

**DICTAMEN SOLICITADO POR LA FEDERACIÓN DE
ASOCIACIONES CANNÁBICAS DEL PAÍS VASCO (EUSFAC) A**

**JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS Y JUAN MUÑOZ SÁNCHEZ,
CATEDRÁTICOS DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA,**

**EN RELACIÓN CON LA VIABILIDAD LEGAL DE LOS
CLUBES SOCIALES DE CANNABIS, COMO MODELO DE
AUTOORGANIZACIÓN DEL CONSUMO.**

Por la Federación de Asociaciones Cannábicas del País Vasco (EUSFAC) se nos requiere opinión fundada en derecho acerca de la viabilidad legal de los Clubes Sociales de Cánnabis

ANTECEDENTES

Debido a la falta de un marco legal con respecto al cultivo de cannabis para uso personal, personas usuarias de cannabis en Europa han iniciado un modelo propio de regulaci3n y control.

Este modelo, llamado Club Social de Cannabis, trata de evitar que las personas consumidoras de cannabis est3n involucradas en actividades ilegales y asegura que se cumplan ciertos requisitos con respecto a la salud pública y la seguridad. En el País Vasco en los últimos años se han constituido asociaciones de usuarios de cannabis que permiten a sus miembros un consumo regulado. La ausencia de una regulaci3n de esa actividad hace que tales asociaciones se muevan en una situaci3n de alegalidad, que determina una gran inseguridad jurídica.

En relaci3n con estos antecedentes se nos formula la siguiente

CONSULTA

Se quiere conocer nuestra opini3n sobre si la legislaci3n vigente permite la constituci3n y funcionamiento de los Clubes Sociales de Cannabis.

Aceptando gustosamente los t3rminos en que viene planteada la consulta, tenemos el honor de emitir el siguiente

DICTAMEN

I. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y ESTRUCTURA TÍPICA DE LOS DELITOS RELATIVOS A DROGAS.

1. Está generalmente admitido que la salud pública constituye el **bien jurídico protegido** en estos delitos, bien jurídico que tiene un carácter colectivo. Ese carácter implica que a través de estos preceptos se aspira a tutelar la salud de la sociedad en general¹.

En consecuencia, la salud individual de cada uno de los ciudadanos se protege mediante los arts. 368 y ss. solo de manera indirecta, esto es, en la medida en que la protección de la salud pública repercute en la protección de la salud de cada uno de los integrantes de la sociedad.

Lo acabado de decir no impide que, llegado el momento de determinar la efectiva lesión del bien jurídico colectivo de la salud pública, se pueda atender a la efectiva afección a la salud de personas individuales. Ello es posible en tanto en cuanto esos individuos, dadas sus circunstancias personales y ambientales, estén en condiciones de representar adecuadamente al conjunto de la sociedad cuya salud se quiere proteger².

2. Sin embargo, los delitos relativos a drogas de los arts. 368 y ss. no precisan de una efectiva lesión del bien jurídico de la salud pública, aun cuando sea por intermedio de la salud individual, para resultar aplicables. Dicho en términos más técnicos, su **estructura típica** no responde a la de un delito de lesión, se entienda ésta como lesión material o como lesión ideal.

¹ El carácter colectivo de la salud pública como bien jurídico protegido en los delitos relativos a drogas ha sido asumido desde un principio por la jurisprudencia (así las SSTs de 25 de febrero de 1993 RJ 2551 y 3 de marzo de 1993 TOL 372), señalando que la salud pública es un objeto *carente de individualización pues se refiere a la generalidad* (STS 22 de febrero de 1999 TOL 403.418), que tiene un *carácter público* (STS 27 de mayo de 1994 TOL 404.418), *que no resulta afectado cuando el riesgo a la salud de terceros o de un sector del público no concurre* (STS 20 de julio de 1998 RJ 5998 y 14 de mayo de 1999 RJ 5396), y que *no coincide con la salud individual...sino que se refiere a una valoración sobre la salud del conjunto de los miembros de la sociedad* (STS 11 de septiembre de 2005 TOL 639.158).

² La persona o personas aisladas que pudieran resultar afectadas en su salud individual no solo son el objeto material del delito, sino en la medida en que representan a la sociedad se convierten en un sujeto pasivo social representado. Véase DÍEZ RIPOLLÉS. *Derecho penal. Parte General. En esquemas*. Tirant lo Blanch. 3ª ed. 2011. pp. 141-142.

No pertenecen a la categoría de los delitos de lesión material, al no ser necesario que la conducta realizada produzca un determinado resultado socialmente dañoso, nítidamente diferenciado de la propia conducta, y en el que se plasme la lesión al bien jurídico protegido. Y ello sin perjuicio de que ese resultado se pudiera entender como producido en cuanto tuviera lugar sobre alguna o algunas personas individuales representativas del conjunto de la sociedad.

Tampoco estamos ante un delito de lesión ideal, que se conformaría con afirmar que la mera realización de una conducta encaminada a promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas lesiona, por el mero hecho de su realización, la salud pública. Tal conceptualización de estos preceptos convertiría en irrelevante, no ya la efectiva lesión de la salud de personas representativas de la sociedad, sino incluso la capacidad de la conducta concreta para generar algún tipo de riesgo sobre la salud de las personas.

Los delitos que nos ocupan se entienden de manera generalizada como delitos de peligro, de peligro para la salud pública. Ello significa que se castigan estas conductas en la medida en que sean capaces de crear un riesgo de daño efectivo, material, en la salud de la sociedad.

Ahora bien, ese peligro que han de ser susceptibles de crear no puede fundarse en un juicio general, estadístico, sobre la frecuencia con que cualquier conducta de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas genera un riesgo para la salud pública. Ello supondría partir de una estructura típica muy cuestionada, y en franco retroceso doctrinal y jurisprudencial, la de los delitos de peligro abstracto puro.

La jurisprudencia se ha apartado claramente de una interpretación de estas figuras delictivas en ese sentido por considerar que tal concepción conllevaría a configurar este delito como un delito de mera actividad, de desobediencia formal a la norma, que sería contrario al principio de culpabilidad y que, en suma, vulneraría el derecho constitucional a la presunción de inocencia³, y ha considerado atípicos y, por tanto, no

³ La STS de 27 de mayo de 1994 TOL 904.056 afirma que con esa interpretación *se tiende a convertir los delitos de peligro abstracto en delitos de pura desobediencia... o...delitos formales*, y la STS de 18 de julio de 2001 RJ 6501 rechaza la existencia de delitos meramente formales o de simple desobediencia a la norma. Fue la STS de 22 de febrero de 1993 RJ 1488 quien puso de manifiesto que los delitos de peligro abstracto son difícilmente compatibles con el principio de culpabilidad, pues *la creación de un peligro meramente ficto sólo puede dar lugar a una culpabilidad ficticia*. En el mismo sentido la STS de 29 de mayo de 1993 RJ 4282 sostiene que *el peligro abstracto no debe ser entendido como peligro presunto, de forma que cualquier acción que cumpla objetivamente la acción legal sea estimada ya "per se" peligrosa...pues el tipo de presunción vulneraría el esencial derecho constitucional de presunción de inocencia*.

delictivos comportamientos como los denominados de consumo compartido, y semejantes. El fundamento de su irrelevancia penal reside en que tales comportamientos, analizada la configuración concreta que han adoptado en cada caso, no parecen capaces de generar un riesgo para la salud pública. Ello sin perjuicio de que comportamientos de la misma naturaleza, en otras circunstancias concretas, pudieran llevar a una conclusión distinta.

En realidad, con estas figuras nos encontramos ante lo que se conoce como delitos de aptitud para la producción de un daño, también denominados delitos de peligro abstracto-concreto. De acuerdo a esa estructura típica, para que el comportamiento de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas sea penalmente relevante es preciso que la acción concretamente realizada sea peligrosa para la salud pública. Es decir, que sea probable que de ella se vaya a derivar una afección efectiva a la salud de la sociedad.

Existe prácticamente unanimidad en la jurisprudencia a la hora de exigir como un elemento del tipo del art. 368 la peligrosidad de la acción.

Tal exigencia se concreta en numerosas sentencias en el requerimiento de que *la acción sea abstractamente peligrosa para el bien jurídico de la salud pública*⁴, de modo que si en el caso concreto no se objetiva el peligro abstracto para el bien jurídico, la conducta no es típica⁵, pero la mayoría de las sentencias reclaman que la acción sea apta, idónea o adecuada para producir un peligro para la salud pública⁶. Lo que determina que quedan excluidas del tipo las acciones en las que por las circunstancias

⁴ La STS de 29 de mayo de 1993 RJ 4282 exige que el peligro abstracto esté presente en la acción, en el mismo sentido las SSTS 4 de julio de 1993 TOL 305.494, 11 de abril de 2005 TOL 639.158. El Auto del TS de 3 de marzo de 2005 JUR 121288 afirma que *aunque parezca una obviedad, hay que decir que los delitos de peligro no existen cuando la conducta perseguida no es peligrosa para ese bien jurídico o cuando sólo lo es en grado mínimo.*

⁵ Son muchas las sentencias del Tribunal Supremo que declaran la atipicidad de la conducta en los casos en que no puede objetivarse el peligro abstracto para la salud pública: SSTS de 30 de mayo de 2000 TOL 273.365, 30 de junio de 2006 TOL 964.498, 11 de noviembre de 2009 TOL 1.726.694, 14 de julio 2004 TOL 483.732, 20 de abril de 2011 TOL 2.117.312.

⁶ La STS de 22 de febrero de 1993 TOL 403.418 afirma que *la adecuación de la acción a la producción de determinados resultados sobre la salud pública es un elemento del tipo del art. 344 CP...la acción parece adecuada para producción de las consecuencias que la ley quiere evitar*, la STS de 28 de octubre de 1996 TOL 406.594 exige que el peligro para la salud pública *se encuentre realmente presente en la acción*, la STS 22 de enero de 1997 TOL 408.226 excluye la tipicidad si *la conducta no es idónea para lesionar ni generar un riesgo mínimamente relevante para el bien jurídico protegido*. En el mismo sentido las SSTS de 14 de junio de 2004 y 7 de noviembre de 2005 exigen que *la acción tenga una determinada aptitud generadora de riesgo*, o que el delito de tráfico de drogas sanciona *conductas capaces de crear un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido.*

del caso quede excluida totalmente la generación de riesgo para la salud pública⁷, o en las que falte *la posibilidad remota del daño a la salud pública*⁸.

Ello no quiere decir que haya que llegar hasta el punto de que alguna o algunas personas individuales representativas de la sociedad estén en riesgo cierto e inmediato de sufrir un daño a su salud como consecuencia de ese comportamiento. Ello supondría reducir notablemente el ámbito de punición de estos delitos, de un modo, además, que no encuentra base en la formulación legal, convirtiéndolos en delitos de peligro concreto⁹.

⁷ Así expresamente las SSTS de 27 de septiembre de 1993 TOL 401.325, 19 de julio de 1994 TOL 403.670, 27 de mayo de 1994 TOL 404.056, 17 de junio de 1994 TOL 402.546, 22 de octubre de 1996 RJ 7838 declaran expresamente *que la exclusión de la tipicidad en la constelación de casos, que se ha dado en llamar de «consumo compartido», se fundamenta en la inexistencia del peligro general que es elemento del tipo del art. 344 CP, cuando el autor entrega a otro una dosis que éste consumirá inmediatamente y en el mismo recinto, sin riesgo alguno de ulterior transmisión a otros*. En términos parecidos las SSTS de 13 de junio de 2003 TOL 305.472, 12 de marzo de 2004 TOL 365.525, 19 de septiembre de 2005 RJ 8669 y 23 de febrero de 2011 TOL 2.045.217.

⁸ Aluden a que no puede faltar la posibilidad remota del daño a la salud pública las SSTS de 10 de diciembre de 1998 TOL 77.581, 3 de marzo de 1994 TOL 398.657, 19 de julio de 1994 TOL 403.701.

⁹ Si cabe, por el contrario, sostener que el tipo legal del art. 368 presenta la estructura típica de un delito de peligro hipotético, esto es, que el tipo exige, además de la peligrosidad concreta de la acción, la posibilidad de que fuera a surgir ese peligro cierto e inmediato. Una interpretación teleológica de la norma permite afirmar que en la medida en que el resultado que se trata de impedir es la difusión de la droga entre terceras personas no basta con que la acción sea adecuada para originar un peligro para la salud pública, sino que se exige además que en la situación concreta sea posible un contacto entre la acción y el bien jurídico, en cuya virtud hubiera podido producirse un peligro efectivo para la salud pública. Ésta es, al menos, la interpretación, que a nuestro entender, hace el Tribunal Supremo.

En efecto, el Tribunal Supremo no exige como elemento del tipo un resultado de peligro para la salud pública, sino solo la posibilidad de ese resultado de peligro. Para que pueda hablarse de un resultado de peligro es preciso que un bien jurídico, la salud pública en este caso, haya entrado en el radio de acción de la conducta y que su lesión aparezca en ese momento como probable. En el ámbito del tipo del art. 368, esto significa que el sujeto habría de realizar una acción de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo de drogas, que es una conducta peligrosa para la salud pública desde una perspectiva *ex ante*, y que esa actividad debería producirse en un ámbito donde existan terceras personas indeterminadas, siendo posible la difusión de la droga entre estas personas. Sin embargo, el Tribunal Supremo no exige para declarar típica la conducta que ésta se realice en un contexto donde existan terceras personas, sino que basta con que la conducta se realice de forma que no excluya la posibilidad de que la droga entre en contacto con terceras personas indiscriminadas, afirmando que tal posibilidad se da desde el momento en que el autor pierde el dominio de la fuente de peligro, es decir, cuando entrega la droga en una situación tal que exista la posibilidad de que pueda entrar en contacto con otras personas distintas del destinatario. Obsérvese que no se exige que en el momento de la entrega de la droga existan otras personas presentes y que, por tanto, aparezca como probable la producción del resultado de peligro para la salud pública, sino solo que la entrega de la droga se realice en condiciones en que sea posible que entre en contacto con terceras personas. Con ello se pone de manifiesto que la pérdida del dominio de la fuente de peligro por parte del autor no implica un resultado de peligro, sino solo la posibilidad de ese resultado.

Esta interpretación permite explicar por qué el TS rechaza la atipicidad de las conductas consistentes en la entrega de droga para un familiar toxicómano para evitar un síndrome de abstinencia cuando se realiza en un centro penitenciario, aunque la droga haya sido interceptada en el registro de la prisión. En estos casos la droga no ha entrado en contacto con terceras personas indiscriminadas, pero se declara la tipicidad porque no queda descartada la posibilidad de que fuera a parar a personas distintas del concreto destinatario. Véase MUÑOZ SÁNCHEZ/SOTO NAVARRO, “El uso terapéutico del cannabis y la

3. Nuestra jurisprudencia, a la hora de determinar en estos preceptos cuándo la conducta de promoción, favorecimiento o facilitación concreta debe entenderse apta para producir un daño a la salud pública, ha señalado que la aptitud va referida a la capacidad de la conducta enjuiciada para realizar una **difusión indiscriminada de la droga**. Por difusión indiscriminada se entiende una diseminación y accesibilidad de la droga entre personas indeterminadas¹⁰.

creación de establecimientos para su adquisición y consumo”, Revista de Derecho Penal y criminología, 2ª Época, nº 7, pp. 63-65.

¹⁰ Existe acuerdo en la jurisprudencia en que la acción no alcanza la aptitud para generar el riesgo abstracto que fundamenta la aplicación del tipo, esto es, que queda excluido el riesgo típico para la salud pública, cuando no existe posibilidad de difusión, de facilitación o de promoción del consumo por terceras personas indiscriminadamente. Así, las SSTS 16 de julio de 1994 TOL 403.670, y de 5 de febrero de 1996 RJ 793 sostienen que *la finalidad de la norma penal (art. 368) es la tutela del bien jurídico de la salud pública mediante la represión y evitación del peligro general o común de facilitar el consumo de drogas para personas indeterminadas y ese peligro no existe cuando son personas concretas las que deciden realizar el consumo y está totalmente descartada la posibilidad de difusión de la droga entre el público, exclusión del peligro que excluye la existencia de un elemento del tipo*. Por ello son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo que exigen como elemento del tipo que exista *la posibilidad de difusión, de facilitación o de promoción del consumo por terceras personas indiscriminadamente*. Las SSTS de 22 de febrero de 1993 TOL 403.418, 3 de junio de 1993 TOL 402.372, 10 de noviembre de 1994 TOL 404.881, 23 de febrero de 2011 TOL 2.045.217 han entendido que el bien jurídico colectivo de la salud pública *no padece cuando el riesgo o peligro para la salud de terceros... no concurre*; la de 27 de septiembre de 1993 TOL 401.325 y 3 de febrero de 1999 RJ 967 afirman que la conducta *no determinaba pues un riesgo de consumo común e indiscriminado por lo que se excluye la tipicidad de la acción*; la de 3 de marzo de 1994 TOL 398.657 declara que no existe la posibilidad remota del daño a la salud pública en los casos *en que queda excluida esa posibilidad remota, porque el consumo queda referido exclusivamente a personas drogodependientes que por su condición se ven impelidas a consumir y que lo iban hacer aunque fuera buscando otro medio diferente de suministro, sin que, desde luego, exista riesgo alguno de incidir en la salud de otras personas*; las de 27 de mayo de 1994 TOL 404.056, 3 de febrero de 1997 TOL 408.222, 11 de julio de 1997 RJ 5606, 15 de abril de 1998 RJ 3806, 30 de septiembre de 2002 RJ 9152, 16 de junio de 2004 TOL 14.292, 29 de julio de 2011 RJ 6445 aluden para declarar la tipicidad a que *no desapareció el peligro abstracto de una difusión y favorecimiento del consumo de droga entre un mayor número de personas*; las de 17 de junio de 1994 TOL 402.546, 5 de febrero de 1996 RJ 793, 16 de septiembre de 1996 RJ 6617, 22 de diciembre de 1996 RJ 9651, 12 de febrero de 2010 TOL 1.792.996 recogen la doctrina, según la cual *es atípica la acción en que esté descartada la difusión de drogas entre el público*; las de 27 de mayo de 1994 RJ 4057, 27 de enero de 1995 TOL 403.258, 10 de diciembre de 1998 TOL 77.581, 27 de septiembre de 1999 RJ 6997, 11 de noviembre de 2009 TOL 1.726.694 refieren la atipicidad a que *desaparece el riesgo de que la posesión y reparto de la droga pueda incidir en la salud de terceras personas*; las de 23 de marzo de 1995 TOL 405 054, 22 de diciembre de 1998 TOL 78.170, 14 de diciembre de 2009 TOL 1.828. 814 aluden a que es preciso *acreditar en tales casos(consumo compartido) que no existe el riesgo del consumo indiscriminado por terceras personas*; la de 25 de septiembre de 1995 RJ 6745, 20 de septiembre de 1996 TOL 406206, 9 de octubre de 1996 TOL 406.581, 22 de enero de 1998 RJ 48, 20 de julio de 1998 RJ 5998, 2 de octubre de 2002 TOL 229.126 declaran que no es típica la conducta de entrega de droga *cuando no existe el peligro de facilitación o promoción del consumo por personas indeterminadas*. De ahí que se declare atípicas conductas que a pesar de realizar actos de mediación en el tráfico, donación, compra de droga, excluyen de antemano la posibilidad de difusión de la droga entre terceras personas. Este es el fundamento, como después analizaremos, de la atipicidad de los casos de consumo compartido y de la entrega de droga por parte de personas allegadas a drogodependientes con fines altruistas o compasivos.

Semejante entendimiento del tipo básico del art. 368, con ineludible repercusión sobre el resto de figuras agravadas o privilegiadas, resulta sin duda coherente con el bien jurídico protegido. Al respecto conviene hacer una serie de consideraciones:

a. El acento puesto en el riesgo de difusión indiscriminada de la droga se corresponde con el **carácter colectivo del bien jurídico protegido**.

En efecto, en los delitos de peligro para bienes jurídicos colectivos el peligro es común, pues va referido a una pluralidad de personas, con independencia de su singularidad o identidad. Es cierto que el peligro concreto, el juicio general de peligro o, como es aquí el caso, la acción concretamente peligrosa pueden referirse, como ya hemos reiterado, a personas individuales. Pero éstas se limitan a personificar el correspondiente juicio de peligro para la colectividad, a la que materialmente representan.

Por el contrario, en los delitos de peligro para bienes jurídicos individuales el peligro va referido a una persona o personas concretas, en su identidad o, al menos, singularidad. Ello, en cualquier caso, no exige que la persona o personas deban de ser conocidas o que preexista algún otro tipo de relación personal con ella.

Por consiguiente, si la conducta que se lleva a cabo se configura de modo que solo resulte peligrosa para una persona o personas previamente determinadas por su identidad o singularidad no podemos hablar de que se esté creando un peligro común, que afecta a una pluralidad indiferenciada o indeterminada de personas, y que es el propio de los delitos de peligro contra bienes jurídicos colectivos.

Naturalmente, si está legalmente previsto un delito de peligro a un bien jurídico individual, por ejemplo, la salud o integridad personales, se podrá afirmar la concurrencia de este precepto. Si ese no es el caso, y sólo están previstos delitos de lesión respecto a ese bien jurídico individual, habrá que esperar a la producción de la lesión para afirmar la concurrencia de la correspondiente figura delictiva.

Así, los delitos contra la seguridad vial de los arts. 379 y ss. son considerados de manera generalizada como diferentes modalidades de delitos de peligro contra un bien jurídico colectivo, la seguridad vial. Por consiguiente, si alguien, por ejemplo, decide llevar a cabo una conducción automovilística de manera temeraria, en estado de ebriedad o a velocidad muy superior a la permitida, estructurada de modo que cause un peligro y posterior lesión a la salud o la vida de una persona o personas determinadas, y solo a ellas, no realizará un delito contra la seguridad vial. Lo

que habrá llevado a cabo será uno o varios delitos de homicidio o lesiones corporales dolosas, consumados o intentados, o uno o varios delitos de homicidio o lesiones corporales imprudentes¹¹.

Del mismo modo, y un ámbito más cercano a nuestras preocupaciones, en los delitos contra la salud pública referidos a alimentos y medicamentos –arts. 359 a 367- solo cabe incluir comportamientos que crean un peligro común para la salud pública, esto es, un peligro para personas indeterminadas o indiferenciadas. Por consiguiente, si un consumidor facilita a otro consumidor determinado carne en mal estado, o le aprovisiona de un medicamento deteriorado, o le adultera con una sustancia infecciosa el alimento que se dispone a tomar, de forma que le puede causar daños a su salud, no responderá por los delitos de los arts. 363, 362.1.3º o 365, respectivamente. Respondería por un delito de peligro al bien jurídico individual de la salud personal del segundo consumidor, si tal delito existiera; como no es así, habrá que exigirle responsabilidad por un delito de lesión a ese mismo bien jurídico individual, esto es, por las lesiones corporales dolosas, consumadas o intentadas, o por las lesiones corporales imprudentes producidas¹².

b. La exigencia de que el comportamiento concreto sea apto para dar lugar a una difusión indiscriminada de la droga lleva, por otra parte, a que las conductas delictivas relacionadas con drogas caigan en su conjunto en el ámbito de la **oferta de drogas**, y no en el de su demanda.

Los comportamientos propios de la oferta de drogas se caracterizan porque están orientados a facilitar el acceso a la droga a cualquiera que la demande o se considere susceptible de consumirla y, eventualmente, a fomentar tal demanda.

Los comportamientos propios de la demanda de drogas, por el contrario, tienden a facilitar que personas determinadas, deseosas de consumir droga, puedan entrar en contacto con quienes la ofertan¹³.

c. En consecuencia, no habrá difusión indiscriminada de la droga ni, por tanto, aptitud de la conducta para producir un daño a la salud pública, si el comportamiento se limita a difundir la droga entre un **círculo cerrado de personas** previamente decididas a consumirla.

¹¹ En coherencia con lo acabado de sostener, la regla específica de concurso de delitos prevista en el art. 382 no será aplicable cuando estemos ante un comportamiento como los mencionados en texto, pues el precepto va referido a medios de comisión creadores de un peligro común. Es más, incluso en los casos de peligro común, el citado art. 382 abre la vía a dejar en un segundo plano el injusto ligado a ese peligro a favor de la lesión producida a un bien jurídico individual.

¹² Dejamos fuera de consideración el art. 361 bis, sobre dopaje deportivo, por responder a otros criterios sobre los que ahora no nos podemos extender.

¹³ Véase igualmente sobre la distinción entre los ámbitos de la oferta y demanda de drogas, y sus repercusiones penales, DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Transmisiones atípicas de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad”. Tirant lo blanch. 2012. pp. 17-19, entre otros pasajes.

Por círculo cerrado de personas se entiende un conjunto de individuos singularizados que se encuentran ligados por una relación interpersonal previa al momento de acceso a la droga. Se trata de un concepto relacional, cuyo nexo aglutinador reside en la interacción social que se produce entre un número acotado de personas a partir de ciertos valores, intereses u objetivos comunes¹⁴. Las relaciones implicadas pueden ser de convivencia, amistad o incluso de recreación común, como ha aceptado la jurisprudencia¹⁵.

Nada impide que esa interacción social gire en torno al interés en consumir droga en condiciones seguras y socialmente normalizadas, característica que puede concurrir en algunas asociaciones de consumidores de cierto tipo de droga.

Para ello será preciso que quien la difunda pertenezca a ese mismo círculo cerrado de personas y que su actividad se guíe exclusivamente por el objetivo de satisfacer la demanda existente en ese círculo, y se configure de modo consecuente a ese solo fin. En tales condiciones la difusión limitada de la droga producida no sale del ámbito de la demanda de drogas.

Por el contrario, si el difusor es ajeno al círculo, no manteniendo con sus integrantes una relación interpersonal previa fundada en el interés común en consumir droga, insertando su actividad de difusión en un contexto más amplio de suministro de droga a quienes la demanden, entraremos en el ámbito de la oferta. En tales casos se estará llevando a cabo una difusión indiscriminada de la droga, incluso si el suministrador limita su actividad a satisfacer la demanda de ese círculo cerrado.

¹⁴ En todo caso no estamos aludiendo a un concepto espacial, por ejemplo, la localización de esas personas en un determinado lugar, ni a un concepto numérico, como la cantidad de personas integradas en el círculo interpersonal.

¹⁵ La jurisprudencia ha aceptado que las invitaciones o donaciones asiduas entre consumidores en el ámbito de una relación de convivencia no realizan el tipo penal, pues es precisamente esa convivencia lo que permite explicar la asiduidad de las invitaciones, sin que tales suministros repetidos puedan entenderse como un indicio de que la relación entre ellos sea de distribuidor y consumidor, y no de meros consumidores. Así la STS de 2 de julio de 1993 TOL 400.802 indica que *cuando en el domicilio o ámbito de convivencia de dos personas se encuentra depositada o guardada en cuantía que no exceda a los niveles de un normal consumo, de la cual hace uso uno de los convivientes, por ser consumidor habitual, y, esporádicamente, su consorte, ejercen una posición compartida de la droga, en la que es muy difícil apreciar una conducta de facilitación o menos aun de disposición por parte del introductor de la droga, y estas razones -para excluir los hechos de las tipicidades penales- suben de punto cuando se advierte que no existe en tal comportamiento peligro común y general para el bien jurídico colectivo de la salud pública, ya que se realiza por los cónyuges como un acto más de su ordinaria convivencia en el domicilio común*. En el mismo sentido la STS de 27 de mayo de 1994 RJ 4057. Véase asimismo DOPICO GÓMEZ-ALLER, Op. cit. pp. 57-64.

4. Cabe preguntarse, finalmente, por cuál sea el fundamento que lleva a concretar la aptitud de la conducta para producir un daño a la salud pública en su capacidad para realizar una difusión indiscriminada de la droga.

Parece razonable pensar que no es la difusión en sí misma, por muy generalizada e indiferenciada que esta sea, la que da razón del interés en prevenir estos comportamientos: Una difusión indiscriminada de la droga, sin que en momento alguno hubiera posibilidad de ser consumida, no pondría en riesgo la salud pública. De hecho, el propio artículo 368 refiere la prohibición, como precisaremos enseguida, al fomento de ciertos consumos de droga.

En consecuencia, es la posibilidad de que la droga así difundida pueda repercutir en **determinados consumos** lo que explica el énfasis puesto en su difusión indiscriminada.

Por otra parte, y como veremos un poco más adelante, no todos los consumos de la droga parecen preocupar desde la perspectiva de la salud pública, pues existen consumos legales, y el propio art. 368 limita su ámbito de aplicación a la prevención de los consumos “ilegales”.

De ahí que pueda concluirse que el riesgo de daño para la salud pública que supone la difusión indiscriminada de la droga encuentra su fundamento en que tal facilitación de la accesibilidad de la droga tiene una gran potencialidad de fomentar consumos indebidos de ella.

II. LA CONDUCTA TÍPICA BÁSICA DEL ART. 368 DEL CÓDIGO PENAL.

5. El tipo objetivo del art. 368 va referido a la conducta de **promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal** de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

De acuerdo al bien jurídico protegido y a la estructura típica asignada al precepto, se ha de tratar de conductas que, en su concreta configuración de cada caso, sean aptas para difundir de manera indiscriminada la droga entre terceros susceptibles de consumirla ilegalmente. Dada esa virtualidad que poseen crean un riesgo para la salud pública.

6. Conviene recordar que el resto de comportamientos aludidos en el art. 368 resultan punibles en la medida en que puedan ser calificados como conductas de promoción, favorecimiento o facilitación en el sentido antedicho u, ocasionalmente, que tiendan a ello.

Así, la punición de la ejecución de **actos de cultivo, elaboración o tráfico de drogas** se establece en tanto en cuanto gozan de una presunción *iuris tantum* de que promueven, favorecen o facilitan el consumo ilegal de drogas. A eso se refiere explícitamente el tipo penal cuando da por hecho que se puede promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas “de otro modo” distinto al cultivo elaboración o tráfico. Ahora bien, como toda presunción *iuris tantum*, ésta puede ser desvirtuada mediante la prueba correspondiente en el caso concreto¹⁶.

En cuanto a la **posesión “con aquellos fines”**, aludida en el tercer inciso descriptivo de la conducta típica del art. 368, se debe entender, y así se ha entendido, como una posesión preordenada al cultivo, elaboración o tráfico. Ello supone que si no se puede mantener la presunción de que un determinado cultivo, elaboración o tráfico promueven, favorecen o facilitan el consumo ilegal de drogas, tampoco podrá pensarse una posesión orientada a esos concretos cultivo, elaboración o tráfico.

7. Como ya hemos señalado, las conductas prohibidas de promoción, favorecimiento o facilitación van referidas al consumo “ilegal” de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Conviene realizar ahora unas consideraciones sobre qué deba entenderse por **consumo ilegal**.

¹⁶ En este sentido parece manifestarse la posición mayoritaria de la doctrina jurisprudencial que declara penalmente relevante el cultivo cuando tal comportamiento sea peligroso para la salud pública, peligrosidad del comportamiento que vendrá determinada por la posibilidad de que la materia prima cultivada pueda ser destinada a terceras personas. Desde esta perspectiva las SSTS de 15 de julio de 1993 RJ 6092, 17 de marzo de 1994 RJ 2334, 12 de julio de 1999 RJ 6212 y 9 de julio de 2003 TOL 308.186 declaran la atipicidad de un cultivo si no se acredita que el cultivo estaba destinado a personas ajenas a los que dominan el cultivo o que exista la posibilidad de que terceras personas puedan acceder a lo cultivado. Dado que estamos ante un delito de peligro abstracto, el tipo no exige que en el caso concreto se haya llegado a producir un peligro concreto, pero una interpretación teleológica, como anteriormente se ha indicado, permite exigir que la conducta sea apta para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal, lo que no ocurre si se acredita que no existe posibilidad de que lo cultivado pueda acceder a terceros. Por el contrario, una línea minoritaria de la Sala 2ª del TS, partiendo de la consideración del delito de tráfico de drogas como un delito de peligro abstracto, sostiene que todo acto de cultivo de plantas que produzcan materia prima para el tráfico de drogas es típico, con independencia de que tal cultivo sea o no idóneo para poner en peligro la salud pública. La STS de 17 de noviembre de 1997 TOL 407.755, seguida por la STS de 9 de diciembre de 2002 RJ 2327, declara típico el cultivo con independencia de que lo cultivado sea idóneo para difundir la sustancia cultivada a terceros ajenos a aquellos que dominan el cultivo, por entender que el juicio de idoneidad *no depende de la concreción del peligro, sino exclusivamente de la abstracta adecuación al mismo que ha establecido el legislador*.

a. Una interpretación extendida considera que todo consumo de drogas es en principio ilegal. Solo sería legal aquel consumo que estuviera específicamente autorizado, para cuya averiguación habría que acudir a lo previsto en determinadas normas. Entre las más destacadas, la ley 17/1967, de 8 de abril, sobre Actualización de normas vigentes sobre estupefacientes –en adelante LE-, RD 2829/1977, de 9 de octubre, sobre Fabricación, distribución, prescripción y dispensación de sustancias y preparados psicotrópicos –en adelante RD1977-, ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y uso racional de medicamentos y productos sanitarios –en adelante LGURM-, RD 75/1990, de 19 de enero, por el que se regulan los tratamientos con opiáceos de personas dependientes de los mismos, modificado por RD 1131/1990, de 14 de septiembre y por RD 5/1996, de 15 de enero.

En términos penales eso significaría que la facilitación de cualquier consumo de drogas constituiría siempre un comportamiento típico, prohibido por el art. 368. A ello no sería obstáculo que ese injusto específico propio del favorecimiento de cualquier consumo pudiera ser neutralizado en los casos en que existiera una autorización administrativa para ciertos consumos, que convirtiera a estos en lícitos. Ello repercutiría inmediatamente en la licitud de las conductas de facilitación de ellos. Tal entendimiento del asunto supone asumir que las conductas que favorecen el consumo de drogas son en todo caso típicas, y solo resultan lícitas en circunstancias excepcionales, a través de una causa de justificación vinculada a la autorización administrativa del consumo.

A nuestro juicio, esta interpretación es criticable, pues invierte indebidamente la formulación legal existente en el artículo 368: El precepto en cuestión sólo declara típicas las conductas de difusión de consumos ilegales, dejando desde un principio fuera de su consideración las conductas de favorecimiento de consumos legales. Sin embargo, se le hace decir que son típicas las conductas de difusión de cualquier tipo de consumos, y sólo por vía excepcional se admite que conductas de favorecimiento de algunos consumos, los legales, a pesar de ser típicas no son antijurídicas.

b. Desde nuestro punto de vista hay que partir de que el consumo de drogas es legal mientras no exista una norma que lo prohíba. Esa es la conclusión coherente con la realidad de un ordenamiento jurídico como el español, el cual nunca ha considerado delito el consumo de drogas y que califica a éste como infracción administrativa sólo en un supuesto muy limitado, como tendremos ocasión de recordar más adelante.

En consecuencia, solo las conductas que faciliten consumos ilegales son objeto de atención por el art. 368, como expresamente dice el precepto. Ello supone entender el término consumo “ilegal” como un elemento del tipo, que marca las conductas a las que desde un principio limita su atención el citado artículo. Dicho de otro modo, todas las conductas de favorecimiento de consumos no calificados de ilegales resultan atípicas, sin que precisen depender de una autorización del consumo al que se dirigen, en la forma de una causa de justificación, para de modo excepcional dejar de estar abarcadas por el precepto.

c. Ello hace necesario preguntarse qué consumos han sido declarados ilegales por nuestro ordenamiento jurídico.

Para responder a esa cuestión es preciso, en primer lugar, atender a una distinción que explícita o implícitamente recorre toda nuestra legislación administrativa que afecta a las sustancias psicoactivas, que es la de *uso* de drogas frente a *consumo* de drogas¹⁷.

Esta distinción está, sin duda, arraigada en la legislación administrativa de control de drogas:

La LE distingue en numerosos pasajes entre los conceptos de posesión, uso y consumo. Lo hace en su artículo 1, cuando afirma el derecho del estado de intervenir la posesión, uso y consumo de drogas, o en el artículo 5, cuando asigna al Servicio de control de estupefacientes el cometido de intervenir y vigilar la posesión, uso y consumo de tales sustancias. Del mismo modo, el epígrafe del Capítulo VI reza “Posesión, uso y consumo”.

Ello no quiere decir, sin embargo, que todas esas actividades de contacto con la droga estén sometidas a la misma regulación: Así, el artículo 2, tras constatar que los estupefacientes son sustancias prohibidas a tenor de su inclusión en la correspondiente lista de la Convención única de estupefacientes de Naciones unidas de 1961, determina que no se podrán, entre otras actividades, poseer o usar tales sustancias salvo para los

¹⁷ Esa distinción presupone otra, bien asentada, la que diferencia entre posesión o tenencia de drogas por un lado, y consumo de drogas por otro. Resultan inadecuadas en ese sentido ocasionales interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales (así la STS de 17 de marzo de 1994 TOL 404.551) que, fundándose en la STS. 28 de septiembre de 1998 de la Sala tercera de lo contencioso-administrativo RJ 7529, la cual declara infracción administrativa a tenor del art. 25.1 de la LO. 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la seguridad ciudadana –en adelante LSC-, a la tenencia de drogas para el propio consumo, extienden indebidamente esa prohibición administrativa al consumo de drogas. Lo que contradice, por lo demás, las previsiones sobre el consumo que contiene la propia LSC en ese mismo art. 25.1.

fines permitidos. Pero no hace mención alguna al consumo. En sentido diferenciador semejante, el art. 22 de la misma ley habla en su primer inciso exclusivamente de los usos de estupefacientes permitidos, mientras que en el segundo inciso siente la necesidad de referirse de manera separada a acciones de uso y de consumo a unos efectos que enseguida veremos.

En cuanto al RD1977, alude en su artículo 2 a la prohibición, entre otras actividades, del uso y la tenencia de sustancias psicotrópicas, en su artículo 8 se refiere a las personas o entidades autorizadas para la fabricación, utilización o tráfico de estas sustancias en cuanto destinatarios de la entrega de esos géneros por parte de fabricantes, y el art. 12 menciona el uso por laboratorios de esas sustancias, entre otros fines, para venderlas o entregarlas a las personas autorizadas para utilizarlas. Una lectura detenida de estos y otros preceptos muestra que los términos uso o utilización no van referidos en caso alguno a la actividad de consumo de esas sustancias sino a otro tipo de actividades de manejo de esas sustancias, a lo más previas a un futuro consumo. Ello explica que el término consumo, a diferencia de la LE, no aparezca en parte alguna de la norma.

La LGURM tiene por objeto a los medicamentos, pero rige como legislación subsidiaria de la específica de sustancias psicoactivas cuando estemos ante medicamentos especiales por contener sustancias psicoactivas –art. 49-. Pues bien, es fácil apreciar que el frecuente empleo que hace de los términos uso racional y utilización de medicamentos va referido de forma predominante a las actividades realizadas con tales productos por los profesionales que los prescriben o los dispensan, y mucho menos a la actividad de consumo de ellos por los pacientes¹⁸.

En suma, en la legislación administrativa los términos *uso* o *utilización* de drogas van referidos a actividades diversas que tienen como denominador común su incidencia sobre el objeto material que constituye la droga, y que se llevan a cabo con muy diversos fines. Esas actividades pueden consistir, entre otras, en el manejo, transformación o manipulación de la droga, o en su indicación o puesta a disposición a terceros, sin que uso de la droga deba identificarse necesariamente con la actividad de consumo de ella. En los casos en los que se emplean de manera diferenciada los términos uso y consumo parece claro que el primer término no abarca el contenido semántico propio del segundo. Por lo demás, los fines para los que se puede usar la

¹⁸ Véase en especial la Exposición de motivos de la ley y su Título VI. En todo caso, en un apartado posterior profundizaremos en el contenido de esta ley relativo al consumo de medicamentos en general y de medicamentos con sustancias psicoactivas en particular.

droga pueden ser industriales, terapéuticos, científicos, docentes –art. 22 LE-, así como recreativos, entre otros.

d. Aclarado lo anterior nos volvemos a preguntar qué **consumos** han sido declarados **ilegales** en nuestro **ordenamiento jurídico extrapenal**.

La LSC, en su artículo 25.1, considera infracción administrativa grave el consumo de drogas en lugares públicos. En relación estrecha con ello, considera igualmente infracción administrativa grave –art. 23.i- la tolerancia del consumo, o la falta de diligencia en impedirlo, en locales o establecimientos públicos, consumo que en tales condiciones se vuelve a calificar de ilegal.

La LE considera prohibido modificar un consumo autorizado por otro para el que no se ha pedido nueva autorización –art. 22 inciso segundo-. Más precisamente, se trata de realizar un consumo con un objeto distinto de aquel para el que ha sido suministrada la sustancia por el Servicio de control de estupefacientes o dispensada por la oficina de farmacia, sin haber obtenido la correspondiente autorización para el nuevo consumo¹⁹.

No hay en ese precepto, sin embargo, una prohibición general de cualesquiera consumos de drogas salvo los autorizados: Se saca, a veces y erróneamente, una conclusión contraria a partir de una interpretación indebidamente extensiva del primer inciso del artículo 22. Este primer inciso, cuando se refiere a que “no se permitirán otros usos de los estupefacientes que los industriales, terapéuticos, científicos y docentes autorizados con arreglo a la presente ley”, está empleando un concepto estricto de uso, que no abarca el consumo, en los términos señalados más arriba. Prueba de ello es que cuando quiere incluir el consumo, como en el segundo inciso de ese mismo artículo, lo menciona expresamente de forma diferenciada del uso.

Por lo demás, tampoco hay en la restante legislación administrativa analizada – RD1977 y LGURM- precepto alguno que declare ilegal el consumo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

La conclusión, por consiguiente, es que administrativamente son ilegales los consumos de drogas realizados en lugares públicos, y aquellos autorizados que se realizan con un objeto distinto de aquel para el que han sido autorizados sin haber pedido una nueva autorización.

¹⁹ De todos modos, no está claro que ignorar esa prohibición constituya una infracción administrativa, a juzgar por el contenido de los artículos 32 y 33 de la misma ley.

e. Es el momento ahora de determinar qué se entiende por **consumo ilegal en el artículo 368** del código penal.

Conviene recordar, ante todo, que nuestro código penal no castiga –ni ha castigado nunca- consumo alguno de drogas, ni siquiera los declarados administrativamente ilegales.

Con todo, en su pretensión de proteger la salud pública, puede considerar punibles determinados comportamientos en la medida en que resulten aptos para difundir de manera indiscriminada la droga. Y puede, para delimitar adicionalmente esas conductas, atender a qué tipos de consumo pueden dar lugar esas conductas, pues, como hemos visto, no es la difusión en sí misma de la droga, por muy indiscriminada que sea, la verdadera razón del precepto penal, sino el hecho de que esa difusión pueda dar lugar a ciertos consumos de droga. De ahí la relevancia típica que debe otorgarse a la referencia del precepto a los consumos ilegales.

Por otra parte, el legislador penal tiene muy en cuenta la legislación administrativa, en especial que ésta considere ilegal cualquier comportamiento de tráfico u oferta de drogas, incluidos la posesión y uso insertos en ese tráfico, siempre que no estén expresamente autorizados.

En consecuencia, podemos confirmar que nuestro ordenamiento jurídicopenal considera ilegales, aunque no punibles, los consumos de drogas que:

Han sido declarados ilegales en el ordenamiento administrativo, a saber, los supuestos aludidos en el art. 25.1 LSC, y art. 22 inciso segundo LE, en los términos ya indicados.

Además, todos aquellos consumos que, sin haber sido declarados ilegales administrativamente, se desarrollan en estrecha dependencia del tráfico ilícito de drogas. Y ello porque la entrada en contacto de los consumidores con la oferta ilícita de drogas, dadas las características de esta antes esbozadas²⁰, fomenta la difusión indiscriminada de las sustancias y su consiguiente consumo descontrolado. Y unos consumos en tales condiciones suponen un serio riesgo para la salud pública, y puede que también para la seguridad ciudadana.

²⁰ Véase apartado 3.b.

8. A partir de esa consideración de los consumos ilegales, nuestro código penal procede a penar los comportamientos más relevantes que los fomenten, lo que supone concentrarse en la persecución de todas las conductas ligadas a la oferta y tráfico ilícitos²¹.

Ahora bien, que el fundamento de esa prohibición penal resida en la obstaculización de una difusión indiscriminada de la droga que de lugar a consumos descontrolados, explica por qué nuestra jurisprudencia ha estimado **atípicos** ciertos comportamientos en los que se carece de indicios firmes de que la dependencia del consumo del tráfico ilícito vaya a generar en el caso concreto ese tipo de difusión y/o consumo. Un poco más abajo veremos la argumentación utilizada por nuestros tribunales en relación con los supuestos que se suelen agrupar bajo el concepto de consumo compartido o de donación altruista o compasiva.

La misma valoración habrán de merecer las conductas que desde este momento vamos a calificar de *autoorganización del consumo*, que tienen lugar en el ámbito de la demanda de drogas. En ellas, como veremos enseguida, se pretende garantizar una difusión limitada de la droga, destinada a un círculo de consumidores acotado, y asegurando unas pautas de consumo responsable. Tales prácticas difícilmente pueden considerarse creadoras de un riesgo relevante para la salud pública.

9. No podemos cerrar este apartado sin recordar que el tipo objetivo de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas contenido en el art. 368, debe tener su correspondiente reflejo en el **tipo subjetivo** del mismo precepto.

En consecuencia, el castigo de estos comportamientos solo será posible si concurre la conciencia y voluntad de realizar conductas de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas. Lo que supone, tras lo que llevamos dicho, que ese dolo se extiende a la aptitud de la conducta concreta para difundir de manera indiscriminada la droga entre terceros susceptibles de consumirla de manera descontrolada.

Como veremos en el próximo apartado, en los supuestos que acabamos de denominar de *autoorganización del consumo* no solo faltarán, si concurren ciertas

²¹ Al perseguir el tráfico u oferta ilícitos no solo se busca prevenir la difusión indiscriminada de la droga y las consecuencias en el consumo ya aludidas, sino que igualmente se atiende al objetivo de impedir que la droga se consuma en lugares públicos, a lo que, por lo demás, atienden específicamente las agravantes del art. 369 3ª y 7ª. En cuanto a las conductas de consumo ilegal abarcadas en el art. 22 inciso segundo LE, no parece que creen un riesgo relevante para la salud pública que justifique la intervención del derecho penal.

condiciones, los elementos del tipo objetivo del art. 368 sino que, aun cuando en algunas ocasiones tales elementos puedan estar presentes, no siempre se verán acompañados de la ineludible presencia del dolo de realizar una conducta de difusión indiscriminada de la droga en el sentido indicado.

III. ALGUNAS CONDUCTAS NO INCLUIDAS EN EL TIPO DEL ARTÍCULO 368 DEL CÓDIGO PENAL.

10. Nuestra jurisprudencia, con razonamientos semejantes o cercanos a los más arriba expuestos, ha consolidado una interpretación que considera no incluidos en el tipo básico del artículo 368 una serie de comportamientos que ha clasificado en dos supuestos²²:

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

b. Los casos de **donación altruista o compasiva** de drogas por personas allegadas a personas adictas, con fines de deshabitación o para evitar los riesgos que la crisis de abstinencia origina o cualquier otro mal relacionados con la adicción.

A. Bajo la denominación de "consumo compartido" la jurisprudencia agrupa tres supuestos distintos:

1. Lo que se ha denominado indistintamente "servidor de la posesión", "posesión en nombre de los demás", "posesión colectiva para el propio consumo", "mandato o instrumento del ejercicio de la posesión de otro" y, más recientemente, "autoconsumo plural entre consumidores" que aluden a aquellos casos donde varios adictos realizan aportaciones para crear un fondo común con el fin de que uno adquiera la sustancia que se ha de consumir conjuntamente²³.

²² Véase un análisis de la doctrina jurisprudencial sobre el consumo compartido y la entrega altruista o compasiva en MUÑOZ SÁNCHEZ/SOTO NAVARRO, Op. cit. pp. 65-72.

²³ SSTS 25 de mayo de 1981 RJ 2277, 18 de diciembre de 1992 RJ 10446, 7 de junio de 1993 RJ 4851, 18 de octubre de 1993 RJ 7538, 11 de febrero de 1994 RJ 721, 27 de enero de 1995 RJ 681, 3 de marzo de 1995 RJ 1794, 23 de mayo de 1995 RJ 3912, 30 de mayo de 2000 TOL 273.365, 17 de febrero de 2003 TOL 265.597, 27 de febrero de 2003 TOL 265.679, 1 de octubre de 2003 TOL 316.509. Más recientemente las SSTS de 5 de diciembre de 2007 TOL 1.229.901, 20 de mayo de 2008 TOL 331.002, 19 de enero de 2009 TOL 448.777, 10 de mayo de 2010 TOL 896.624, 21 de octubre de 2010 TOL 2.006.314, 23 de febrero de 2011 TOL 2.045.217, 15 de abril de 2011 TOL 2.127.113, 20 de abril de 2011 TOL 2.117.312, 26 de mayo de 2011 TOL 2.152.601, 21 de septiembre de 2011 TOL 2.255.823, 23 de septiembre de 2011 TOL 2.287.184 aluden a supuestos de *autoconsumo plural*, en el cual el acto de

2. Lo que denomina "recíprocas invitaciones entre adictos" o "consumo colectivo compartido", que se refiere a aquellos supuestos en los que varios drogodependientes comparten el consumo de droga²⁴.

3. Y, por último, la entrega o invitación gratuita de droga a personas adictas o, al menos, consumidores esporádicos de esa sustancia para compartir su consumo²⁵. Excepcionalmente se declara la atipicidad aun cuando el destinatario de la invitación sea un no consumidor²⁶.

adquisición o de la tenencia material de la droga es ejecutado por uno de ellos en una mera sustitución de la intervención de los demás, y no tanto como favorecimiento del acto de adquisición de la droga por estos.

²⁴ SSTS de 6 de abril de 1989 RJ 3026, 2 de noviembre de 1992 TOL 398.520, 25 de marzo 1993 RJ 2551, 14 de abril de 1993 RJ 3264, 29 de mayo de 1993 RJ 4281, 25 de junio de 1993 RJ 5224, 27 de septiembre de 1993 TOL 1.325, 3 de marzo de 1994 RJ 1690, 17 de junio de 1994 TOL 402.546, 19 de julio de 1994 TOL 403.701, 25 de noviembre de 1994 RJ 9995, 28 de marzo de 1995 RJ. 2246, 28 de octubre de 1996 TOL 406.594, 10 de diciembre 1998 RJ 10387, 22 de diciembre de 1998 RJ 9812, 20 de marzo de 2003 RJ 2759. DOPICO GÓMEZ-ALLER, Op. cit. pp. 63-64 distingue en este grupo a los supuestos de donaciones en el ámbito de la pareja o supuestos similares que presentan como característica singular que las donaciones o invitaciones no son esporádicas, sino repetidas en el tiempo, lo que se justifica precisamente por la convivencia.

²⁵ Así las SSTS 22 de noviembre de 1992 TOL 398.520, 14 de febrero de 1994 RJ 738, 16 de julio de 1994 TOL 403.670, 2 de noviembre de 1995 RJ 8011, 28 de marzo de 1995 RJ 2246, 26 de diciembre de 1996 A. 9651, 22 de diciembre de 1998 RJ 10.323, 3 de febrero de 1999 RJ 967, 21 de abril de 1999 RJ 320227 de septiembre de 1999 RJ 6860, 8 de marzo de 2002 TOL 156.415, 10 de abril de 2005 TOL 639158, 12 de diciembre de 2010 TOL 1.792.996 aluden a supuestos en los que quien entrega la droga para su consumo inmediato es uno de los consumidores y tal consumo compartido se lleva a cabo en un círculo cerrado de consumidores. La STS de 23 de julio de 2003 TOL 305.607 incluye también en estos casos de atipicidad la entrega o invitación gratuita de la droga para su consumo compartido a una persona no adicta, pero sí consumidor esporádico de tal sustancia. Otra línea jurisprudencial minoritaria ha declarado la atipicidad en casos de entrega de droga a una persona concreta, ya consumidora de las mismas, aun cuando no sea para su consumo compartido, fundamentando la atipicidad en que *la modalidad de la acción carece de la capacidad de generar peligro alguno de la difusión de la droga a terceros, no pudiendo considerarse como tal al receptor de la dosis, precisamente por ser adicto*. En este sentido más amplio y acorde con el fundamento de la atipicidad de estos supuestos, véanse las SSTS de 5 de febrero de 1996 TOL 406.206, 3 de abril de 2000 TOL 15.018, 22 de septiembre de 2000 TOL 7207, 13 de junio de 2003 TOL 305. 607. Por el contrario, las SSTS de 26 de mayo de 2010 TOL 1.898.059 y de 22 de junio de 2011 TOL 2.173.634 parecen restringir los supuestos de consumo compartido en los casos de entrega a terceros, aun cuando se trate de terceros consumidores de esa sustancia, sólo a los supuestos en que exista una *voluntad inicial conjunta de consumo*, por entender que en caso contrario se está promoviendo el consumo.

²⁶ Actualmente la posición mayoritaria de la jurisprudencia sostiene que la invitación gratuita o donación de una pequeña cantidad de droga a una persona que no es consumidora habitual o, al menos, consumidora esporádica, es una conducta típica, que no cabe incluir en los supuestos de atipicidad del llamado consumo compartido. En este sentido las SSTS de 22 de diciembre de 1998 TOL 78.170, 26 de septiembre de 2000 RJ 8472, 14 de abril de 2003 TOL 276.369, 27 de abril de 2005 TOL 656.811, 7 de noviembre de 2005 TOL 765.938, 2 de marzo de 2006 TOL 863.891, 14 de diciembre de 2009 TOL 1.768.834, 26 de mayo de 2010 TOL 1898.059. Sin embargo, una línea jurisprudencial minoritaria rechaza la tipicidad en los casos de entrega de una pequeña cantidad que solo alcanza para una consumación y que es ofrecida para su consumo en común aun cuando el destinatario no sea consumidor de esa sustancia, siempre que en el caso concreto quede totalmente excluido el peligro de difusión incontrolable entre múltiples consumidores. Así las SSTS 22 de febrero de 1993 TOL 403.418 (entrega de droga a un amigo y dos chicas, una de ellas no había consumido con anterioridad, en el interior de un vehículo), 9 de febrero de 1994 RJ 685 (entrega de una pequeña cantidad de droga a una chica con la finalidad de crear un clima propicio para mantener relaciones íntimas), 10 de noviembre de 1994 TOL 404.881 (invitación, en una sola ocasión, dentro de un círculo íntimo, a la novia de una raya de cocaína),

La exclusión de la tipicidad en esta constelación de casos se fundamenta en la inexistencia del peligro general de difusión, de facilitación o de promoción del consumo entre terceras personas indiscriminadamente, que es elemento del tipo del art. 368 del Código penal. Este fundamento se ha venido reiterando desde las primeras sentencias hasta la actualidad. Así la STS de 22 de febrero de 1993 declara que "*se debe excluir la tipicidad en aquellos casos en los que el peligro que caracteriza la acción de estos delitos quede totalmente excluido... es posible afirmar la exclusión de la tipicidad en aquellos casos en los que está totalmente descartada la posibilidad de difusión de la droga entre el público*"²⁷.

En otras sentencias²⁸ se fundamenta la atipicidad en la ausencia del tipo subjetivo, afirmando que "*se excluye el factor tendencial de transmitir la droga a*

19 de octubre de 1996 RJ 8389 (entrega a un hijo de anfetaminas para que se mantenga despierto y en forma), 7 de junio de 2001 TOL 103.453 (ofrecimiento de un trozo de un comprimido de éxtasis a un amigo en el momento en que iba a ingerirlo) y 10 de mayo de 2010 TOL 1.896.624 (adquisición de droga por parte del acusado para consumirla con un amigo, que no se declara que fuera adicto o consumidor habitual de la sustancia).

²⁷ En este sentido las SSTS 25 de marzo de 1993 RJ 2551, 14 de abril de 1993 RJ 3264, 25 de junio de 1993 RJ 5224, 27 de septiembre de 1993 ARJ 7683, 9 de febrero de 1994 RJ 685, 3 de marzo de 1994 TOL 398.657, 16 de marzo de 1994 RJ 2324, 17 de junio de 1994 TOL 402.546, 19 de julio de 1994 TOL 403.701, 10 de noviembre de 1994 TOL 404.881, 26 de noviembre de 1994 RJ 9144, 27 de enero de 1995 TOL 403.258, 3 de marzo de 1995 A. 1794, 28 de marzo de 1995 RJ 2246, 23 de mayo de 1995 TOL 405.054, 2 de noviembre de 1995RJ. 8011, 5 de febrero de 1996 RJ 793, 20 de marzo de 1996 RJ 246, 23 de noviembre de 1996 RJ 7838, 28 de noviembre de 1996 RJ 7423, 26 de diciembre de 1996 RJ 9651, 20 de enero de 1998 RJ 26, 10 de diciembre de 1998 TOL 77.581, 22 de diciembre de 1998 RJ 9812, 3 de febrero de 1999 RJ 967. Más recientemente la STS 23 de febrero de 2011 TOL 2.045.217 argumenta la falta de tipicidad de estos supuestos en *que siendo la salud pública un bien jurídico colectivo, no padece tal bien cuando no concurre riesgo o peligro para la salud de los terceros*; en el mismo sentido la STS de 20 de abril de 2011 TOL 2.117.312 alude a que lo relevante es *si del análisis del supuesto se objetiva o no ...un riesgo para la salud de terceros* Cfr. REY HUIDOBRO, "El delito de tráfico de estupefacientes", Boch, 1987, p. 636; GONZÁLEZ ZORRILLA, "Políticas criminales en materia de drogas (Prohibicionismo versus reducción de daños)", en Cuadernos de Derecho Judicial, 1999, pp. 265-268, criticando que existan sentencias en sentido contrario, lo que provoca inseguridad jurídica, DOPICO GÓMEZ-ALLER, Op. cit. pp. 14 y ss. alude a un fundamento objetivo (ausencia de riesgo típico) y un fundamento subjetivo (ausencia de ánimo de difundir el consumo ilícito), señalando como regla para excluir ese riesgo típico el que la conducta tenga lugar en el ámbito de la oferta o en el ámbito de los consumidores. Sin embargo, este autor crítica a la jurisprudencia por entender el riesgo típico del art. 368 como la posibilidad de que la droga llega terceras personas, afirmando que con esa interpretación el TS "convierte un delito doloso de peligro en un tipo de peligro remoto", o por "transformar el riesgo típico para la salud pública en una posibilidad de riesgo típico". No compartimos esta opinión. El interpretar el riesgo típico como que la droga se distribuye entre terceras personas, como parece defender el citado autor, supone, en nuestra opinión, concebir el delito de tráfico de drogas como un delito de peligro concreto, esto es, el tipo exige como elemento no solo que la acción sea apta para generar el riesgo a la salud pública, sino que en el caso concreto la salud pública se haya puesto en peligro, lo que acontece cuando la acción realizada suponga difundir la droga entre terceras personas indiscriminadas.

²⁸ SSTS 18 de diciembre de 1992 RJ 10446, 4 de febrero de 1993 RJ 860, 29 de mayo de 1993 TOL 400.878, 11 de febrero de 1994 RJ 721, 3 de marzo de 2005 RJ 121.288. Otras SSTS de 23 de octubre de 2001 TOL 2045.217, Auto de 3 de marzo de 2005 JUR 121288 y 20 de abril de 2011 TOL 2.117.312 aluden a un fundamento subjetivo y objetivo al establecer que *lo relevante es si se objetiva o no una vocación de tráfico y, por tanto, un riesgo para la salud de terceros*.

terceras personas". Este elemento subjetivo no es necesario analizarlo si previamente se descarta el tipo objetivo por falta del elemento de peligro abstracto.

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

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

Estos requisitos se exigen de forma unánime por toda la jurisprudencia²⁹.

Además, se requiere otra exigencia en relación con la naturaleza de los destinatarios. La mayoría de las sentencias condicionan la impunidad a que se trate de personas adictas, o al menos, habitadas al consumo³⁰. Otras sentencias, por el contrario, como ya vimos³¹, declaran la impunidad por falta del peligro de difusión incontrolada entre múltiples consumidores aun cuando el destinatario no sea adicto o persona habitada al consumo.

En relación con los supuestos de la entrega o invitación gratuita de droga a personas adictas o, al menos, consumidores esporádicos de esa sustancia para compartir su consumo, la jurisprudencia ha añadido otro requisito, que *la acción de compartir ha*

²⁹ Así las SSTs de 22 de febrero de 1993 TOL 403.418, 3 de junio de 1993 TOL 402.372, 27 de septiembre de 1993 RJ 7683, 17 de junio de 1994 RJ 5174, 28 de marzo de 1995 RJ 2246, 18 de noviembre de 1996 RJ 8395, 31 de marzo de 1998 RJ 3760, 3 de abril de 2000 TOL 5081, 8 de marzo de 2000 TOL 13.081, 12 de febrero de 2000 TOL 240.813, 17 de febrero de 2002 TOL 265.597 1 de septiembre de 2003 RJ 6414, 13 de noviembre de 2003 RJ 10063, 4 de marzo de 2004 TOL 365.553, 27 de septiembre de 2005 TOL 718.591, 23 de octubre de 2006 TOL 1009.748, 11 de noviembre de 2009 TOL 1.726.694, 20 de abril de 2011 TOL 172694.

³⁰ Inicialmente la jurisprudencia exigía la condición de adicto: así las SSTs de 23 de marzo de 1995 RJ 3912, 2 de noviembre de 1995 RJ 8011, 11 de noviembre de 1996 RJ 8395, 31 de marzo de 1998 RJ 3760, 4 de mayo de 1998 RJ 4599. A partir de una STS de 30 de mayo de 2000 TOL 273.365 la jurisprudencia amplía la condición de adicto a los consumidores habituales, interpretando esta exigencia en el sentido de que las personas integrantes del grupo respondan a un patrón de consumo, lo que le permite incluir al consumidor de fines de semana cuando se trata de drogas sintéticas. Así las SSTs de 17 de febrero de 2003 TOL 265.597, 8 de marzo de 2004 TOL 365.552, 23 de marzo de 2005 TOL 633.152, 27 de mayo de 2005 TOL 71899, 8 de junio de 2006 TOL 964.527, 20 de octubre de 2006 TOL 1.006.870, 11 de noviembre de 2009 TOL 1.726.694, 9 de febrero de 2010 TOL 1.792.998, 20 de abril de 2011 TOL 2.117.998, 26 de mayo de 2011 TOL 2.152.601 que exige que al menos sea consumidor frecuente, 21 de septiembre de 2011 TOL 2.255.823 y 14 de junio de 2011 TOL 483.732. Véase en ese sentido DOPICO GÓMEZ-ALLER, Op. cit. pp. 44-49.

³¹ Véase la Nota 26.

*de ser esporádica e íntima, sin trascendencia social*³². El carácter episódico se exige para excluir de la figura del consumo compartido aquellas actuaciones repetidas en el tiempo que se enmarcan en la figura del proveedor habitual. Por ello, cuando existe una relación de convivencia entre quien posee o entrega la droga y el destinatario, la jurisprudencia no exige este requisito, admitiendo como casos de consumo compartido también cuando existe reiteración en la entrega³³.

B. Respecto al segundo supuesto, la entrega altruista o compasiva de droga por parte de personas allegadas a personas adicta, no se puede afirmar que la jurisprudencia haya mantenido de forma unánime la atipicidad de la conducta. Se han distinguido dos posiciones en la Sala 2ª del Tribunal Supremo.

Una línea jurisprudencial minoritaria afirma la tipicidad de tales conductas. Así la STS de 14 de octubre de 1994³⁴ declara que *"la entrega de sustancias psicotrópicas a una persona ya drogadicta, cualquiera que sea la intención que la presida, incluso ayudarla a calmar su estado de carencia, constituye el ilícito penal"*, basando tal decisión en que con la entrega de la droga *"no se auxilia a quien vive momentos de alteración por drogadicción"*.

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

Esta tesis se formula en palabras de la STS de 16 de septiembre de 1996³⁵ de la siguiente forma: *"En los supuestos en los que un familiar o persona allegada proporciona pequeñas cantidades de droga con la sola y exclusiva idea de ayudar a la deshabituación o a impedir los riesgos que la crisis de abstinencia origina, movidos por un fin loable y altruista, sin ventaja ni contraprestación alguna, no puede llegarse al*

³² La jurisprudencia viene exigiendo este requisito de forma reiterada: véanse, entre otras las SSTS de 8 de marzo de 2000 TOL 13.081, 30 de mayo de 2000 TOL 277.365, 24 de julio de 2000 TOL 203.217, 29 de abril de 2005 TOL 725.643, 30 de junio de 2006 TOL 964.498, 12 de junio de 2008 TOL 1343.768, 9 de febrero de 2010 TOL 1.792.998, 26 de mayo de 2011 TOL 2.152.601, 22 de junio de 2011 TOL 2.173.634.

³³ SSTS de 2 de julio de 1993 TOL 400.802 (posesión de droga en el domicilio, de la cual hace uso uno de los convivientes, por ser consumidor habitual y, esporádicamente, su consorte), 27 de mayo de 1994 RJ 4057 (convivencia con una mujer adicta en la que en ocasiones suministraba droga), 18 de julio de 2001 RJ 6501 y de 3 de marzo de 2005 RJ 121.284 que aluden como casos de consumo compartido a *los casos de convivencia entre varias personas ya drogadictas*. DOPICO GÓMEZ-ALLER, Op. cit. p. 63 alude a que la estabilidad en la entrega se explica por la convivencia, por lo que desaparece el indicio de tráfico.

³⁴ TOL 404.497. En el mismo sentido la STS de 29 de enero de 1996 RJ 151, aunque admite casos excepcionales de atipicidad.

³⁵ RJ 6617.

delito si de ninguna forma se potencia los actos o verbos contenidos en el art. 344 - hoy 368- del Código penal. En estos casos falta evidentemente el sustrato de antijuricidad, pues no existe entonces posibilidad de difusión, facilitación o de promoción del consumo por terceras personas indiscriminadamente, lo que lleva a la ausencia del peligro más arriba dicho".

Este planteamiento aparece por primera vez en la STS de 29 de mayo de 1993³⁶, donde se afirma que *"Si bien es cierto que entre las conductas comprendidas en el citado art. 344 está la de facilitar el consumo de la droga por terceros, se hace preciso por razones sociales, humanitarias y la finalidad de la norma distinguir, a efectos de su relevancia penal, los tipos o fines de facilitación, diferenciando los supuestos en los que se pretende promover la expansión del producto de aquellos otros en que la finalidad es reducir el consumo de una persona adicta a efectos de una paulatina deshabitación hasta el posterior ingreso en un centro de desintoxicación, en cuyo caso la acción no debe considerarse plenamente típica"*³⁷.

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

- a. Que no exista difusión de la droga respecto de terceros.
- b. Que no exista contraprestación alguna.
- c. Que la donación lo sea para el consumo inmediato, en presencia o no de quien entrega la droga.
- d. Que se persiga únicamente una finalidad altruista y humanitaria para defender al destinatario de las consecuencias del síndrome de abstinencia, o con fines de deshabitación. Inicialmente estas eran las dos únicas finalidades admitidas, pero

³⁶ RJ 4822.

³⁷ Esta doctrina se ha mantenido de forma reiterada en las siguientes sentencias: 15 de julio de 1993 RJ 6093, 16 de septiembre de 1993 RJ 6695, 7 de febrero de 1994 TOL 402.166, 8 de abril de 1994 RJ 2902, 12 de septiembre de 1994 TOL 403.711, 11 de diciembre de 1995 RJ 9236, 23 de diciembre de 1995 RJ 9551, 16 de enero de 1996 RJ 76, 25 de enero de 1996 RJ 296, 8 de febrero de 1996 RJ 813, 16 de septiembre de 1996 RJ 6617, 19 de octubre de 1996 RJ 8389, 18 de noviembre de 1996 RJ 8395, 3 de febrero de 1997 TOL 408.22, 18 de mayo de 1997 RJ 4022, 11 de junio de 1997 RJ 5600, 14 de junio de 1997 RJ 4717, 4 de julio de 1997 RJ 5554, 14 de julio de 1997 RJ 5591, 10 de noviembre de 1997 RJ 6976, 18 de septiembre de 1997 RJ 7707, 3 de noviembre de 1997 RJ 7901, 4 de diciembre de 1997 RJ 8716, 22 de enero de 1998 RJ 48, 20 de enero de 1998 RJ 26, 15 de abril de 1998 RJ 3806, 20 de julio de 1998 RJ 5998, 22 de diciembre de 1998 A. 10329 y 22 de diciembre de 1998 RJ 9814, 14 de mayo de 1999 RJ 5396, 19 de mayo de 2000 RJ 969, 22 de septiembre de 2000 TOL 7202, 16 de julio de 2001 TOL 26870, 9 de marzo de 2001 TOL 104.664, 15 de abril de 2002 TOL 162224, 29 de junio de 2002 RJ 6728, 21 de octubre de 2002 RJ 10808, 15 de noviembre de 2002 RJ 10489, 13 de junio de 2003 TOL 305.472, 18 de septiembre de 2003 TOL 316.506, 5 de abril de 2004 RJ 3434, 28 de junio de 2004 RJ 4830, 3 de febrero de 2005 TOL 619.663, 3 de marzo de 2005 RJ 121.288, 14 de junio de 2006 TOL 964.518.

posteriormente se amplían a la finalidad de evitar los riesgos del consumo clandestino y a otros supuestos similares³⁸. Lo que ha llevado a la doctrina a denominar estos supuestos como donaciones altruistas o compasivas³⁹.

e. Que se trate de cantidades mínimas.

El fundamento de la impunidad, como ya se ha indicado, viene determinado porque, aun cuando se trate de actos de tráfico, estos no producen difusión de las drogas entre terceras personas indeterminadas, que es el resultado final que se pretende impedir y que se prohíbe en el art. 368⁴⁰.

Volviendo al punto de vista del peligro abstracto para la salud pública, éste aparece excluido, no tanto porque lo que se pretenda no sea crear un peligro para la salud del destinatario de la droga sino procurar, por el contrario, la recuperación del mismo controlando y disminuyendo su adicción; cuanto, sobre todo, porque la "facilitación" que se produce no está dirigida a un grupo indeterminado y fungible de personas, sino concretamente a una determinada, a cuya rehabilitación se pretende auxiliar excluyendo expresamente el que llegue a ser destinada a terceros⁴¹.

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

³⁸ La STS de 22 de septiembre de 2000 TOL 7207 alude por primera vez a estas finalidades cuando afirma que *aunque es difícil decir en síntesis cuáles son estos casos, podemos hacer los siguientes grupos de supuestos en que la doctrina de esta Sala viene pronunciado sentencias absolutorias: el suministro de droga a una persona allegada para aliviar de inmediato un síndrome de abstinencia, para evitar los riesgos de un consumo clandestino en malas condiciones de salubridad, para procurar su gradual deshabitación, o en supuestos similares*. En el mismo sentido la STS de 18 de julio de 2001 RJ 6870 y el Auto del TS de 3 de enero de 2005 JUR 121288.

³⁹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Op. cit., p. 65 y ss.

⁴⁰ Para REY HUIDOBRO, Op. cit., p. 633, estos casos no son típicos por falta del elemento subjetivo de lo injusto del ánimo de promover, favorecer o facilitar el consumo de sustancias prohibidas. Como ya hemos indicado, la exclusión de la tipicidad se fundamenta en la inexistencia del peligro de difusión, de facilitación o de promoción del consumo entre terceras personas, que es un elemento del tipo. La no realización del tipo objetivo hace innecesario el examen del tipo subjetivo.

⁴¹ La STS de 14 de mayo de 1999 RJ 5396 afirma que *en esos casos falta evidentemente el sustrato de antijuricidad pues no existe entonces posibilidad de difusión, de facilitación o de promoción del consumo por terceras personas indiscriminadas, lo que lleva a la ausencia del peligro más arriba dicho*. Las STS 29 de junio de 2002 RJ 6728 alude a que *en estos casos falta el necesario elemento de riesgo de consumo indiscriminado de la droga y su consecuente peligro abstracto para la salud pública*. En el mismo sentido la STS de 15 de noviembre de 2002 RJ 10480 excluye de la órbita del Derecho penal estos supuestos de entrega altruista o compasiva *siempre que esté eliminada o muy reducida la posibilidad de difusión entre otras personas*. Así también las SSTS de 9 de diciembre de 2012 TOL 229.716, 12 de marzo de 2004 TOL 365.525, 28 de junio de 2004 RJ 4830, 12 de enero de 2005 TOL 405.445 y 3 de febrero de 2005 Tol 619.662.

Así la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo declara típica la donación de droga a un familiar cuando se produce en un centro penitenciario porque "*al no tratarse de entrega directa ni por tanto consumo inmediato no podía controlarse el peligro de difusión a terceros*", "*no está el donante en una especie de posición de garante al no poder observar el consumo inmediato*"⁴² o porque "*la cantidad y pluralidad de la sustancia significa en sí misma más posibilidades de "corte" que facilita grandemente la ampliación de su difusión*"⁴³, o por negar la finalidad altruista en base a que en los centros penitenciarios existen los servicios médicos necesarios para tratar el síndrome de abstinencia o asistir a su rehabilitación personal⁴⁴.

Una línea minoritaria de la Sala II del TS si admite la atipicidad de las donaciones en centros penitenciarios o centros de detención, aun cuando el consumo no se hace en presencia del donante, siempre que por las circunstancias del caso concreto se pueda afirmar que no existe la posibilidad de difusión entre terceras personas, o que tal posibilidad es muy reducida, lo que deduce de la escasa cantidad de droga que se pretendía hacer llegar en relación con el consumo habitual del drogadicto⁴⁵.

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

a) Una acción que por sus posibilidades materiales sea susceptible de ser considerada, según un juicio de pronóstico, como peligrosa para la salud pública.

b) La posibilidad de un resultado de peligro para la salud pública, esto es, que el juez verifique si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre la acción y la salud pública, en cuya virtud hubiere podido producirse un peligro efectivo para ésta.

⁴² SSTS de 23 de diciembre de 1995 RJ 9551, 3 de febrero de 1997 RJ 690, 18 de mayo de 1997 RJ 4022, 11 de junio de 1997 RJ 5600, 14 de julio de 1997 RJ 5591, 22 de diciembre de 1998 TOL 78170, 26 de enero de 2009 RJ 1388, 29 de julio de 2011 RJ 6445.

⁴³ SSTS 8 de febrero de 1996 RJ 813, 3 de noviembre de 1997 RJ 79901, 15 de noviembre de 2002 RJ 10480, 22 de diciembre de 2004 RJ 397.

⁴⁴ Ponen en duda la finalidad altruista de estas entregas las SSTS de 29 de enero de 1996 RJ 151, 12 de diciembre de 1998 TOL 78.170, 16 de junio de 2001 RJ 6870, 15 de abril de 2002 TOL 162.224, 15 de noviembre de 2002 RJ 10489, 12 de diciembre de 2004 RJ 397.

⁴⁵ SSTS 25 de enero de 1996 RJ 296, 16 de septiembre de 1996 RJ 6617, 14 de junio de 1997 RJ 4717, 10 de octubre de 1997 RJ 6976, 4 de diciembre de 1997 RJ 8716, 22 de enero de 1998 RJ 48, 19 de mayo de 2000 RJ 4963, 9 de julio de 2001 TOL 104.664., 29 de junio de 2002 RJ 6728, 5 de abril de 2004 RJ 3434, 28 de junio de 2004 RJ 4830, 3 de febrero de 2005 TOL 19.663.

Esta línea jurisprudencial, que como se dijo es hoy mayoritaria en el Tribunal Supremo, ha sido, no obstante, contestada en otras resoluciones que van a cuestionar el entendimiento del tipo tal como se ha expresado anteriormente. En esta tesis, minoritaria, el Tribunal Supremo considera que *"la entrega de la sustancia de tal clase, cualquiera que sea la intención que la preside e incluso la de ayudarle para calmar su estado de carencia, constituye el ilícito penal del art. 344"*⁴⁶.

El fundamento de esta línea interpretativa radica en considerar que *"no se auxilia al que vive momentos de alteración por drogadicción, aunque sean previos al síndrome de abstinencia, de la forma en que procedió la encartada - entrega de pequeñas cantidades de droga - , sino con el correspondiente tratamiento médico a que se le debe someter, pues facilitar más droga en tales casos propicia el mantenimiento de la dependencia, y lo que puede ser peor, el abandono del tratamiento curativo que se siga o la ruina completa de la persona que se pretende auxiliar"*⁴⁷. A este argumento se recurre adicionalmente para excluir de la tesis de la atipicidad la donación en centros penitenciarios, aludiendo a que *"no es con la droga con lo que el drogadicto se cura, sino sometiéndolo a los oportunos tratamientos médicos o farmacológicos, con los que podía contar en el centro penitenciario"*⁴⁸.

Esta argumentación jurídica ha sido combatida recientemente en varias sentencias del Tribunal Supremo. La STS de 16 de septiembre de 1996⁴⁹, de 20 de julio de 1998 y de 14 de mayo de 1999⁵⁰ afirman que *"el supuesto concreto en el que el toxicómano se ve inmerso, pronto para la explosión mental que el síndrome de abstinencia representa, no se soluciona de inmediato con tratamientos médicos ni, por el contrario, se agrava la dependencia porque se busquen remedios urgentes e inmediatos. Otra cosa es que agotada esta vía excepcional, no se aborden después los medios que la Medicina ofrece al respecto"*. Al mismo tiempo, como indicamos, otro conjunto de sentencias afirman la atipicidad de la entrega de droga en centros

⁴⁶ Así las SSTS de 11 de junio de 1992 RJ 5200, 1 de octubre de 1993 RJ 8093, 14 de octubre de 1994 RJ 7916, 29 de enero de 1999 RJ 151 lo que ha llevado a GONZÁLEZ ZORRILLA, Op. cit., pp. 268-269 a afirmar que tal situación crea inseguridad jurídica.

⁴⁷ STS de 29 de enero de 1996 RJ 151.

⁴⁸ Véase nota 43.

⁴⁹ RJ 6617.

⁵⁰ SSTS de 20 de julio de 1998 RJ 5998 y de 14 de mayo de 1999 RJ 5396.

penitenciarios siempre que se den las condiciones que descarten la posibilidad de difusión de la droga entre terceros⁵¹.

El reconocimiento jurisprudencial de la atipicidad en los supuestos tanto de consumo compartido como de entregas altruistas o compasivas, como hemos visto, ha venido condicionado a que en cada caso concurra una serie de circunstancias de las que pueda fundamentarse que queda excluido el peligro abstracto para la salud pública, lo que acontece cuando no existe posibilidad de difusión, de facilitación o de promoción del consumo por terceras personas indiscriminadamente. Ello se ha plasmado en la exigencia de una serie de requisitos. Cabe distinguir dos líneas de interpretación respecto a la exigencia de la concurrencia de estos requisitos. La posición mayoritaria de la jurisprudencia, partiendo del carácter excepcional de la atipicidad en estos supuestos, realiza una interpretación sumamente restrictiva, de manera que la atipicidad se encuentra sujeta a la estricta observancia de los requisitos exigidos⁵². Los requisitos no se conciben como circunstancias de las que se deduce la existencia o no del peligro abstracto para la salud pública, sino como auténticas condiciones de la atipicidad.

Así la STS de 24 de julio de 2002⁵³ declara que *como rigurosa excepción, la doctrina de esta Sala ha declarado impune el consumo compartido entre adictos... La misma jurisprudencia ha alertado insistentemente advirtiendo que la citada impunidad sólo puede ser reconocida con suma cautela... y a tales efectos, la atipicidad de consumo compartido... se encuentra sujeta a la estricta observancia de determinados requisitos que han sido reiteradamente exigidos por la doctrina jurisprudencial de esta Sala.*

⁵¹ Véase la nota 45. SSTS 25 de enero de 1996 A. 296, 16 de septiembre de 1996 A. 6617, 14 de junio de 1997 A. 4717, 10 de octubre de 1997 A. 6976, 4 de diciembre de 1997 A. 8716, 22 de enero de 1998 A. 48.

⁵² Desde un principio la jurisprudencia ha considerado que la donación o entrega gratuita de la droga es una conducta delictiva pues favorece o facilita su consumo y solo excepcionalmente esa entrega será atípica, requiriéndose para la misma la exclusión de todo peligro para el bien jurídico de la salud pública. De ahí que reiteradamente señale que la doctrina de la atipicidad debe aplicarse de forma excepcional y restrictivamente. Véanse, entre otras las SSTS de 26 de mayo de 2002 TOL 405.737, 22 de diciembre de 1998 RJ 10323, 3 de febrero de 1999 RJ 967, 15 de abril de 2002 TOL 162.224, 13 de junio de 2003 TOL 305.472, 20 de octubre de 2008 TOL 401.658, 19 de enero de 2009 TOL 1.448.777, 23 de septiembre de 2011 TOL 2.287.184. Tal aplicación restrictiva se justifica por la gravedad del delito de tráfico de drogas y por el peligro de que tal doctrina *pueda traducirse en una especie de patente de corso que evite la sanción de delitos de tanta gravedad* (STS de 10 de noviembre de 2005 RJ 7830) o *en una carta de impunidad que evite la sanción de delitos de tanta gravedad* (STS de 19 de enero de 2009 TOL 1448.777) o porque *se corre el riesgo de abrir una forzada puerta de impunidad a hechos delictivos de singular gravedad* (STS de 18 de marzo de 2009 TOL 1494.569).

⁵³ TOL 203.217

Por otra parte en esta línea jurisprudencial se incluyen algunas sentencias, como ha puesto de manifiesto DOPICO GÓMEZ-ALLER⁵⁴, que realizan una inversión en la carga de la prueba al exigir que la ausencia de peligro abstracto de la salud pública sea probada por parte de quien la alega⁵⁵. Tal desplazamiento de la carga de la prueba sería contrario al principio de la presunción de inocencia que establece que corresponde a la acusación probar que la conducta realiza el tipo. El razonamiento de estas sentencias parte de un presupuesto no válido: la teoría de la excepcionalidad del consumo compartido parte de que toda entrega de la droga en principio es típica y solo se considera atípica cuando se dé en un determinado contexto. No es correcto este planteamiento, el tipo del art. 368 exige como elemento que la acción sea apta para poner en peligro la salud pública, de manera que sólo se podrá decir que una conducta de entrega de droga es típica si se acredita que tal entrega supone un acto de promoción o facilitación del consumo a terceras personas indiscriminadas. Por tanto, será la acusación quien deberá probar que tales conductas se insertan en el tipo, es decir, que se trata de conductas que ponen en peligro abstracto a la salud pública.

Otra línea jurisprudencial más razonable rechaza el entendimiento de los citados requisitos como condiciones de la atipicidad, como reglas fijas, y los concibe como indicadores que han de valorarse desde el concreto análisis de cada caso, que permiten deducir si se deriva o no un riesgo para la salud de terceros⁵⁶. Por tanto, la concurrencia de cada uno de los requisitos que se establecen no puede ser analizado desde un estricto contenido formal, *como si fuera un test de concurrencia*, pues lo relevante es que ese

⁵⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Op. cit. pp. 31 y ss.

⁵⁵ Realizan un encubierto desplazamiento de la carga de la prueba al exigir que el ánimo de compartir la droga debe ser probado por quien lo alega las SSTS de 10 de noviembre de 2005 RJ 7830, 5 de diciembre de 2007 RJ 8672, 15 de diciembre de 2007 TOL 1.229.901. Recientemente la STS de 23 de septiembre de 2011 TOL 2.287.184 basa la sentencia condenatoria en que la defensa no ha acreditado los presupuestos del consumo compartido, de donde infiere que está probado que la tenencia de la droga es para distribuirla entre terceros y no para un consumo compartido. En el mismo sentido los Autos del TS de 7 de noviembre de 2005 JUR 454 y de 1 de diciembre de 2005 JUR 33701.

⁵⁶ Desde el año 2000 se ha venido manteniendo esta línea jurisprudencial hasta la actualidad. Véanse las SSTS de 30 de mayo de 2000 TOL 273.365, , 17 de febrero de 2003 TOL 265.597, 14 de junio de 2004 TOL 483.732, 3 de febrero de 2005 TOL 619.663, 30 de junio de 2006 TOL 964.498, 11 de noviembre de 2009 TOL 1.726.694, 9 de febrero de 2009 TOL 1.792.998, 23 de diciembre de 2011 TOL 2.045.217, 20 de abril de 2011 TOL 2.117.312. Todas interpretan la exigencia de los requisitos desde el fundamento de la atipicidad y señalan que *los indicadores citados deben valorarse desde el concreto análisis de cada caso... y que lo relevante es si del análisis del supuesto se objetiva o no un vocación de tráfico y por tanto un riesgo para la salud de terceros. Cada uno de los requisitos que se establecen para la declaración de la 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, para determinar si por la cantidad puede establecerse un razonado juicio de inferencia de estar destinada al tráfico o de consumación entre los partícipes en la adquisición.*

consumo o entrega sea realizado sin promover el consumo entre terceras personas. Tal entendimiento de los requisitos como indicios que permiten establecer un juicio de inferencia de que la droga está destinada al tráfico o destinada a la consumición entre partícipes en la adquisición, o que la finalidad de la entrega es altruista o compasiva, permite una interpretación no formalista sino adecuada al fundamento de la atipicidad. En definitiva, lo relevante no es la concurrencia formal de todos los requisitos, sino si del análisis del supuesto de hecho se deriva o no un riesgo para la salud de terceros.

Desde este entendimiento se han flexibilizado los requisitos exigidos.

En concreto, la exigencia de que el consumo se realice en un lugar cerrado se ha entendido como que lo relevante es evitar la ostentación del consumo que pudiera determinar un riesgo de consumo indiscriminado. Lo que ha llevado a considerar lugar cerrado una discoteca, la calle de madrugada, un edificio o un bar⁵⁷.

Igual ocurre con la exigencia de que se trate de un consumo esporádico, que se interpreta en el sentido de que tal requisito lo que trata es de excluir de este supuesto de atipicidad las actuaciones repetidas en el tiempo que se enmarcan alrededor de un proveedor habitual y se entiende como que el consumo se realice sin trascendencia social⁵⁸.

Por lo que se refiere a que se trate de cantidades mínimas, se ha interpretado que tal exigencia no se puede cuantificar en abstracto, prescindiendo del número de potenciales consumidores, sino que hay que fijarlo en función del número de componentes de la reunión⁵⁹.

⁵⁷ En este sentido la STS de 30 de mayo de 2000 TOL 273.365 afirma que si bien *toda discoteca es un lugar público pero el riesgo de poder ser advertido por terceros, aunque existente no puede magnificarse por la ínsita dificultad derivada de la oscuridad de tales recintos, por otra parte supondría un desconocimiento de las costumbres del consumo exigir que este sea exclusivamente en domicilios particulares para estimar la atipicidad*, la de 17 de febrero de 2003 TOL 265.597 estima que un consumo en una discoteca *da cumplimiento al requisito de lugar cerrado, elimina toda trascendencia social del consumo y da igualmente cumplimiento al requisito de evitar toda difusión en unos términos de razonabilidad compatibles con el patrón de consumo que ofrece tal droga, pues el escenario habitual del mismo suelen ser centros de diversión. En otro caso podría quedar vacía de contenido la atipicidad de esta figura*. Así también la STS de 9 de febrero de 2010 TOL 1.792.998. La STS de 12 de febrero de 2010 TOL 1.792.996 no ve obstáculo para aplicar la doctrina el consumo compartido por el hecho de que el escenario de la entrega y del consumo sea la calle, dado que se trata de las 4.45 de la madrugada, la STS de 27 de septiembre de 1993 TOL 401.325 también aplica el consumo compartido aun cuando el consumo no sea en un domicilio sino en un edificio y la de 30 de junio de 2006 TOL 964.498 también lo aplica aun cuando el consumo se realice en un bar.

⁵⁸ Así las SSTS de 20 de marzo de 2003 RJ 2759, 30 de abril de 2003 TOL 274.589, 29 de abril de 2005 TOL 725.643, 1 de julio de 2005 RJ 8983, 19 de septiembre de 2005 RJ 8669, 11 de noviembre de 2009 TOL 1.726.694.

⁵⁹ En este sentido las SSTS de 17 de febrero de 2003 TOL 265.597, 9 de julio de 2003 RJ 6027, Voto particular de Martín Pallín en STS de 11 de septiembre de 2009 TOL 1.726.694, , 9 de febrero de 2010 TOL 1.792.998.

Por último, en cuanto al consumo inmediato se interpreta que no puede restringirse tanto que exija que la droga tenga que ser consumida en un solo acto, sino que lo relevante es si por la cantidad de droga puede inferirse que estaba destinada al tráfico⁶⁰.

11. La **autoorganización del consumo**, dados los objetivos que pretende y siempre que tenga lugar en las circunstancias que pasaremos a exponer, contiene igualmente las notas precisas para considerarse un comportamiento no incluido en el tipo básico del artículo 368.

a. **Objetivos** generales de la autoorganización del consumo son tres:

En primer lugar, desvincular el consumo de drogas del tráfico u oferta ilícitos, mediante la gestión por los propios consumidores del ciclo completo de producción y distribución de la droga.

En segundo lugar, impedir una difusión indiscriminada de la droga, mediante su distribución entre un colectivo cerrado y delimitado de personas.

En tercer lugar, garantizar un consumo controlado y responsable de la droga, mediante el aseguramiento de la calidad de la sustancia, la prevención de consumos abusivos, y su realización en un contexto socialmente normalizado.

b. Tales objetivos son coherentes con la **protección de la salud pública y la seguridad ciudadana**.

Se emancipa la demanda de drogas de su control por la oferta:

- Sin perjuicio de ser conscientes de que estamos ante una iniciativa de efectos limitados, la autoorganización del consumo tiende a socavar la posición oligopolista de acaparamiento del mercado por los traficantes de droga, lo que debilita su posición mercantil. Tal efecto, por confinado que esté a ciertos tipos de droga o número de consumidores, está en línea con las predominantes preocupaciones internacionales sobre el poder de los narcotraficantes y la necesidad de desapoderarles.

- Además, se saca al consumidor del circuito ilegal. Ello previene, entre otras cosas, la entrada en contacto de los consumidores con organizaciones o ámbitos delictivos, así como la aparición de consumidores delincuentes funcionales por el

⁶⁰ SSTs de 30 de mayo de 2000 TOL 273.365, 14 de junio de 2004 TOL 483.732, 30 de junio de 2006 TOL 964.498 y 9 de febrero de 2010 TOL 1.792.998.

apremio en obtener los recursos necesarios para seguir consumiendo droga. Es bien sabido que estos y otros fenómenos próximos dificultan notablemente los esfuerzos de las instituciones y los movimientos sociales encaminados a prevenir el abuso de drogas.

Se previene que la droga se difunda en todo caso de manera indiscriminada en la sociedad sin diferenciación de personas ni tipos de consumo:

- Al difundirse la droga entre un círculo cerrado de personas, previamente singularizadas e identificadas, y a las que les une el interés común en consumir droga en condiciones seguras y socialmente normalizadas, se logra en primer lugar desactivar el peligro común propio de los delitos de tráfico de drogas⁶¹. De este modo se abre una alternativa a consumos descontrolados de ellas.

- Se potencia la eficacia de las intervenciones preventivas o sanitarias sobre consumidores de drogas, al poder en este caso constituir blanco de esas actuaciones un colectivo acotado y bien identificado.

Se atenúan los riesgos y costes ligados al consumo de drogas:

- La asunción por la autogestión del consumo de la tarea de asegurar la calidad de la sustancia y un consumo responsable y normalizado produce efectos positivos sobre la salud de los consumidores de droga, y aligera la carga que el consumo abusivo de drogas ocasiona sobre la estructura sanitaria pública, liberando recursos para otros fines.

- La posibilidad de obtener y consumir droga en un entorno controlado y normalizado previene la aparición de bolsas de marginación social, ligadas a consumos abusivos o en un contexto socialmente desorganizado.

En cualquier caso estos efectos protectores de la salud pública y la seguridad ciudadana se enmarcan en la creciente asunción por los organismos internacionales competentes de que, tras décadas de prohibicionismo, no se ha logrado reducir de una manera significativa la demanda de drogas y que se precisan nuevas aproximaciones al problema⁶².

⁶¹ Véase lo dicho en apartado 3.a.

⁶² La Declaración Política de la Comisión de Estupefacientes del 52 periodo de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (E/CN.7/2009/nº 2) reconoce expresamente el fracaso de la política criminal de drogas en eliminar o reducir sensiblemente el tráfico y el consumo de drogas ilegales. Por otra parte el Parlamento Europeo en su Recomendación al Consejo sobre la Estrategia Europea en materia de lucha contra las drogas (Informe sobre una propuesta de Recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo sobre la Estrategia europea en materia de lucha contra la droga (2005-2012) (2004/2221(INI). Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior. Parlamento Europeo. FINAL A6-0067/2004), de forma contundente reconoce el fracaso de la política europea en la lucha contra las drogas y propone “unos medios totalmente distintos de los indicados para conseguir el objetivo general del proyecto de Estrategia de la Unión, dando prioridad a la protección de la vida y de la salud de los consumidores de sustancias ilícitas, a la mejora de su bienestar y protección, con un

12. Ahora bien, para que la autoorganización del consumo pueda estimarse como un conjunto de comportamientos no incluidos en el tipo del artículo 368 del código penal es preciso que se ejecute en unas circunstancias precisas, que aseguren que se satisfacen los plausibles objetivos pretendidos. A continuación pasamos a enumerar aquellas **condiciones operativas** que nos parecen imprescindibles.

a. Los **integrantes del círculo** de sujetos autoorganizados.

Una cuestión sin duda importante es determinar quiénes pueden formar parte de ese círculo cerrado de personas que decide autogestionar de una manera responsable su propio consumo de drogas.

Estimamos que el núcleo de la asociación debe estar constituido por **consumidores estables no abusivos**, debidamente acreditados como tales. El que ellos conformen la mayoría de la asociación es una garantía de que se van a mantener los objetivos generales de la autoorganización del consumo ya indicados. Se trata de personas que han sido capaces de desarrollar en condiciones adversas, debido a su inevitable contacto precedente con la oferta ilícita, pautas de consumo responsable: Están familiarizados con el consumo de la sustancia, y no padecen la compulsión propia de la adicción o el consumo abusivo. En tales condiciones, el que sean consumidores ocasionales o reiterativos carece de importancia.

En cierta medida, además, se identifican con el concepto jurisprudencial de consumidor acorde con las pautas de consumo de cada droga, consumidor, por definición, no abusivo⁶³.

Consideramos que igualmente pueden formar parte de esa asociación autogestionaria del consumo **consumidores abusivos o adictos**. Dentro de los objetivos de estas asociaciones está el promover un consumo responsable y socialmente normalizado de la droga, por lo que no se alcanzaría a comprender por qué debiéramos renunciar a que estas asociaciones, con fácil y poco problemático acceso a esas personas, no pudieran aportar sus capacidades para atraer a tales consumidores hacia un

planteamiento equilibrado e integrado del problema, ya que los propuestos son inadecuados". En el mismo sentido la Decisión Marco del Consejo relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas (Consejo de la Unión Europea DG H II 279/04, de 20 de septiembre de 2004) excluye de las conductas que deben ser castigadas penalmente la posesión, la adquisición o el cultivo con fines de consumo personal.

⁶³ Véanse las notas 25 y 30.

consumo controlado de las sustancias. En todo caso, los consumidores abusivos o adictos en ningún momento debieran ser algo más que una clara minoría de los miembros de la asociación, y estarían privados, mientras siguieran con sus pautas de consumo, del acceso a órganos representativos, de responsabilidad o gestión. En último término se trata de asegurar que sus pautas de consumo no van a condicionar el modo de operar de la estructura organizativa.

Se plantea la cuestión de si podrían formar parte de la asociación **nuevos consumidores**. Con ese término nos referimos a personas que han decidido iniciar el consumo de droga por la razón que sea –terapéutica, recreativa...- pero que no han tenido aún esa experiencia o la han tenido de un modo excepcional.

Surge el interrogante de si su admisión en el círculo de sujetos autoorganizados constituirá una conducta típica. En la medida en que con su admisión en el círculo se facilita al sujeto el consumo de la sustancia por primera vez, se podría ver en el hecho de la admisión un comportamiento de fomento de la difusión indiscriminada de la droga entre cualesquiera personas por parte de los integrantes de la asociación.

Sin embargo, somos de la opinión de que siempre que la decisión del nuevo consumidor de integrarse en el círculo para consumir droga de una manera controlada sea producto de una decisión espontánea y autónoma no debería haber problemas. El carácter espontáneo de la decisión implica que esta no es producto de actividades de incitación al consumo por parte de la asociación, ni de captación de socios para el consumo en su seno, y su cualidad de autónoma supone que se adopta sin que concurren circunstancias excepcionales que condicionen notablemente su proceso de motivación.

Ciertamente, la admisión en el círculo del nuevo consumidor facilita su consumo de drogas, pero no de manera sustancialmente distinta a como lo hace respecto a consumidores estables o adictos. La diferencia radica en que, mientras estos últimos han tomado la decisión de consumir droga y han ejecutado esa decisión con anterioridad, el nuevo consumidor también ha tomado esa decisión, pero aún no la ha ejecutado.

Lo decisivo es si esa admisión supone que la asociación difunde droga de manera indiscriminada entre cualesquiera personas. No creemos que este sea el caso cuando alguien que ha decidido consumir droga de un modo responsable se muestra dispuesto a someterse a un proceso individualizado de admisión en una estructura organizativa y a someterse a las reglas de interacción social y consumo propias de la asociación.

En todo caso, parece sensato cerrar el paso a este tipo de socios hasta que la asociación esté consolidada, y las pautas de distribución y consumo de la sustancia entre los socios aparezcan bien asentadas.

b. La **estructura asociativa** de la autoorganización del consumo.

La estructura asociativa que ha de permitir la autoorganización del consumo debe configurarse de modo que prevenga, tanto la difusión indiscriminada de la droga a cualesquiera personas susceptibles de consumirla, como el fomento de consumos que puedan considerarse ilegales. En suma, se ha de garantizar una actividad social sustancialmente cerrada sobre sí misma.

Sin perjuicio de profundizar más adelante en cada uno de los aspectos que vamos a aludir, notas esenciales de esa estructura asociativa convendría que fueran los siguientes:

- La modalidad social que parece más adecuada para este tipo de agrupación sería la de sociedad cooperativa de consumidores y usuarios⁶⁴.

- El objeto social será facilitar un consumo controlado y responsable de droga, en los términos antes indicados, entre los cooperativistas. A tal fin, la asociación perseguirá controlar el ciclo completo de producción, distribución y consumo de la droga⁶⁵.

- La sociedad cooperativa se constituirá como entidad sin ánimo de lucro, a cuyo efecto se acomodará a las previsiones legales correspondientes⁶⁶. Las aportaciones sociales no darán derecho a devengo de intereses ni a remuneración.

- A los efectos de incrementar la eficacia en la obtención de sus objetivos, y prevenir efectos indeseados, la actividad social de cada sociedad cooperativa de consumidores se especializará en un determinado tipo de sustancia estupefaciente o psicotrópica, con independencia de que su preparación, o administración por los consumidores, pueda variar.

- La sociedad cooperativa de consumidores y usuarios estará constituida únicamente por personas físicas, en calidad de socios, socios de trabajo o socios colaboradores⁶⁷.

⁶⁴ Véanse en general las previsiones de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas –en adelante LC-, y en especial el artículo 88.

⁶⁵ En línea con lo establecido en artículo 88 LC.

⁶⁶ Véanse Disposiciones adicionales primera y novena de LC.

⁶⁷ Véase capítulo III de LC.

- La actividad social cooperativizada, destinada en último término a facilitar un consumo responsable y controlado de la droga, deberá repercutir exclusivamente sobre los socios de la cooperativa.

c. Las **actividades del ciclo de la droga** a realizar.

- Como ya hemos señalado, uno de los objetivos primordiales de la autoorganización del consumo es reducir al mínimo el **contacto con la oferta ilícita** de droga en sus diferentes fases. Para ello la asociación intentará asumir el mayor número posible de actividades relacionadas con el ciclo de producción y distribución de la droga.

La situación preferible sería aquella en la que la sociedad cooperativa no precise entrar en contacto con el tráfico ilícito en ningún momento, por estar en condiciones de iniciar ella misma el ciclo de producción⁶⁸. En cualquier caso, una vez asumida por la sociedad cooperativa una de las fases del ciclo, deberá estar en condiciones de proseguirlo hasta el momento de la distribución minorista entre sus socios. Es decir, no deberá entrar en contacto con la oferta ilícita para fases del ciclo posteriores a aquella en que la sociedad ya ha comenzado a intervenir. Por supuesto, la distribución minorista entre sus socios deberá ser siempre una de las actividades sociales.

- El **aprovisionamiento** de productos ligados a la producción, elaboración o distribución de la droga entre sus socios deberá realizarse en el mercado legal.

Conviene resaltar que las conductas de los proveedores de esos productos a la sociedad cooperativa no están abarcadas por el artículo 371 del código penal, y no son por ello típicas. Aun cuando podamos estar ante la fabricación, distribución, comercio... de equipos, materiales o sustancias de los contemplados en ese precepto sabiendo los proveedores que se van a utilizar en la elaboración de drogas, esa elaboración de drogas por parte de las asociaciones de consumidores no puede considerarse un cultivo, producción o fabricación *ilícitos*, que es lo que exige el precepto.

La ilicitud a la que se refiere el artículo 371 es, sin atisbo de duda, la ilicitud penal, dado que este precepto castiga conductas preparatorias de una participación en el tráfico ilícito penal de drogas del artículo 368⁶⁹. Y la autoorganización del consumo, como estamos intentando justificar en estas páginas, no constituye un ilícito penal.

⁶⁸ Sobre las consecuencias desde el punto de vista de la ilicitud administrativa de la entrada en contacto de la asociación con el tráfico ilícito, véase infra último apartado.

⁶⁹ De todos modos, sobre la ausencia, también, de ilicitud administrativa, véase último apartado.

A mayor abundamiento, puede faltar en los proveedores el dolo propio del tipo subjetivo del artículo 371, mencionado expresamente con el término “a sabiendas”, si desconocen el concreto destino de esos productos que suministran. Ese desconocimiento puede incluso fomentarse, para anticiparse a interpretaciones legales incorrectas, por los consumidores autogestionados mediante una actividad de aprovisionamiento discreta de esos productos.

- Los **trabajadores** de la asociación autogestionaria del consumo no serán autores o partícipes de un delito de tráfico de drogas.

Si tales trabajadores son socios de la cooperativa de consumidores estamos ante actividades propias de la autogestión del consumo por los mismos consumidores.

Si son trabajadores por cuenta ajena, contratados por la cooperativa de consumidores sin ser socios de ella, están prestando sus servicios en actividades de autoorganización del consumo que no son penalmente ilícitas. Ciertamente, si esos trabajadores se aprovechan de su puesto laboral para apoderarse de cierta cantidad de esas sustancias y difundirlas indiscriminadamente deberán responder de un delito de tráfico de drogas. Es más, un control insuficiente o defectuoso por los gestores de la asociación de esa posible actuación de sus empleados generaría responsabilidades, que podrían incluso llegar a ser penales. Ello sin perjuicio de la concurrencia de la recientemente introducida responsabilidad penal de las personas jurídicas, que transfiere la responsabilidad penal de las personas físicas a la persona jurídica⁷⁰.

- Los eventuales **cobros** por parte de la sociedad **a sus socios** no insertan la actividad de la asociación en el ámbito de la oferta ilícita de drogas, ni, por tanto, constituyen conductas ilícitas penales.

Por lo que se refiere a las aportaciones obligatorias de los socios por el mero hecho de serlo, y que van destinadas a posibilitar la producción y distribución de droga entre sus socios consumidores⁷¹, son aportaciones a la autoorganización lícita del consumo.

La asociación podría asimismo establecer cuotas adicionales, ligadas a concretas dispensaciones minoristas de droga a sus socios, en todos los casos o en función de la

⁷⁰ Véanse especialmente artículos 31 bis, 33.7, 66 bis, entre otros, del código penal. Sobre el tema, DÍEZ RIPOLLÉS. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Regulación española” Indret. 2012.

⁷¹ Al margen del montante económico que se pueda destinar a los gastos de gestión de la asociación.

frecuencia o cantidad⁷² de droga suministrada. Pero tampoco esos cobros suponen un tráfico ilícito de la asociación. En el caso de que se prevea para cada dispensación minorista, puede entenderse como una cuota periódica⁷³ en función del consumo, algo coherente en una cooperativa de consumidores.

Si solo se prevé para dispensaciones a socios que superen cierta frecuencia o cantidad ha de quedar, ante todo, asegurado que esa frecuencia o cantidad no cuestionan los objetivos de la asociación de prevenir la difusión indiscriminada de la droga y de garantizar un consumo controlado y responsable de ella exclusivamente entre sus socios. Presupuesto lo anterior, esos cobros adicionales pueden seguir entendiéndose como una cuota periódica en función del consumo.

De todos modos es imprescindible que tanto las aportaciones sociales como las eventuales cuotas periódicas por consumo respondan estrictamente a las necesidades de funcionamiento de la sociedad para lograr sus objetivos, revirtiendo íntegramente en ella. La sociedad cooperativa no podrá distribuir beneficio alguno entre sus socios⁷⁴.

d. El **control** por la asociación **de la difusión y del consumo**.

- La manipulación de la droga en el seno de la sociedad debe realizarse en estrictas condiciones de control, con la meta de asegurar que **la droga no se difunda** fuera del colectivo societario ni, dentro de él, al margen de los procedimientos socialmente previstos.

En el primer sentido, y entre otras cautelas, se ha de garantizar que la distribución minorista a socios se haga en cantidades ajustadas a las pautas de consumo, con la finalidad de evitar remanentes de droga susceptibles de desviarse al tráfico ilícito. Además, los trabajadores no socios que tengan contacto con la droga no podrán disponer de cantidad de droga alguna para su consumo o distribución, lucrativa o no, fuera de la asociación.

En el segundo sentido se ha de prevenir la aparición, dentro de las instalaciones de la asociación, de suministros o consumos irregulares o espontáneos, sea de socios, sea de trabajadores por cuenta ajena o de cualquier otra persona que acceda a las instalaciones. En cuanto a los socios, deberá impedirse cualquier tipo de suministro de droga fuera de los procedimientos de distribución previstos. En el caso de que se

⁷² Sobre estos aspectos véase siguiente apartado.

⁷³ Véase artículo 52 LC.

⁷⁴ Véase lo indicado en apartado 12. b.

habiliten en la asociación lugares para el consumo de la droga por los socios, el consumo deberá realizarse de acuerdo a las condiciones de consumo previstas por la asociación.

Para conseguir estas finalidades la sociedad deberá implantar y desarrollar programas de cumplimiento que posibiliten la interrupción inmediata de la distribución de la droga, o del contacto con ella, en cuanto se detecte una difusión indebida de la sustancia.

- La sociedad debe asegurar asimismo un **consumo controlado y responsable** de la droga por sus socios.

En primer lugar, la droga distribuida a los socios debe tener unas cualidades que minimicen los riesgos sanitarios derivados de su consumo. Ello supone la procura de una sustancia de calidad y que su composición y presentación permita un consumo seguro de ella.

En segundo lugar, la droga debe suministrarse a los socios en condiciones que prevengan los consumos abusivos. Para ello, entre otras precauciones, se regularán las cantidades a suministrar y su periodicidad, y se interrumpirá el suministro en cuanto se detecte el inicio de consumos abusivos. Todo ello sin perjuicio de lo que sigue.

Se podrá suministrar droga a la minoría de socios consumidores abusivos o adictos bajo condiciones especiales. En ningún caso se les suministrará la droga en cantidades o con una periodicidad que fomente el incremento de la situación de abuso o adicción ya existente. Además, se tenderá a aproximar esos consumos a los propios de un consumo socialmente normalizado de la correspondiente droga. Por ejemplo, mediante estrategias de suministro que tiendan a espaciar los consumos, sin dejar de hacer atractiva la opción de obtener la droga dentro de la asociación; mediante actividades sociales que promuevan el contacto de esos socios con la mayoría de socios consumidores no abusivos; o a través de cualquier otra técnica acreditada en la reducción de consumos.

Por otra parte, la persistencia en una situación de abuso durante un periodo prolongado deberá ser comunicada a las autoridades sanitarias por los órganos de la asociación.

Al igual que para prevenir la difusión indebida, la asociación deberá implantar programas de cumplimiento que permitan detectar el inicio de consumos abusivos, o la persistencia excesiva en consumos abusivos preexistentes, a los efectos de tomar las medidas adecuadas.

IV. CUESTIONES PROBATORIAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.

13. El debido respeto al principio de **presunción de inocencia** hace que corresponda a la acusación probar que las conductas de autoorganización del consumo son típicas y antijurídicas.

Hemos de precisar que la, a nuestro juicio, licitud de estas conductas no deriva de que concurra una causa de atipicidad. Dicho de otro modo, no se trata de que estas conductas, en principio típicas, dejarían de serlo al tener lugar su realización en un determinado contexto que originaría su exclusión del tipo. Este modo de entender la relación de estas conductas con el artículo 368 sería el propio de las eximentes de la responsabilidad y exigiría que la causa de atipicidad, o eximente concurrente, hubiera de ser probada por la defensa.

Por el contrario, las conductas no se integran desde un principio en el tipo del artículo 368 porque, de acuerdo a los criterios de interpretación legal habituales, en especial el gramatical, el sistemático y el teleológico, no se corresponden con las conductas declaradas ilícitas en el precepto. En consecuencia ha de ser la acusación la que habrá de probar que esas, o cualesquiera otras conductas semejantes, se insertan en el tipo⁷⁵.

14. Como sabemos, las conductas serán típicas si promueven, favorecen o facilitan la difusión indiscriminada de la droga de un modo que pueda dar lugar a consumos indebidos. También conocemos que los actos de cultivo, elaboración o tráfico tienen a su favor una presunción legal de que promueven, favorecen o facilitan esa difusión indiscriminada que da lugar a esos consumos. Y que la presunción legal se extiende también a la posesión preordenada al cultivo, elaboración o tráfico.

Presupuesto lo anterior, hemos de preguntarnos por la función procesal que desempeña, según los casos, la concurrencia de las condiciones de autoorganización del consumo más arriba indicadas:

- En relación con los comportamientos de **promoción, favorecimiento o facilitación en general**, corresponde a la acusación probar que las conductas de

⁷⁵ Con más motivos descartamos que el problema se haya de resolver en el marco de una causa de justificación que habría de neutralizar la conducta ya típica. Véase al respecto, aunque la cuestión no es idéntica, lo que ya dijimos en apartado 7.a. En el mismo sentido contrario a dar por hecha la tipicidad, y precisar estas conductas de un permiso para ser lícitas, DOPICO GÓMEZ-ALLER Op. cit. pp. 30, 93, entre otros lugares.

autoorganización del consumo se incluyen en el artículo 368 por originar una difusión indiscriminada de la droga susceptible de dar lugar a consumos indebidos. La ausencia de las condiciones de autoorganización del consumo más arriba recomendadas no fundamenta la hipótesis de cargo; esta habrá de fundamentarse en elementos de prueba propios, al margen de si están presentes o no esas condiciones. Ello sin perjuicio de que la presencia de algunas, casi todas, o todas las condiciones reseñadas aportará indicios en contra de la hipótesis de cargo.

- Respecto a los comportamientos más específicos de **cultivo, elaboración, tráfico, o posesión preordenada** a las conductas precedentes, la cualidad y número de las condiciones propuestas para la autoorganización del consumo efectivamente concurrentes funcionarán como indicios fundamentadores de la hipótesis de descargo. Esa hipótesis de descargo pretenderá desactivar la presunción legal de que tales conductas de cultivo, elaboración, etc... dan lugar a una difusión indiscriminada de la droga susceptible de generar consumos indebidos.

En consecuencia, presentes todas esas condiciones o la porción más relevante de ellas, será plausible concluir que tales actividades se han realizado de modo que no han sido aptas para difundir indiscriminadamente la droga en el sentido indicado, con lo que se desvirtuará la presunción legal.

En cualquier caso, la presunción legal se puede desvirtuar, igualmente, a través de otras pruebas, indiciarias o no. Es decir, esas condiciones de la autoorganización del consumo no pueden entenderse como unos requisitos legales precisos para excluir la tipicidad de la conducta, pues en tal caso incidiríamos en el error, prevenido en el apartado anterior, de considerarlas como integrantes de una especie de eximente de una conducta en principio típica⁷⁶.

V. LICITUD ADMINISTRATIVA DEL TRÁFICO PARA AUTOABASTECIMIENTO.

15. La conclusión de que las conductas de autoorganización del consumo, con los requisitos indicados, no infringirían la ley penal no nos exime de verificar si esas

⁷⁶ Realiza reiteradas y muy acertadas consideraciones sobre la improcedencia de invertir la carga de la prueba en relación con conductas cercanas a las aquí discutidas, y de transformar lo que son meros indicios que permiten averiguar la naturaleza de la conducta en requisitos legales propios de una eximente, DOPICO GÓMEZ-ALLER. Op. cit. pp. 21-22, 28-35, 36-44, 49-56, 92-95. Véase el apartado 10.

conductas constituirán ilícitos administrativos. En efecto, es admisible que conductas que no alcanzan el nivel de la ilicitud penal se puedan calificar, sin embargo, como ilícitas administrativas⁷⁷.

Ya hemos acreditado en páginas precedentes que en la legislación administrativa solo hay un par de supuestos, muy acotados, en que se califica como ilícito el consumo de drogas, y que solo para uno de ellos está prevista inequívocamente una sanción administrativa⁷⁸.

También se ha puesto de manifiesto que los términos uso y consumo, referidos a drogas, no son sinónimos. El uso abarca numerosas actividades distintas a la de consumo, y no siempre esta última actividad es susceptible de incluirse en el concepto más amplio de uso⁷⁹.

16. Tras las aclaraciones precedentes, conviene ahora que nos preguntemos por cuál es el contexto y los objetivos de la legislación administrativa que regula directa o indirectamente las sustancias psicoactivas.

a. Objetivo primordial de la legislación administrativa específica sobre estupefacientes y sustancias psicotrópicas –LE y RD1977, singularmente- es regular, controlar y limitar la **oferta** de esas sustancias en la sociedad.

A tales efectos introduce importantes limitaciones en el conjunto de actividades encaminadas a colocar la droga a disposición de los consumidores, actividades que se extienden desde su producción hasta su dispensación minorista.

Ahora bien, sólo residual o indirectamente se ocupan tales leyes de regular, controlar o limitar la **demand**a de tales sustancias:

La LE tiene como un objetivo adicional a los señalados el control del consumo de estupefacientes por toxicómanos sometidos a tratamiento de deshabituación o desintoxicación –artículos 25 y ss.-, así como la intervención y vigilancia del consumo en general –artículo 5- y asegurar que los consumos con una finalidad determinada, para

⁷⁷ Otra cosa es que, declarada lícita una conducta típica penal por concurrir una causa de justificación, a esos mismos argumentos justificadores no se les atribuya el efecto de transformar la conducta ilícita administrativa ilícita en lícita. Tal proceder iría en contra del principio de unidad del ordenamiento jurídico. Véase DÍEZ RIPOLLÉS. “La categoría de la antijuricidad en derecho penal”. Editorial B de F. 2ª edic. 2011. pp. 105 y ss.

⁷⁸ Véase lo dicho en apartado 7.d.

⁷⁹ Véase lo dicho en apartado 7.c.

los que se ha autorizado el suministro o dispensación de la sustancia, no se realicen con otra finalidad sin obtener una nueva autorización –art. 22-.

Por su parte, el RD1977 carece de regulación alguna sobre el consumo.

Naturalmente, las precisiones anteriores no pueden ignorar que un estricto control de la oferta supone un control indirecto de la demanda.

b. Objetivos primordiales de la legislación general sobre medicamentos – LGURM- son regular y controlar la **oferta** de medicamentos a la sociedad.

En concreto, se mencionan dos objetivos generales: Asegurar la calidad, efectividad y seguridad de los medicamentos, a cuyos efectos la ley se centra en el control de la industria farmacéutica, entendida en sentido amplio. Promover un uso racional de ellos, para lo que dedica especial atención a reglamentar la actividad de los profesionales que prescriben o dispensan esos medicamentos. Ello se deduce fácilmente del Preámbulo, del artículo 1, y de los Títulos I, II Cap. 2, IV a VI, VIII.

Sólo indirectamente se regula la **demand**a de medicamentos en general. Es el caso del impulso de programas de educación sanitaria para evitar el uso incorrecto y prevenir el abuso de medicamentos –artículos 75.5, 77.9, 81.g-, de la regulación de la publicidad de medicamentos dirigidos al público en general –artículo 78-, de la protección de pacientes sometidos a ensayos clínicos –artículos 58 y ss.-, de las excepciones a las normas de comercio exterior si se trata de medicamentos para uso personal de viajeros – artículo 74-, y de la dispensación informada al paciente de medicamentos por farmacéuticos –artículo 84.1-.

En lo que se refiere específicamente a los medicamentos que contienen sustancias psicoactivas hay, ante todo, una remisión general a las restricciones derivadas de las obligaciones adquiridas con Naciones Unidas en relación con la lucha contra el *tráfico ilícito* de estupefacientes y psicótopos, tras precisar que las sustancias psicoactivas y los medicamentos que las contengan están incluidos en la LGURM –art. 49-. Más allá de eso, algún artículo establece requisitos especiales para la prescripción y dispensación de esos medicamentos –artículo 19.6-, y otros prohíben elaborar o distribuir muestras gratuitas –artículo 24.6- y hacer publicidad de tales medicamentos –artículo 78.1.c-.

En ningún caso se ocupa la LGURM de regular la demanda de medicamentos en general, ni la de medicamentos con sustancias psicoactivas en particular. Una buena prueba de ello es que en el catálogo de infracciones no hay una sola que tenga a los consumidores como sujetos activos –Título VIII-.

17. Como ya hemos señalado en pasajes anteriores⁸⁰, las conductas de autoorganización del consumo se caracterizan precisamente por desvincular el consumo de drogas de la oferta ilícita, mediante la gestión por los propios consumidores del ciclo completo de producción y distribución de la droga.

En consecuencia, la legislación precedente solo les afecta tangencialmente, presupuesto que la autoorganización del consumo se realiza en condiciones que garantizan estrictamente que las sustancias no salgan fuera de ámbito de la demanda de ese colectivo cerrado. Lo que lleva a concluir que las conductas de autoorganización del consumo no son administrativamente ilícitas.

⁸⁰ Véase especialmente apartados 11 y 12.

VI. CONCLUSIONES

I. El bien jurídico protegido por los delitos relativos a drogas es la **salud pública**, bien jurídico que tiene un carácter colectivo. Para la tutela de este bien jurídico el legislador ha creado un delito de peligro abstracto en su modalidad de delito de aptitud para la producción de un daño. De acuerdo con esa estructura típica, para que el comportamiento de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas sea penalmente relevante es preciso que la acción concretamente realizada sea peligrosa para la salud pública, es decir, que sea apta, idónea o adecuada para producir un peligro para la salud pública. Tal aptitud va referida a la capacidad de la conducta para realizar una difusión indiscriminada de la droga.

II. La exigencia de que el comportamiento concreto sea apto para dar lugar a una difusión indiscriminada de la droga lleva a que las conductas delictivas relacionadas con drogas caigan en su conjunto en el ámbito de la **oferta de drogas**, y no en el de su demanda. En consecuencia, no habrá difusión indiscriminada de la droga ni, por tanto, aptitud de la conducta para producir un daño a la salud pública, si el comportamiento se limita a difundir la droga entre un **círculo cerrado de personas** previamente decididas a consumirla. El riesgo de daño para la salud pública que supone la difusión indiscriminada de la droga encuentra su fundamento en que tal facilitación de la accesibilidad de la droga tiene una gran potencialidad de fomentar consumos indebidos de ella.

III. El tipo objetivo del art. 368 va referido a la conducta de promover, favorecer o facilitar el **consumo ilegal** de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Hay que partir de que el consumo de drogas es legal mientras no exista una norma que lo prohíba. Administrativamente son ilegales los consumos de drogas realizados en lugares públicos, y aquellos autorizados que se realizan con un objeto distinto de aquel para el que han sido autorizados sin haber pedido una nueva autorización. En consecuencia, podemos confirmar que nuestro ordenamiento jurídico-penal considera ilegales, aunque no punibles, los consumos de drogas que:

- a) Han sido declarados ilegales en el ordenamiento administrativo, a saber, los supuestos aludidos en el art. 25.1 LSC, y art. 22 inciso segundo LE.

- b) Además, todos aquellos consumos que, sin haber sido declarados ilegales administrativamente, se desarrollan en estrecha dependencia del tráfico ilícito de drogas. Y ello porque la entrada en contacto de los consumidores con la oferta ilícita de drogas fomenta la difusión indiscriminada de las sustancias y su consiguiente consumo descontrolado. Y unos consumos en tales condiciones suponen un serio riesgo para la salud pública, y puede que también para la seguridad ciudadana.

A partir de esa consideración de los consumos ilegales, nuestro código penal procede a penar los comportamientos más relevantes que los fomenten, lo que supone concentrarse en la persecución de todas las conductas ligadas a la oferta y tráfico ilícitos.

IV. Nuestra jurisprudencia, con razonamientos semejantes o cercanos a los más arriba expuestos, ha consolidado una interpretación que considera no incluidos en el tipo básico del artículo 368 una serie de comportamientos que ha agrupado bajo dos supuestos: el **consumo compartido** y la **donación altruista o compasiva**. El fundamento de la impunidad viene determinado porque, aun cuando se trate de actos de tráfico, estos no producen difusión de las drogas entre terceras personas indeterminadas, que es el resultado final que se pretende impedir y que se prohíbe en el art. 368.

El reconocimiento jurisprudencial de la atipicidad en los supuestos tanto de consumo compartido como de entregas altruistas o compasivas ha venido condicionado a que en cada caso concurren unas circunstancias que permitan fundamentar que queda excluido el peligro abstracto para la salud pública, lo que acontece cuando no existe posibilidad de difusión, de facilitación o de promoción del consumo por terceras personas de modo indiscriminado. Ello se ha plasmado en la exigencia de una serie de requisitos, que la jurisprudencia ha interpretado de dos maneras distintas. La posición mayoritaria, partiendo del carácter excepcional de la atipicidad en estos supuestos, realiza una interpretación restrictiva, de manera que la ausencia de tipo se encuentra sujeta a la estricta concurrencia de los requisitos exigidos, los cuales no se conciben como indicios de las que se puede deducir la existencia o no del peligro abstracto para la salud pública, sino como auténticas condiciones de la atipicidad. Otra línea jurisprudencial más razonable rechaza el entendimiento de los citados requisitos como condiciones de la atipicidad, y los concibe como indicadores que, en un análisis caso

por caso, pueden llevar a concluir si en ese supuesto se deriva o no un riesgo para la salud de terceros indiscriminados.

V. La **autoorganización del consumo**, dados los objetivos que pretende y siempre que tenga lugar bajo determinadas circunstancias, contiene igualmente las notas precisas para considerarse un comportamiento no incluido en el tipo básico del artículo 368. Consideramos como **condiciones operativas** imprescindibles para que la autoorganización del consumo pueda estimarse como comportamiento no incluido en el tipo del artículo 368 del código penal las siguientes:

- a) Los integrantes del círculo de sujetos organizados han de ser mayoritariamente consumidores estables no abusivos, pudiendo también integrarse en él, con ciertas limitaciones, consumidores abusivos o adictos.
- b) La estructura asociativa más adecuada sería la de sociedad cooperativa de consumidores y usuarios.
- c) La asociación intentará asumir el mayor número posible de actividades relacionadas con el ciclo de producción y distribución de la droga. El aprovisionamiento de productos ligados a la producción, elaboración o distribución de la droga entre sus socios deberá realizarse en el mercado legal.
- d) Los trabajadores, si son socios de la cooperativa de consumidores, se limitan a realizar actividades propias de la autoorganización del consumo, sin relevancia penal. Si se trata de trabajadores por cuenta ajena no integrados en la asociación, prestan sus servicios en actividades de autoorganización del consumo que no son penalmente ilícitas.
- e) Las aportaciones sociales, así como las eventuales cuotas periódicas por consumo, han de responder estrictamente a las necesidades de funcionamiento de la sociedad para lograr sus objetivos, debiendo revertir íntegramente en ella. La sociedad cooperativa no podrá distribuir beneficio alguno entre sus socios
- f) La manipulación de la droga en el seno de la sociedad debe realizarse en estrictas condiciones de control, con la meta de que la droga no se difunda fuera del colectivo societario ni, dentro de él, al margen de los procedimientos socialmente establecidos.

- g) La sociedad debe asegurar asimismo un consumo controlado y responsable. Para ello, la droga distribuida a los socios debe tener unas
- h) cualidades que minimicen los riesgos sanitarios derivados del consumo y debe suministrarse en condiciones que prevengan los consumos abusivos.

VI. La legislación administrativa que afecta a las sustancias psicoactivas tiene como objetivo el controlar y limitar la oferta de estas sustancias en la sociedad, sin ocuparse de controlar o limitar la demanda de tales sustancias. Dado que las conductas de autoorganización del consumo se caracterizan precisamente por desvincular el consumo de drogas de la oferta ilícita, mediante la gestión por los propios consumidores del ciclo completo de producción y distribución de la droga, la legislación administrativa solo les afecta tangencialmente. Lo que lleva a concluir que tales conductas de autoorganización del consumo no son administrativamente ilícitas.

Tal es nuestra opinión, que gustosamente sometemos a cualquier otra fundada en Derecho, y que damos y firmamos en Málaga a 5 de julio de 2012.

Fdo.: José Luis Diez Ripollés

Fdo.: Juan Muñoz Sánchez