

**DOCTRINA DEL CONSUMO COMPARTIDO APLICADA A
LAS ASOCIACIONES DE CONSUMO DE CANNABIS A LA LUZ
DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 484/2015, DE 7
DE SEPTIEMBRE**

Daniel Sánchez Romero

Abogado

EXTRACTO

La regulación del cannabis, a lo largo de este último año, ha sufrido una serie de modificaciones con el objetivo de dar coherencia a años de vacíos legales y posturas contrapuestas.

La naturaleza de la droga, como droga blanda, y su uso medicinal provocan que el debate sobre la materia sea amplio y muy complejo.

Estudiaremos en este artículo la evolución tanto del tráfico como del consumo de cannabis en España, el nuevo marco legal y la proliferación de negocios asociados al mismo, cuya legalidad está siempre en entredicho, aspectos generales relativos al consumo, posesión y cultivo de cannabis en España y las distintas regulaciones, al ser un país descentralizado, cuya ventaja (o desventaja, según como se mire) es que, dentro de unos límites, cada comunidad autónoma puede pautar a su manera la legislación relativa al cannabis. Ciertamente es que existe un panorama general en el lento proceso para la legalización del cannabis que hace que parezca que todo vaya a cámara lenta. Está claro que los Gobiernos pretenden con ello ganar tiempo suficiente para cambiar de estrategia, o bien distraer a la sociedad para que los procedimientos terminen lo más tarde posible, o algo incluso peor: nunca.

Sumario

- 1 Precedente: Situación del cannabis en España con anterioridad a la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana
2. El nuevo marco del cannabis
 - 2.1. La nueva norma
 - 2.2. ¿Es delito el auto-cultivo?
 - 2.3. La inseguridad jurídica
 - 2.4. El auto-cultivo en la Ley de Seguridad Ciudadana 1/1992
 - 2.5. ¿Realmente legaliza el auto-cultivo la Ley 4/2015?
3. La infracción administrativa
 - 3.1. Sanciones (art. 39, art. 43)
4. La infracción penal
 - 4.1. La conducta típica
 - 4.2. Posibles conductas atípicas (no punibles)
5. Regulación de los clubs cannábicos
6. Análisis de la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 484/2015, de 7 de septiembre

1. PRECEDENTE: SITUACIÓN DEL CANNABIS EN ESPAÑA CON ANTERIORIDAD A LA LEY ORGÁNICA 4/2015, DE 30 DE MARZO, DE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA

El cultivo de cannabis es, esencialmente, una actividad que únicamente puede ser sancionada a nivel penal si se lleva a cabo con el fin y ánimo de traficar, quedando excluido así el cultivo del cannabis para el autoconsumo. En cuanto al uso terapéutico, este está regulado mediante receta hospitalaria. Hay que destacar que los consumidores terapéuticos no disfrutan de ventajas especiales, ya que en España, a nivel legal, no existe distinción alguna entre el uso recreativo y el medicinal. Aun así, este último está siendo cada vez más tolerado. En cuanto al consumo recreativo, podría decirse que el cannabis es, con diferencia, la droga más consumida en España.

Además de los numerosos clubs privados que han surgido en el país durante los últimos años, se consume cannabis en público, en las calles y plazas, a pesar de la ilegalidad del consumo en la vía pública.

El 1 de julio de 2015 entró en vigor la **Ley Orgánica 4/2015**, donde el Código Penal español (art. 368) prohíbe la venta de cannabis pero no prohíbe su consumo. Tal y como hemos comentado, la ley no distingue entre marihuana terapéutica y marihuana recreativa, sin embargo varias decisiones penales muestran que esta distinción está siendo cada vez más valorada desde el punto de vista judicial, ya sea a la hora de dictar una sentencia o imponer alguna sanción. De este modo, es legal la venta de semillas y también el cultivo y consumo personal de marihuana en lugares privados. De hecho, el cultivo a pequeña escala no suele presentar problemas de cara a la ley pero, de vez en cuando, y según el caso, los cultivadores privados pueden llegar a sufrir intervenciones policiales en su propio hogar, si hay indicios de que su plantación tiene algún fin comercial. Por ello, en caso de no poder demostrar en los tribunales que el cultivo es para consumo personal, existe la posibilidad de que se dicte una pena de prisión de entre uno y tres años.

Aunque la posesión y consumo en lugares públicos sigue estando prohibida, la cierta flexibilidad que existe en la regulación ha permitido precisamente la proliferación de investigaciones en el ámbito medicinal y la creación constante de clubs sociales de cannabis.

Eliminar la posibilidad de acogerse a programas de desintoxicación nos equipara con países como Rusia, donde solo se concibe el consumidor como un delincuente. Cabe destacar que la posesión o el consumo de drogas en lugares públicos va en contra de la Ley de protección de los ciudadanos, pero no se considera un delito penal, ni se imponen penas de privación de libertad. Lo habitual es que se impongan multas de alrededor de 300 euros. Dado que todas las ciudades de España tienen algunas diferencias en términos de ley y reglamentos, es interesante saber qué sucede en todas las comunidades autónomas españolas.

Cataluña y Barcelona quizás pueden mostrar algunos de los puntos más interesantes de vista en cuanto a la regulación del cannabis. Barcelona es la única ciudad de España que cuenta con cientos de clubs sociales cannábicos donde poder consumir marihuana, y Cataluña es la primera comunidad (además del País Vasco) en tomar algunas medidas para legalizar, oficialmente, el cannabis medicinal. Parece que el Departamento de Salud de Cataluña ha dado pasos hacia adelante para regular el uso del cannabis con fines medicinales y así ayudar a los pacientes con enfermedades que causan dolor, tales como el cáncer y el SIDA, a recibir la sustancia y paliar sus dolencias. Actualmente, las personas con enfermedades tienen que ir a los club de cannabis para obtener y utilizar la marihuana, acotando su ámbito de consumo.

Por otro lado, los enfermos de cáncer en Cataluña por fin tendrán un aliado más de su parte, y es que **Sativex**¹ ya ha sido autorizado por el Departamento de Salud. El fármaco podrá utilizarse por todos aquellos pacientes que sufran dolores a causa de la enfermedad en sí o bien a causa del tratamiento con quimioterapia. Desde el Departamento de Salud se afirma que Sativex será recetado, en principio, a los enfermos que no respondan bien a las terapias convencionales típicamente aplicadas. A pesar del duro trabajo de las federaciones, como es el caso de CatFac, federación que reúne alrededor de 30 asociaciones, y de todos los logros conseguidos a nivel estatal, hasta el momento no ha conseguido asentarse todavía un modelo legal común en el puedan ampararse todos los actores del proceso. Además, destacan las constantes contradicciones en las que caen los gobernantes y es que, por un lado, los activistas del sector llevan 20 años de buenas experiencias en la lucha por su causa, y por otro, se enfrentan día sí día también a constantes campañas prohibicionistas que pretenden echarlo todo por tierra.

El fenómeno de los clubs de cannabis no ha dejado a nadie indiferente. España ha dado un paso adelante en la industria, en el mismo momento en el que luchó por tener esa suerte de *coffee shop* de manera legal. El hecho es que no ha sido tan ventajoso como se pensaba. Tal y como afirmó Jaime Prats, consejero delegado de la revista *Cáñamo*, «siempre existe gente que quiere aprovechar el tirón y lucrarse a costa de todos los demás» (*Revista Rambla*, 4 de marzo de 2013). Casos que han marcan precedente en diferentes puntos de España, como es el caso de Navarra, donde muy recientemente un juez ha absuelto al presidente de un club de Irún, que cultivaba en el municipio navarro de Azpilicueta y fue localizado por la Policía con 147 plantas, por considerar que no las destinaba al tráfico.

La Representación Cannábica de Navarra valora que, con una decisión así, adoptada por primera vez en Navarra, «la Justicia va por delante de las administraciones al reconocer que el cultivo para consumo compartido no constituye delito. Como no hay tráfico de cannabis, no puede considerarse que cultivarlo para los asociados a un club de consumidores sea un delito contra la salud pública».

El 29 de enero de 2015, la Comisión de Salud del parlamento catalán aprobó la regulación sanitaria de las asociaciones cannábicas. Lo hizo publicando en el DOGC 17 recomendaciones dirigidas a los ayuntamientos, de quienes dependerá, en última instancia, la regularización final de dichos clubs.

¹ Sativex es el nombre comercial de un preparado farmacéutico derivado del cannabis. Sus sustancias activas son tetrahidrocannabinol (THC) y cannabidiol (CBD). Está indicado como tratamiento complementario en los pacientes afectos de esclerosis múltiple, para aliviar los espasmos musculares moderados o graves que no hayan respondido adecuadamente tras la utilización de otros fármacos; en efecto, podría conseguir mejoras en la espasticidad de manera significativa.

Con esta normativa, elaborada bajo la supervisión de la Agencia de Salud Pública de Cataluña (ASPCAT), lo que se pretende es simplemente «proteger, promover y mejorar la salud de la ciudadanía mediante una política orientada a minimizar los daños del consumo de cannabis». Con ello, se da cobertura legal a las exigencias básicas y se pone fin a la inseguridad jurídica en la que vivían las 400 asociaciones que existen en Cataluña. Una serie de recomendaciones que permitirán a miles de consumidores de cannabis salir del eterno limbo en el que se encontraban.

A pesar de que, en un inicio, se esperaba que también fuesen aprobados, además del consumo, el transporte y el cultivo de cannabis, el sentimiento general es de satisfacción. Cataluña ha demostrado estar a la vanguardia de la legalización y, aunque todavía queda mucho por hacer, este es, sin lugar a dudas, un enorme paso hacia adelante.

2. EL NUEVO MARCO DEL CANNABIS

2.1. LA NUEVA NORMA

El 1 de julio de 2015 entró en vigor la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, la cual dispone en su artículo 36.18 que «son infracciones graves la ejecución de actos de plantación y cultivo ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en lugares visibles al público, cuando no sean constitutivos de infracción penal».

Algunos han entendido que dicho artículo supone la legalización del cultivo de cannabis para consumo propio, siempre y cuando se realice de forma no visible al público, lo cual supondría un notable avance en la seguridad jurídica de los cultivadores; en mi opinión (que desde ya someto a cualquier otra mejor fundamentada) no es eso lo que dice la ley, ni en su letra ni en su espíritu, algo que trataré de explicar a continuación, aunque creo necesario previamente aclarar algún concepto y revisar la legislación actual.

2.2. ¿ES DELITO EL AUTO-CULTIVO?

El inciso final del artículo citado («... cuando no sean constitutivos de infracción penal...») reconoce expresamente la distinción entre actos de cultivo constitutivos de delito y actos de cultivo constitutivos de infracción administrativa.

Esta distinción es importante y no debe darse por obvia pues existe una línea jurisprudencial (así, Sentencia de 9 de diciembre de 2002) que considera que todo cultivo es delictivo incluso cuando lo cultivado no sea idóneo para difundir la sustancia cultivada a terceros.

Para ello la Sala 2.^a de lo Penal del Tribunal Supremo argumenta que se trata de un delito de peligro abstracto que «no depende de la concreción del peligro sino de la abstracta adecuación al mismo que ha establecido el legislador».

Sin embargo, lo defendido en esa sentencia es opinión minoritaria en la jurisprudencia, y como explican los catedráticos DÍEZ RIPOLLÉS y MUÑOZ SÁNCHEZ (autores del Dictamen sobre la viabilidad legal de los CSC), son mayoría las sentencias del Tribunal Supremo que reiteran que **«no hay delito en el cultivo si no se acredita que está destinado a terceros o que exista la posibilidad de que terceros puedan acceder a ello»**.

La conclusión es que caben cultivos fuera del Código Penal en la medida en que el producto cultivado se destine **única y exclusivamente** al consumo del cultivador (entre otras muchas, Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2003).

2.3. LA INSEGURIDAD JURÍDICA

En realidad la afirmación de que el cultivo para propio consumo no es un delito no resuelve el problema pues **no existe en nuestro ordenamiento jurídico ninguna norma que establezca cuáles son sus límites**, de modo que es algo que decidirá el juez en cada caso concreto a la vista de las circunstancias.

Ni siquiera hay una línea jurisprudencial que ampare un número determinado de plantas, ni tampoco puede afirmarse que los tribunales se acojan a un criterio puramente cuantitativo si aparecen indicios de que el destino de lo cultivado es el tráfico (básculas, envoltorios, listados de «clientes», etc.).

En resumen, la idea de auto-cultivo está presidida por una indeseable inseguridad jurídica pues nos sitúa ante un concepto jurídico indeterminado que deja en manos de los jueces y tribunales su determinación en cada caso concreto; una vez descartada su tipificación como delito hemos de analizar si supone una infracción administrativa susceptible de multa económica.

2.4. EL AUTO-CULTIVO EN LA LEY DE SEGURIDAD CIUDADANA 1/1992

La conocida como «**Ley de seguridad ciudadana**» quedó derogada el 1 de julio de 2015 y su aplicación ha dado lugar a dos posturas sobre el tratamiento administrativo del cultivo de cannabis destinado al propio consumo.

Una posición maximalista, que considera que todo acto de cultivo (aunque no sea delito) es ilícito si no está amparado por la autorización a que se refiere la Ley 17/1967, de 8 de abril por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes.

Esta posición es la que inspira la Instrucción 2/2013 de la Fiscalía General del Estado que expresamente afirma que «en ningún caso es lícito el cultivo de cannabis sin autorización administrativa, aunque sea para uso privado... dicha actividad será constitutiva de delito o, en su defecto, de infracción administrativa».

Desde esta perspectiva los únicos actos de cultivo de cannabis que pueden ser calificados de legales son los autorizados al amparo del artículo 22 de la Ley 17/1967.

Una posición minimalista, que sostiene que dado que las leyes administrativas persiguen solo limitar la oferta ilícita de drogas en la sociedad –pero sin incidir en la demanda de las mismas–, y puesto que el auto-cultivo precisamente trata de evitar la oferta ilícita, no puede considerarse el cultivo para el propio consumo una actividad ilícita desde el punto de vista de la legislación administrativa.

Esta idea es defendida por el citado **Dictamen sobre la viabilidad legal de las asociaciones de usuarios de cannabis** y también se hace eco de ella la Resolución –sobre Instrucciones a la Policía vasca– **2015R-485-14** del Ararteko, de 9 de febrero de 2015.

Incluso el propio Tribunal Constitucional ha tenido en cuenta este razonamiento pues en su Sentencia de 341/1993, de 18 de noviembre declaró que la determinación de lo que ha de entenderse por tenencia ilícita corresponderá a los tribunales, que pueden así decidir cuándo no es ilícita.

Aplicación de todo lo anterior son decisiones judiciales que han ordenado la restitución del cannabis decomisado a Clubs de Cannabis, tras la absolución penal de sus miembros o, más directamente, que admiten que el cultivo para el propio consumo no es ilícito, ni penal ni administrativamente, como la Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo de Bilbao **n.º 196/2013** de 9 de septiembre.

Esta última sentencia anuló la multa puesta a un cultivador de cannabis argumentando que el tipo infractor no tiene por objeto sancionar la tenencia y cultivo de drogas (en cantidades sin relevancia penal) cuando tiene lugar en el propio domicilio; en este caso el cultivo se desarrollaba en un invernadero dentro de una propiedad privada, pero era visible al público desde el exterior y esta circunstancia, su visibilidad desde el exterior, nos enlaza de forma inmediata con la cuestión que motiva estas líneas de opinión.

2.5. ¿REALMENTE LEGALIZA EL AUTO-CULTIVO LA LEY 4/2015?

Es cierto que (*a sensu contrario* del artículo 36.18) a partir del 1 de julio hay una ley en vigor conforme a la cual los cultivos de cannabis que no resulten visibles al público no serán objeto de sanción **pero eso no implica que se haya liberalizado nada, al contrario.**

La referencia expresa al cultivo es una novedad de la ley del año 2015 pues la de 1992 no lo mencionaba, refiriéndose en general a la tenencia y, desde luego, la finalidad que preside su introducción no es liberalizadora sino prohibitiva, pues expresamente la Exposición de Motivos de la Ley dice que no solo se recogen las infracciones previstas en la Ley Orgánica 1/1992, relacionadas con el consumo de drogas, sino que se agregan otras.

Queda claro, por tanto, que la propia ley declara que se están introduciendo infracciones que antes no existían. En efecto, como ya hemos visto, existen sentencias que anulan multas a cultivadores por entender que no es sancionable el auto-cultivo realizado en el propio domicilio, incluso en casos en que el cultivo era visible desde el exterior; de esta forma, la nueva ley «garantiza» que no habrá sanción para los cultivos no visibles (algo que ya era defendible bajo la ley de 1992) pero a cambio excluye cualquier mecanismo de defensa para cultivos visibles al público.

Creo interesante destacar además que el concepto de «visibilidad al público» es mucho más amplio que el de «visibilidad desde vía pública», de modo que serán sancionables cultivos visibles desde cualquier espacio público, sin duda, pero también desde la propiedad del vecino o desde helicópteros u otros medios de control. Y debe recordarse que en la tramitación parlamentaria se rechazaron las enmiendas (a instancia, entre otros, del grupo socialista) que proponían sancionar solo los cultivos en «lugar visible y accesible al público», lo que habría excluido de sanción, por ejemplo, a los cultivos de balcón. Hay que distinguir entre la infracción administrativa (multa) y la penal (cárcel). La tenencia de cualquier cantidad de cannabis (hachís, marihuana) en la vía pública, así como el cultivo si se realiza en un lugar visible al público, están sancionados con una multa (recurrible por vía administrativa). Si la policía sospecha que la cantidad intervenida pudiera estar destinada a su venta (muchas cantidad, actitud sospechosa, sustancia dividida en porciones, dinero, etc.) pues en ese caso el sujeto puede ser acusado de tráfico (que es un delito penal) y tras ser detenido pasará a disposición judicial. En este ámbito hay que señalar que una cosa es lo que viene escrito en el Código Penal (la ley) y otra es la interpretación que de ella hacen los jueces (sentencias del Tribunal Supremo).

Como se explica a continuación, **el cultivo de las plantas de *cannabis sativa* cuando tiene por objeto el propio consumo no es punible**, el problema es que, en estos casos, la presunción de inocencia brilla por su ausencia, es decir, las autoridades no tienen que demostrar que el cultivador es un traficante, sino que es el cultivador el que tiene que demostrar que la sustancia es para su propio consumo. Es decir, *a priori*, un cultivador va a ser tratado como un traficante y, por tanto, será detenido y puesto a disposición judicial.

Para tratar de demostrar que somos consumidores podemos:

- Pertenecer a una asociación cannábica legalmente constituida.
- Obtener un certificado médico que haga constar que padecemos alguna de las enfermedades para las que, según la SEIC (Sociedad Española de Investigación sobre Cannabinoides), los cannabinoides ya han probado su eficacia.
- Obtener un certificado médico que haga constar que padecemos alguna de las enfermedades para las que la Comisión Clínica de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional Sobre Drogas, dependiente del Ministerio de Sanidad y Política Social, reconoce los beneficios médicos del cannabis.
- Solicitar un permiso para auto-cultivo y/o uso médico del cannabis a la Agencia Española del Medicamento.

3. LA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA

El artículo 36 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, sobre protección de la seguridad ciudadana contempla las infracciones graves, que engloban conductas que van desde el **consumo o la tenencia** en lugares y transportes públicos, aun no destinadas al tráfico, hasta el **traslado**

para facilitar el acceso a las drogas, que no constituyan delito, pasando por los actos de **plantación y cultivo, en lugares visibles al público**, siendo el nexo común de todas las conductas típicas el hecho de **que no constituyan delito**.

3.1. SANCIONES (ART. 39, ART. 43)

De **601 a 30.000 euros** por infracciones graves.

Las multas por infracciones graves se dividen en **tres tramos**, el grado mínimo comprenderá la multa de 601 a 10.400 euros; el grado medio, de 10.401 a 20.200 euros, y el grado máximo, de 20.201 a 30.000 euros.

En cada grado, para la individualización de la multa se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

- a) La entidad del riesgo producido para la seguridad ciudadana o la salud pública.
- b) El grado de culpabilidad.
- c) La capacidad económica del infractor.

Como regla general, se impondrá la multa en grado mínimo. Se sancionará con multa en grado medio cuando se acredite la concurrencia, al menos, de unas de las siguientes circunstancias (art. 33).

- d) La **reincidencia**, por la comisión en el término de dos años de más de una infracción de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado en resolución firme en vía administrativa.
- e) La ejecución de los hechos usando cualquier tipo de prenda u objeto que cubra el rostro, impidiendo o dificultando la identificación.

Para ello se crea en el Ministerio del Interior un **Registro Central de Infracciones** contra la Seguridad Ciudadana. Este registro contendrá:

- a) Datos personales del infractor.
- b) Infracción cometida.
- c) Sanción o sanciones firmes en vía administrativa impuestas, con indicación de su alcance temporal, cuando proceda.
- d) Lugar y fecha de la comisión de la infracción.
- e) Órgano que haya impuesto la sanción.

Las inscripciones contenidas en el Registro Central se cancelarán de oficio transcurridos dos años desde la comisión de la infracción.

Solo se impondrá en grado máximo cuando se justifique por el número y entidad de las circunstancias concurrentes.

Desaparece la posibilidad de apuntarse a un programa de deshabituación (que contemplaba la Ley de 1992) para dejar la sanción en suspenso. Solo se mantiene esta posibilidad para los sancionados de 14 a 17 años.

4. LA INFRACCIÓN PENAL

El Código Penal establece en su artículo 368 lo siguiente:

«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, 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 (organizaciones delictivas)».

Con carácter general se puede decir que por la Sala 2.^a del Tribunal Supremo se ha venido considerando como drogas duras todas, excepto las derivadas de la *cannabis sativa* y algunos psicotrópicos.

4.1. LA CONDUCTA TÍPICA

4.1.1. El cultivo

El cultivo de las plantas de *cannabis sativa* cuando tiene por objeto el propio consumo no es típico, según una reiterada jurisprudencia, pero cuando excede de las cantidades señaladas por el Instituto Nacional de Toxicología como propias del consumo normal de una persona, entonces dicha conducta sí es encuadrable en el tipo del artículo 368.

La marihuana, *grifa* o *hierba* proviene de la planta hembra de la *cannabis sativa*, siendo preparada a partir de las hojas secas, flores y pequeños tallos. Así pues, en el caso de ocupación de plantas a un particular, para determinar si las mismas son o no para el propio consumo habrá que calcular, en primer lugar, el peso de las mismas y descontar aquellas partes no relevantes (tierra, raíces, tronco y ramas) que habitualmente se fija en un 40 %. El consumo es de las partes secas, por lo que seguidamente hay que descontar entre un 80 y un 85 % de agua de la planta. El resultante, sin tratarse

de un criterio matemático, ya que debería someterse a prueba pericial en cada caso concreto, será la parte de la planta consumible como marihuana y esa cantidad es la que habrá que tener en cuenta para apreciar si la droga era para el propio consumo o no. (Como veremos más adelante, la previsión de consumo es de 15-20 g de marihuana diarios, luego si la cosecha es anual, se debería poder justificar hasta $15 \times 365 = 5,5$ kg de marihuana, siempre que se demuestre que se es consumidor).

A pesar de que muchos de los denunciados por cultivo han alegado que era con fines terapéuticos, las sentencias judiciales no suelen entrar a valorar el fin médico del mismo y se limitan a dictaminar que no hay delito en el cultivo para consumo propio. Sin embargo hay excepciones. En el año 2006 un juez de Alicante absolvió a un psicoterapeuta que cultivó 258 plantas de marihuana, que pesaban 3,5 kg, al considerar probado que el acusado «vio que le iban bien para las migrañas, por lo que hizo una investigación para estudiar las variedades». En 2007 el magistrado titular del Juzgado de lo Penal 1 de Jaén incluye como razón entre los datos «objetivos» a considerar para absolver a un acusado de un delito de tráfico de drogas que «este padece de colon irritable, dolencia que le causa grandes dolores», de esta forma el magistrado entiende creíble la tesis que sostuvo de la defensa de que la droga era para autoconsumo, aunque la cantidad «excede con mucho la que pueda destinarse» a este fin (5,3 kg aunque con una pureza muy baja), ya que considera que el acusado accedió voluntariamente al registro de la parcela donde estaba la plantación, lo que demuestra una «buena fe impropia de quien pretende traficar». En 2008 un juez de León dictó una sentencia absolutoria para un individuo al que la Guardia Civil sorprendió con 20 plantas de marihuana con un peso total de 100 kg (no hay que confundir lo pesado por la Guardia Civil con el peso real, que serían unos 12 kg), ya que no se pudo acreditar que el procesado fuese a traficar con el material y además alegó ser consumidor habitual. Pero no hay que confiarse, la STS de 17 de marzo de 1999 estimó de notoria importancia la aprehensión de 28 plantas de marihuana cultivadas por un particular, siendo el peso de las hojas y flores de más de 18 kg.

Como vemos con las distancias sentencias, no hay una norma clara establecida que regule el cultivo de cannabis para autoconsumo, depende del criterio del juez y de las circunstancias particulares de cada caso. En cuanto a la tenencia y venta de las semillas de la planta también debe considerarse tal conducta como atípica, ya que tales partes de la planta aún no tiene el componente psicoactivo, no hallándose encuadradas en las listas de los Convenios de Naciones Unidas de 1961 y 1971, siendo también impune la propaganda de la realización de actividades destinadas a plantar las semillas cuando el cultivo es para el autoconsumo.

4.1.2. El tráfico y la donación

El tráfico es solo una de las formas de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas y, por tanto, se debe incluir en el mismo la **donación** (STS 538/2003, «el hecho de regalar una droga estupefaciente no deja de ser típico cuando el receptor la consume e incluso lo hace con cierta habitualidad» (hay diferencia entre la donación y el consumo compartido), aunque con las precisiones que existen respecto a las donaciones a familiares adictos, en las que por cuestiones humanitarias se ha considerado atípica tal conducta (STS 1981/2002 «familiares próximos o allegados adictos que se encuentran en prisión y en cantidades mínimas...»)).

4.1.3. Promover, favorecer o facilitar. Tenencia preordenada al tráfico

Los verbos promover, favorecer y facilitar **vienen referidos al consumo ilegal de drogas que es el ajeno, ya que el propio consumo de la sustancia no es constitutivo de infracción penal**, planteándose el problema de delimitar cuándo una persona posee alguna de las anteriores sustancias para el tráfico o cuándo para el propio consumo. La jurisprudencia, cuando no existan otros actos indicativos del tráfico, ha atendido a la tabla del Instituto Nacional de Toxicología de 18 de octubre de 2001. Esta tabla establece las dosis medias de consumo de las sustancias, señalando el Tribunal Supremo que un consumidor se suele proveer de sustancia para unos 5 días, por lo que la posesión que exceda de dicha cantidad se presume que está destinada al tráfico ilícito (STS 281/2003).

Las cantidades, según la mencionada tabla, son las siguientes:

Sustancia	Dosis de abuso habitual	Frecuencia de uso diario	Previsión (3 a 5 días de consumo)
Marihuana	1,5 a 2 g	15-20 g	100 g máximo
Hachís	0,3 a 0,5 g	5 g	25 g

En relación con el hachís, la doctrina jurisprudencial ha considerado destinados a la transmisión a consumidores los importes de la indicada droga que excedan de los 50 g.

Así pues, la sola posesión sin más de cantidades de droga que no excedan de las previsiones de consumo de hasta 5 días, con carácter general, es atípica. A pesar de ello son numerosas las STS que consideran para el hachís que la cantidad ha de superar el límite de los 25 g, por ejemplo:

- Los 50 g (STS de 12 de febrero de 1996 por considerar que supone un acopio de droga para 10 días).
- Los 100 g (STS de 20 de junio de 1997).
- Los 150 g (STS de 9 de febrero de 1996).

4.1.4. Subtipos agravados

El artículo 369 del Código Penal establece cuáles son las circunstancias agravantes:

- 1.^a El culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio.
- 2.^a El culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.

- 3.^a Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos.
- 4.^a Las sustancias a que se refiere el artículo anterior se faciliten a menores de 18 años, a disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamiento de deshabituación o rehabilitación.
- 5.^a Fuere de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior.

A partir del Pleno de la Sala 2.^a de 19 de octubre de 2001, y basándose en un informe del Instituto Nacional de Toxicología de 18 de octubre de 2001, se han fijado los límites de tales cantidades a partir de la consideración de que el exceso de 500 dosis supone notoria importancia.

Sustancia	Consumo diario (frecuencia de uso diario)	Notoria importancia (actualmente)	Notoria importancia (antes de 2001)
Marihuana	15-20 g	10 kg	5 kg
Hachís	5 g	2,5 kg	1 kg

Hay que destacar que para las citadas cantidades se estima por el Tribunal Supremo que no es necesario tener en cuenta el porcentaje del principio activo (tetrahidrocannabinol o THC), bastando el peso bruto (STS 657/2003).

Sin embargo, también hay que tener en cuenta que cuando en el hachís el principio de concentración del THC es muy bajo, «inferior al 2 %», entonces dicha sustancia tiene más similitud a la marihuana, debiendo estarse entonces al límite cuantitativo de esta para la notoria importancia, es decir, 10 kg y no los 2,5 kg.

En definitiva, cuando la sustancia incautada se sitúe entre 2,5 y 10 kg de hachís sí habrá que atender al grado de concentración del THC, y si la sustancia no supera el 2 %, a pesar de que sea hachís, tendrá la consideración de marihuana y no se apreciará el subtipo agravado.

Por otro lado, el Tribunal Supremo ha reconocido cierto valor a las cifras de notoria importancia anteriores al mismo a la hora de individualizar la pena, señalando que «cuando la importancia de la droga objeto del delito enjuiciado sea relevante, superior a la cifra con la que la doctrina anterior integraba el subtipo de notoria importancia, la pena a imponer no debería ser inferior a cinco años».

En caso de posesión de droga que no causa grave daño en cantidad de notoria importancia se sanciona con la pena más grave, de 3 a 6 años de prisión, si bien a la hora de individualizar la pena habrá de tenerse en cuenta la cantidad de hachís o marihuana poseída (STS 1313/2002).

- 6.^a Las referidas sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, incrementando el posible daño a la salud.

- 7.^a Las conductas descritas en el artículo anterior tengan lugar en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación, o en sus proximidades.
- 8.^a El culpable empleare violencia o exhibiere o hiciese uso de armas para cometer el hecho.

4.1.5. Autoría

En los delitos de tráfico de drogas, el Tribunal Supremo ha declarado la existencia de autoría plena en los siguientes casos:

- Para el titular de la vivienda por tener una posición de garante (STS 1881/2000).
- Para el que convive en el mismo domicilio (STS 220/2003).
- El que cotransporta la droga (STS 330/2004).
- El depositario (STS 373/2001, de 7 de marzo de 2001).

4.2. POSIBLES CONDUCTAS ATÍPICAS (NO PUNIBLES)

4.2.1. Consumo compartido

Existen casos en los que el Tribunal Supremo, atendiendo a la concurrencia de determinadas circunstancias, que hacen presuponer un consumo único por diversas personas en un mismo marco espacio temporal, considera que en dicha actividad hay una ausencia de antijuricidad material por considerarlo un modo de autoconsumo.

Los requisitos:

- 1.º Los consumidores que se agrupan han de ser adictos (se incluye a los consumidores habituales de fin de semana).
- 2.º El proyectado consumo compartido ha de realizarse en lugar cerrado, y ello en evitación de que terceros desconocidos puedan inmiscuirse y ser partícipes en la distribución o consumo.
- 3.º La cantidad de droga programada para su consumición ha de ser «insignificante».
- 4.º Los consumidores deben ser personas ciertas y determinadas, único medio de poder calibrar su número y sus condiciones personales.
- 5.º Ha de tratarse de un consumo «inmediato» de las sustancias adquiridas.

Esta doctrina debe ser aplicada, como es obvio, restrictivamente, siempre y cuando concurren estrictamente todos los aludidos requisitos.

4.2.2. Cantidad insignificante

El Instituto Nacional de Toxicología emitió un informe (4 de marzo de 2004) sobre la *cannabis sativa*, en el sentido de indicar que es difícil determinar la dosis mínima psicoactiva del THC (principio activo de dicha sustancia). En realidad, se decía, la dosis mínima psicoactiva se deducía de la molécula «dronabinol», similar al THC (tetrahidrocannabinol), y que era de entre 5 y 10 mg por vía oral, deduciendo a partir de ahí que las dosis mínimas psicoactivas de las sustancias derivadas de la *cannabis sativa* eran las siguientes: para la marihuana, con una riqueza media de Delta 9 THC entre un 2,9 y 7%, la dosis mínima sería de 344,82 mg; para el hachís, con una riqueza media de Delta 9 THC entre un 10 y 14,5%, será de 100 mg; y para el aceite de hachís, con una riqueza variable que depende de la concentración, sería de 6,67 mg. Este segundo informe, sin embargo, no se ha tenido en cuenta por las resoluciones de la Sala 2.^a que han incluido la referencia a la antigua cantidad de 10 mg para determinar la dosis mínima psicoactiva del hachís.

5. REGULACIÓN DE LOS CLUBS CANNÁBICOS

El Tribunal Supremo aclaró su postura en relación con los clubs de cannabis, que coincide con la de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Tras el primer pleno jurisdiccional que abordó el encaje legal de una de estas asociaciones, el Alto Tribunal consideró que una entidad constituida para la distribución y el uso de la sustancia con fines lúdicos y terapéuticos, según sus defensores, trafica con droga, lo que supone un varapalo para las asociaciones de usuarios de marihuana. La Sala de lo Penal condena por este delito a cinco socios —entre ellos los tres responsables: el presidente, el secretario y la tesorera— de la Asociación de Estudios y Usuarios del Cáñamo Ebers de Bilbao, con 290 integrantes, porque estima que su «estructura y funcionamiento» desborda la filosofía que late en su doctrina sobre el consumo compartido de droga.

Para considerarse tal, la sustancia debe consumirse «en un local, sin hacer exhibición de la misma y sin que pueda ser transmitida a terceros», advierte. Así, el Supremo acepta parcialmente el recurso de la Fiscalía a la sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia provincial, que hace un año absolvió a los tres directivos y dos socios de Ebers de atentar contra la salud pública porque realizaban un consumo y cultivo «compartido» para «alejarse de un mercado negro lleno de riesgos» y sin «ánimo de lucro». Eso sí, el Alto Tribunal descarta condenarles por asociación ilícita, como también solicitaba el fiscal.

Además, la existencia de un debate jurídico sobre el carácter penal de estas asociaciones atenuará la pena. La resolución no sentará jurisprudencia, explicó un portavoz oficial del Supremo, pero sí un precedente. De hecho, aún debe pronunciarse sobre al menos otros cuatro recursos contra absoluciones de responsables de clubs de cannabis, entre ellos el bilbaíno Pannagh —cuya cúpula quedó libre de cargos en abril por la misma sección de la Audiencia provincial vizcaína—, y es probable que lo haga en el mismo sentido. Su argumentario podría impregnar los autos que los tribunales emitan a partir de ahora.

La sentencia, además, «fijará una actualización de la doctrina del autoconsumo compartido» que podría restringir la actividad de los clubs.

Destacar la redada que se inició en 2011 por parte de la Policía Municipal de Bilbao. El día de la redada, el 14 de noviembre, los agentes incautaron en la sede de la entidad en la calle Luzarra de Deusto cantidades de marihuana que entonces fueron cuantificadas en 6 kg. El Ministerio Fiscal solicitó para los tres directivos 2 años de prisión y 50.000 euros de multa por considerarles responsables de un delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas junto a otro de integración en grupo criminal. A los otros dos acusados, socios, solo se les imputaba el primero de los delitos.

Pero la Audiencia Provincial consideró acreditado que Ebers imponía normas para controlar el funcionamiento del club, como un límite de venta de dos gramos diarios a cada socio, que estos no podían salir fumando del local, ni hacer ostentación de las sustancias. El atestado policial, en cambio, advertía de que algunos socios, en lugar de acudir a diario a comprar la marihuana, lo hacían una vez por semana y se llevaban una cantidad mayor. La Fiscalía señaló, en este punto, que por ello existía el riesgo de que la hierba fuera transmitida a terceras personas y se consumiera fuera, por lo que su actividad no se ajustaba a la jurisprudencia. El fiscal jefe del País Vasco, Juan Calparsoro, anunció que recurriría para que el Supremo entrase en el fondo de la realidad de los clubs de cannabis y sentase un criterio.

6. ANÁLISIS DE LA RECIENTE SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 484/2015, DE 7 DE SEPTIEMBRE

En relación con la sentencia objeto del comentario, se parte del siguiente supuesto fáctico:

La Asociación de Estudios y Usuarios del Cáñamo se constituye en el año 2010. En el año 2011 se efectúa una entrada y registro, ocupándose diversas cantidades de marihuana. Los acusados, presidente, secretario, tesorera y dos asociados, que se encontraban en ese momento en el local fueron absueltos por la Audiencia Provincial de Vizcaya al considerar que los hechos no constituyen delito al tener encaje en la doctrina del consumo compartido sin ninguna finalidad de traficar con las sustancias.

El Tribunal Supremo considera, en primer lugar, que es irrelevante la ausencia de ánimo de lucro para entender cometido el delito contra la salud pública, que es un delito de riesgo; riesgo que no varía en atención a uno u otro móvil del sujeto.

Considera que no tiene encaje en la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, *relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas*, el supuesto consistente en cultivo de cannabis para su distribución periódica a unas 300 personas, miembros de la asociación. El límite sería actuar con fines de exclusivo consumo personal, como dice la directiva, lo que exige plantear una cuestión prejudicial a efectos de precisar su interpretación, y que con independencia de la legalización del consumo de cannabis en varios Estados, lo cierto es que nuestra legislación no lo permite. Remite a la Ley 17/1967, de 8 de abril, *por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes*, que prohíbe su cultivo (cannabis) sin autorización, y que la Ley Foral de Navarra, única legislación autonómica que proporciona cobertura legal a la distribución de cannabis entre los agrupados en una asociación, está recurrida por el Gobierno ante el Tribunal Constitucional.

Que según la regulación penal, es punible toda actividad que promueva el consumo de drogas, y que si bien se considera atípico, además del consumo propio, **el consumo compartido**, la doctrina de este último no puede aplicarse al caso enjuiciado, ya que ha de tratarse de un grupo reducido de consumidores (*número reducido de personas que permita considerar que estamos ante un acto íntimo sin trascendencia pública*) y la cantidad de sustancia ha de «ser reducida o insignificante o, cuando menos, mínima y adecuada para su consumo en una sola sesión o encuentro. Y que las personas integrantes estén identificadas (considerando que los plurales consumidores indeterminados en momentos futuros también indeterminados, pagando evidentemente su precio, implica actos de fomento del consumo que exceden de los supuestos de atipicidad admitidos por nuestra doctrina)».

En el caso enjuiciado, la magnitud de las cantidades manejadas (10 kg de cannabis cada 6 meses), el riesgo real y patente de difusión del consumo, la imposibilidad de constatar con plena certidumbre la condición de consumidores o usuarios de la sustancia, así como de controlar el destino que pudieran dar al cannabis sus receptores desbordan no solo los términos más literales en que se desarrolla esa doctrina, sino sobre todo su filosofía inspiradora. Respecto a la responsabilidad de los encargados, considera que los responsables de la asociación han creado una fuente del riesgo o riesgos incontrolables y reales, y son incapaces de controlar la estructura creada, que comporta un riesgo de difusión (290 personas que manejan cantidades muy altas de sustancias siendo imposible fiscalizar sus actitudes). Eso sí, se aplica el error vencible.

Considera asimismo que la actividad desarrollada por los clubs sociales de cannabis, asociaciones, grupos organizados o similares no será constitutiva de delito cuando consista en proporcionar información; elaborar o difundir estudios; realizar propuestas; expresar de cualquier forma opiniones sobre la materia; o promover tertulias o reuniones o seminarios sobre esas cuestiones. Pero sí traspasa las fronteras penales la conducta concretada en organizar un sistema de cultivo, acopio, o adquisición de marihuana o cualquier otra droga tóxica o estupefaciente o sustancia psicotrópica con la finalidad de repartirla o entregarla a terceras personas. En el supuesto ahora analizado, un reducido núcleo de personas organiza y dirige la estructura asociativa. Disponen y preparan toda la intendencia, abastecimiento, distribución, control, cultivo, etc. y ponen tales estructuras al servicio de un grupo amplio e indiscriminado de usuarios que se limitan a obtener la sustancia previo pago de su cuota y de su coste. Eso es facilitar el consumo de terceros. Hay distribuidores, aunque sean también consumidores frente a simples consumidores receptores. Esa forma de distribución es conducta no tolerada penalmente.

La sentencia la firman todos los miembros de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo en Pleno formulando voto particular:

La sala debería precisar los límites de la tipicidad en los supuestos de agrupaciones para el cultivo y consumo compartido de cannabis, debería haber determinado los requisitos y, por tanto, con mayor precisión las conductas típicas. Asimismo, se debería haber absuelto por error de prohibición invencible, ya que en los Estatutos estaba claramente determinado su objeto, causas de expulsión de los socios, ausencia de fines de tráfico, solamente consumo, etc., no existiendo culpabilidad en los acusados que creían de modo invencible en la licitud de su actividad. Además, que se ha revocado condenando una sentencia absolutoria, no solamente por cuestiones jurídicas sino que en realidad se ha valorado si existía o no dolo en los acusados, vulnerándose su derecho de defensa.

La sentencia tendría que definir criterios interpretativos del tipo penal respecto a la modalidad de consumo que se presenta en esta casación.

Del contenido de la sentencia expuesta y de sus votos particulares, por tanto, se deduce con carácter principal que la regulación actual evita **definir unos «requisitos estrictos más o menos razonables»**, quedando todo en la mera apreciación casuística del supuesto, la atipicidad del consumo compartido:

- 1.º Aquellas agrupaciones constituidas para evitar el recurso al tráfico ilícito como vía de autosuministro, que reúnan a quienes fuesen previamente consumidores habituales, siempre mayores de edad y en pleno uso de sus facultades, estableciendo un periodo de carencia prolongado desde la incorporación a la agrupación a la adquisición del derecho a compartir la substancia, para evitar el favorecimiento del consumo ilegal por terceros que se incorporen ocasionalmente para el consumo inmediato.
- 2.º Aquellos supuestos en los que el consumo se lleve a cabo exclusivamente en el interior de la agrupación, es decir, «en lugar cerrado», como exige la doctrina del consumo compartido. La finalidad de esta exigencia es evitar la promoción pública del consumo y la posibilidad de compartir, comerciar o difundir la sustancia que se entregue para consumir fuera a quienes no forman parte de los inicialmente agrupados.
- 3.º Aquellos supuestos en que se circunscriba el consumo a un grupo reducido de adictos, identificables y determinados, por lo que estas agrupaciones no deberían sobrepasar un número limitado de miembros, que en ningún caso debería exceder de la treintena.
- 4.º Aquellas agrupaciones que suministren a sus miembros cantidades que no rebasen la droga necesaria para el consumo inmediato, sin superar el consumo diario. Recurso n.º 1765/2014. El autocultivo debería, en consecuencia, limitarse a una producción que no supere el consumo previsible del número reducido de miembros que integren la agrupación, quedando excluido el ánimo de lucro, pues los socios únicamente pueden compartir los gastos. Estos criterios o requisitos, que constituyen una adaptación a la realidad actual de las agrupaciones de consumidores, de los requisitos establecidos tradicionalmente por nuestra jurisprudencia para el consumo compartido, pueden a nuestro entender complementar la doctrina de la sentencia mayoritaria, con el fin de garantizar la seguridad jurídica, y evitar en el futuro la posibilidad de errores de prohibición.