembre, el Tribunal nos matiza la diferencia del consumo compartido, emanado de dicho tribunal, de la actividad que pueden estar ejerciendo estas asociaciones, y así lo declara en los términos siguientes: hay un salto cualitativo y no meramente cuantitativo entre el consumo compartido entre amigos o conocidos y la organización de una estructura metódica, institucionalizada, con vocación de permanencia y abierta a la integración sucesiva y escalonada de un número elevado de personas. Lo primero sí es asimilable al consumo compartido, sin embargo, lo segundo en absoluto, sino que se aproxima más a una cooperativa que ejerce una actividad preconcebida y diseñada para ponerse al servicio de un grupo que no puede considerarse reducido y que permanece abierto a sucesivas y nuevas incorporaciones. Se hace, por todo ello, muy difícil admitir que no se considere favorecimiento al consumo la apertura de esa modalidad de asociación a un número indiscriminado de socios.

Por lo que para evaluar cuando aquella filosofía que inspira la atipicidad del consumo compartido puede proyectarse sobre supuestos de cultivo colectivo habrá que atender al caso concreto y no dejarlo ante el establecimiento de un seriado de requisitos.

Atendiendo a las diferentes sentencias analizadas y a las directrices del Supremo a la hora de valorar la conducta enjuiciada, podemos observar que en la inmensa mayoría de los casos, las sentencias de las audiencias donde se absuelve a los acusados, son rechazadas por el primero y declaran haber lugar al recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, condenando a los acusados a un delito de tráfico de drogas que no causan grave daño a la salud del art. 368 CP. Esto es debido a que se rechaza que la conducta atípica penalmente denominada “consumo compartido” pueda encuadrarse en la actividad que realizan estas asociaciones, y dejan una cuestión trascendente social y públicamente como es la que se está tratando en un estado de duda y controversia que indudablemente los únicos perjudicados son los consumidores de esta sustancia.

IV.- TRATAMIENTO DE ESTE NUEVO FENOMENO DE DROGAS EN EL DERECHO COMPARADO.

En Derecho comparado, la situación de los estupefacientes y concretamente el cannabis es un tema importante. En primer lugar en el ámbito de la Unión Europea se encuentra la Decisión Marco de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito de tráfico de drogas. Mediante este instrumento los Estados miembros de la UE tienen la potestad para poder regular en su ordenamiento jurídico las medidas necesarias para alcanzar o garantizar las conductas que se describen en la Decisión, a lo que habrá que añadir la potestad que se le deja a los Estados en lo relativo al consumo personal, es decir, cada Estado seguirá su legislación interna para la regulación de este supuesto.

En consecuencia, nuestro tema se centra bien en la tenencia o consumo de estupefacientes, concretamente de cannábicos, pues a continuación abordaremos las diversas posturas que podemos encontrar en Europa en relación con este tema, según la legislación de cada país.

En el panorama europeo, hay diversas posturas a la hora de perseguir la tenencia o consumo de esta sustancia. En primer lugar, hay países donde la mera tenencia es constitutivo de penas de prisión, esta severa legislación podemos encontrarla en países como Finlandia, Grecia o Suecia.

En otros países, sigue la línea del legislador español y se despenaliza el consumo personal, y la tenencia es meramente una sanción administrativa, este puede ser el caso de Suiza, Italia, Reino Unido, Irlanda, Alemania o Austria, también en Portugal se ha iniciado una nueva reforma en materia de drogas basado en el sistema de leyes españolas, donde hoy en día el consumo o la tenencia de esta sustancia está despenalizado.

Curioso es el caso de Bélgica, donde las leyes en materia de drogas han ido evolucionando y adaptándose a los nuevos tiempos. Claro es el ejemplo de que en 2003 se produjo el primer avance, cuando el cannabis se diferenció del resto de drogas por su escaso daño a la salud. En 2005 se publicó una directiva donde se despenalizaba la tenencia del cannabis, permitiendo portar hasta un máximo de 3 gr.

También es relevante el tema de las asociaciones o clubes cannábicos, donde actualmente existen 5 de ellos, sin embargo, su finalidad es medicinal o no con fines lúdicos como ocurre en España. No obstante el camino hacia ello fue complicado, pues el primero de esos clubes llamado “Trekt Uw Plant” fue objeto de litigio judicial condenando a sus responsables por incitación al consumo, que posteriormente fueron anuladas sus condenas por un recurso de apelación.

Una vez que hemos hablado de las legislaciones europeas donde se castiga bien la tenencia o como hemos visto también el consumo con penas de cárcel o con simples sanciones administrativas, es necesario relatar el caso de Holanda, país europeo donde se encuentra legalizada la distribución o venta de Marihuana en los llamados “Coffeeshops”. No obstante éstos se encuentran bajo una regulación muy estricta.

V.- CONCLUSIÓN

A tenor de todo lo expuesto, podemos observar que el delito de tráfico de drogas, contenido en los art. 368 a 378 del Código Penal, concebido como delito contra

la salud pública, por ser ésta última el bien jurídico protegido, es uno de los que más problemas puede plantear y se ha convertido en uno de los grandes retos de la política criminal moderna, no solo por su contenido lesivo, sino además, por la gran cantidad de factores que se conectan con este tipo. Ejemplo de ello es que ha sido objeto de numerosas modificaciones a lo largo de su vigencia, así, en el código actual como en el anterior.

Uno de sus principales problemas, es la amplitud que contiene, es decir, abarca numerosas conductas que suponen una conducta típica, lo que conlleva la difícil tarea a la que se enfrentan jueces y tribunales a la hora de enjuiciarlo.

Pues bien, esa amplitud de conductas, que como sabemos van referidas únicamente cuando hay ánimo de tráfico, es decir, en nuestro código penal se castigan todas las conductas relativas al tráfico de drogas, por lo que como consecuencia el consumo y la tenencia se encuentran despenalizados en nuestro ordenamiento, sin embargo, tales conductas están siendo duramente criminalizadas mediante la Ley de Seguridad Ciudadana, es decir, son objeto de sanción administrativa con cantidades que van desde los 600 a los 30.001 euros, algo que bajo mi punto de vista es desproporcionado en base a la entidad del hecho que produce dicha sanción, pues son comportamientos que en absoluto ponen en riesgo o dañan la salud de terceras personas y los cuales son el medio necesario para el consumo de estas sustancias que es algo permitido. Por lo que esta criminalización existente únicamente repercute en los últimos destinatarios de la droga, es decir, los consumidores habituales y no a los que se lucran de este negocio, por lo que en mi opinión, el legislador debería delimitar de una mejor manera este delito de tráfico de drogas a la misma vez que se debería reformar la ley de seguridad ciudadana para que la tenencia de drogas no sea constitutivo de infracción cuando únicamente se trate de portarla en vía pública, porque si el consumo propio es algo permitido, lo que se está incentivando con esta regulación es que todo aquel que desee consumir esta sustancia, lo haga cultivando su propia droga en casa para así evitar estas excesivas sanciones por parte del legislador.

De esta manera, vemos que este fenómeno de las drogas, es algo que en las últimas décadas ha ido evolucionando y extendiéndose a lo largo de, no solo de nuestro país, sino en todo el mundo, por lo que debemos adaptar nuestras leyes a los nuevos

tiempos. Así como hemos podido observar a lo largo del desarrollo de este trabajo, no existe un consenso sobre cual ha de ser la actitud del Estado frente a este fenómeno actual y creciente del consumo de drogas, del mismo modo que tampoco lo hay en el plano jurídico-penal, sobre si la legislación actualmente vigente es la adecuada, y claro ejemplo de ello es el que hemos visto en lo relativo a las asociaciones cannábicas surgidas en esta ultima década sobretodo, donde este estado de controversia y duda generado por el Alto Tribunal es una muestra de esa falta de acuerdo sobre este tema.

En último lugar, no podemos obviar que este fenómeno está en un actual debate tanto de quienes argumentan, por un lado, su posicionamiento a favor de no incluir estos comportamientos en las infracciones administrativas, como por el otro, quienes defienden lo contrario, por lo que a mi forma de ver, en un Estado como el nuestro donde hay tanta gente consumidora de marihuana, se debería abordar el tema desde nuestras instituciones para llegar a un consenso que no perjudique a nadie y no se vean afectados los intereses de muchos de nuestros ciudadanos. Y en mi opinión, el problema radica en que el consumo de estupefacientes esta asociado a delincuencia, marginalidad, sin embargo, en nuestros días, cada vez se esta demostrando de una forma mas notoria que esa idea ya no se corresponde con la realidad, no obstante no podemos olvidar que se trata de una droga, ya bien sea una droga catalogada como que no causa grave daño a la salud, por lo que su abordaje deberá ser siempre preciso y limitado para el buen uso de la sustancia.

BIBLIOGRAFÍA

ALFONSO SANJUAN, M., IBAÑEZ LOPEZ, P. Todo sobre las drogas legales e ilegales (incluido el alcohol y el tabaco), Dykinson, Madrid, 1992, pág. 132

ALONSO PEREZ, F.: Seguridad Ciudadana; la LO 1/1992, de 21 febrero, sobre la protección de la seguridad ciudadana, Marcial Pons, Madrid, 1994. pág. 390.

GRANADOS PEREZ, C., Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de tráfico de drogas, La Ley, Madrid, 2007, pág. 209.

MOLURA PEREZ, T.: “Breves notas sobre la evolución histórica de los estupefacientes en la legislación española”. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLIV, 2011; págs. 303-316.

Cfr. PASTOR MUÑOZ, N.: “Delitos contra la salud pública: el tráfico de drogas”, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, Silva Sánchez (dir.), Atelier, Barcelona 2015; pág. 301.

SAINZ-CANTERO CAPARROS, J. Sistema de Derecho Penal, Parte Especial, Lorenzo Morillas Cuevas (dir.) Madrid, Dykinson, 2016, pág. 1011.

Cfr. SEVILLANO GONZALEZ, J.: *Nueva Ley de Seguridad Ciudadana, diferencias materiales entre ambas*, Informe nueva ley de seguridad ciudadana, Marzo 2015, pág. 5.