

Boletín Criminológico

Directora: Per Stangeland
Coordinadora: María José Garrido de los Santos
Publicado por la Sección de Málaga del IAIC
Edificio Institutos de Investigación, Universidad de
Málaga. Campus de Teatinos, 29071 MALAGA
Tel: (95) 213 23 25 - Fax: (95) 213 22 42
Depósito legal: MA 857/1996 ISSN:1137-2427
www.uma.es/estudios/propias/criminologia

El Comisionado para la Droga de Andalucía encomendó recientemente al Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Sección de Málaga, la elaboración de un informe jurídico acerca de la legalidad del uso terapéutico del cannabis para paliar los síntomas de ciertas enfermedades así como sobre la viabilidad legal de la creación de establecimientos donde se pueda adquirir y consumir tal sustancia. En este boletín se presenta un resumen de dicho informe que, coordinado por José Luis Díez Ripollés, Director del Instituto, ha sido elaborado por Juan Muñoz Sanchez y Susana Soto Navarro, profesor titular y profesora ayudante, respectivamente, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, y miembros del Instituto de Criminología.

Uso terapéutico del cannabis y creación de establecimientos para su adquisición y consumo: Viabilidad Legal

Autores:

Juan Muñoz Sánchez, Susana Soto Navarro

Significación jurídico-penal de las actuaciones proyectadas:

Las dos actuaciones proyectadas inciden en el ámbito del uso y consumo de drogas, materia que es objeto de regulación legal. Las posibles responsabilidades penales que pueden determinar tales iniciativas devienen de si las actuaciones caen o no dentro del delito de tráfico de drogas, previsto en el art. 368 del Código penal. El Código Penal protege la salud pública castigando las conductas que, referidas a drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, tiendan a promover su consumo por parte de los ciudadanos. El núcleo de la configuración legal del delito de tráfico de drogas radica, pues, en la promoción del consumo de tales sustancias, de modo que cualquier conducta que tienda a acercar la droga a eventuales consumidores entra de lleno en la tipicidad del art. 368 del Código penal, sin diferenciar entre actividades mercantiles o no.

Para lograr una más “eficaz” protección de la salud pública, el legislador ha recurrido a la técnica de los llamados «delitos de peligro abstracto», en virtud de la cual se anticipa la barrera de protección penal a la realización de la conducta tenida generalmente por peligrosa, no siendo necesario, por tanto, constatar un peligro efectivo del bien jurídico. Esta amplia formulación legal del tipo tiene una importante excepción en nuestro Derecho, cual es la relativa a la atipicidad de la posesión de drogas para el autoconsumo.

Ahora bien, bajo el concepto de peligro caben diferentes interpretaciones sobre cuándo se da la situación peligrosa y, especialmente, respecto a si basta con la mera realización de la conducta tenida por tal o si, por contra, es preciso. La comprobación de su peligrosidad en el caso concreto. Y es evidente que en función de una u otra caracterización de ese peligro se producirá, correlativamente, una ampliación o restricción de la tipicidad penal.

Un sector doctrinal y la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo sostienen que el entendimiento del delito de tráfico de estupefacientes como un delito de peligro abstracto en sentido puro llevaría a configurar este delito como un delito de mera actividad, de desobediencia formal a la norma, que sería contrario al principio de

culpabilidad. Es por ello que la jurisprudencia más reciente ha tratado de restringir la punibilidad del delito de tráfico de drogas mediante criterios interpretativos, afirmando que no se da el tipo cuando «no exista la posibilidad de difusión, de facilitación o de promoción del consumo entre terceras personas indiscriminadamente»(1) , pues en tales supuestos no se afecta a la salud pública. En base a esta interpretación restrictiva del tipo del art. 368- del Código penal, la jurisprudencia sostiene la atipicidad de dos supuestos:

- a. Los casos del llamado «consumo compartido», que abarca nosólo los casos de aportación dineraria de varios adictos con el fin de formar un fondo para adquirir la sustancia que han de consumir en común, sino también la entrega o invitación gratuita de droga a adictos para su consumo inmediato.
- b. Los casos de donación de drogas por personas allegadas a personas adictas, con fines de deshabitación para evitar los riesgos que la crisis de abstinencia origina, si bien este segundo criterio no está tan consolidado como el primero.

El fundamento de la impunidad en ambos supuestos es el mismo: la inexistencia del peligro general de difusión, de facilitación o de promoción del consumo entre terceras personas indiscriminadamente, no generándose, por tanto, un peligro para la salud pública.

A. Uso terapéutico del cannabis

A. Uso terapéutico del cannabis

La posibilidad legal de dispensar cannabis con fines terapéuticos la hemos fundamentado en la tesis jurisprudencial de la impunidad de la donación con fines humanitarios, segundo de los supuestos de impunidad mencionados. Ciertamente el uso terapéutico no es uno de los supuestos contemplados por la jurisprudencia, pero creemos que puede considerarse como un supuesto análogo. Las diferencias básicas vienen determinadas por los siguientes elementos. En primer lugar, los supuestos a los que alude la jurisprudencia no coinciden con la actuación proyectada de prescripción para eliminar o mitigar determinados síntomas de una enfermedad, no vinculada a la drogadicción. Por otra parte, la jurisprudencia alude a unavinculación afectiva, más o menos próxima, entre el dador y el receptor de la droga, lo que no es el caso de estudio. Por último, la doctrina jurisprudencial exige que la entrega de la droga sea a persona adicta o al menos habituada al consumo, mientras que en el caso que comentamos el destinatario de la droga no es, en principio, drogodependiente. A pesar de estas diferencias entendemos que la citada tesis jurisprudencial es de aplicación al supuesto objeto de estudio, pues las diferencias no son de entidad suficiente como para determinar otra valoración jurídico-penal. El uso terapéutico del cannabis no realizaría, por tanto, el tipo del art. 368 del Código penal si se excluye toda posibilidad de difusión de tal sustancia más allá del destinatario concreto para el que está indicada médicamente. A tal fin habrían de respetarse los requisitos que exige el Tribunal Supremo para dejar impune la donación de drogas con fines humanitarios, y que, adaptados al proyecto, serían los siguientes:

1. Que el destinatario de la sustancia sea un enfermo con síntoma para los que esté indicado médicamente la administración de cannabis.
2. Que se le suministre directamente el cannabis, evitando así la posible difusión a terceros. Que la dispensación de la droga se realice en el marco de un tratamiento curativo o paliativo, controlado por profesionales habilitados para prescribir un tratamiento de tal naturaleza.
3. Que la dispensación de la droga se realice en el marco de un tratamiento curativo o paliativo, controlado por profesionales habilitados para prescribir un tratamiento de tal naturaleza.

B. Creación de establecimientos donde se pueda adquirir y consumir cannabis

Para el análisis de esta segunda actuación hemos partido de la doctrina jurisprudencial de la impunidad del consumo compartido. Es evidente que si la adquisición y el consumo se realizan en un establecimiento creado al efecto sin más limitaciones, tal conducta supone, sin duda alguna, un delito de tráfico de drogas. Si, por el contrario, se observan las condiciones establecidas por la jurisprudencia para el consumo compartido, de forma que se evite la posibilidad de difusión indiscriminada de la droga entre el público, tal conducta podría quedar fuera del ámbito punitivo. En concreto, la iniciativa proyectada tendría que configurarse bajo las siguientes condiciones:

1. El marco donde se debe enmarcar el citado proyecto es uno de mejora del ambiente social, encaminado a reducir el daño asociado al consumo de cannabis, facilitando a los consumidores habituales de tal sustancia un lugar seguro y disminuyendo los riesgos de adulteración que conlleva el consumo callejero.
2. Ha de tratarse de un local cerrado al público, cuya entrada sólo esté permitida a consumidores habituales de cannabis. Los consumidores deben ser personas ciertas y determinadas, de modo que no se genere, en su caso, más que un peligro individual para la salud, que no alcanza el carácter público que caracteriza el bien jurídico protegido por el art. 368 del Código penal.
3. La cantidad de droga que se puede adquirir y consumir no podrá sobrepasar el límite de un consumo normal, siendo suministrada por el responsable del local y sin que se permita el tráfico entre los consumidores.
4. Ha de tratarse de un consumo inmediato, en el mismo local, para evitar que la droga llegue a terceras personas.
5. El Tribunal Supremo viene exigiendo de forma mayoritaria que no medie contraprestación alguna por la entrega de la droga, lo que se basa en que la remuneración es normalmente un indicio de promoción del consumo, de tráfico. Sin embargo, en el marco de la actuación proyectada, la exigencia de una pequeña contraprestación no tendría, en nuestra opinión, el efecto de incentivar el consumo; al contrario, se trata de exigir un esfuerzo económico en el consumidor habitual que suscite un descenso de las ocasiones en que decida consumir. No obstante, la remuneración no debe ser tan alta como para hacer de nuevo atractivos la adquisición y consumo callejeros.

Significación jurídico-administrativa de las actuaciones proyectadas

A. Uso terapéutico

Desde un punto de vista administrativo, hay que realizar una distinción entre el cannabis en sí y el hachís, por un lado, y el THC, por otro. El cannabis y su resina se incluyen en las listas I y IV de la Convención única sobre estupefacientes de 1961, ratificada por España, lo que conlleva su prohibición a todos los efectos salvo para la investigación médica o científica; en cambio, el THC, su principio activo, aparece clasificado en el Convenio de Viena sobre sustancias psicotrópicas de 1971 (también ratificado por España) en la lista I, quedando sometido igualmente a la prohibición de todo uso, “excepto el que con fines científicos y médicos muy limitados hagan personas debidamente autorizadas” (artículo 7o a).

La regulación española sobre estupefacientes y sustancias psicotrópicas se adapta al contenido y obligaciones impuestas por ambos Convenios internacionales por medio de la Ley 17/1967, de 8 de abril, y del Real Decreto 2829/ 1977, de 6 de octubre, respectivamente. Sin embargo, este Real Decreto fue modificado por Orden de 27 de febrero de 1992, que transfiere el Delta-9-tetrahidrocannabinol (THC) y sus variantes esteroquímicas de la lista I a la lista II del citado Real Decreto. Ello significa que el THC queda sujeto a unas medidas de fiscalización menos rígidas, que permiten, además de la investigación médica o científica, su dispensación en oficinas de farmacia con receta médica.

Por tanto, las dos principales vías que se perfilan en nuestra legislación administrativa son: ensayo clínico (en el marco de una investigación médica o científica), en todo caso, y prescripción médica con receta especial si es THC, sujetándose en ambos casos a determinados requisitos administrativos, que aquí no podemos detallar (4) . de la Seguridad Ciudadana tipifica como infracciones graves, en los arts. 23.h) y 25, el consumo y la tenencia de cannabis en lugares públicos, así como la tolerancia del consumo o del tráfico en tales establecimientos. El concepto de establecimiento abierto al público ha sido desarrollado jurisprudencialmente, siendo su señal identificatoria más característica la posibilidad indiscriminada de acceso al mismo por cualquier persona, en contraposición a los “clubs” o establecimientos privados en que sólo se permite el acceso a sus socios (5).

Esta doctrina jurisprudencial sirve de apoyo a una propuesta alternativa, que no vulneraría la Ley de Seguridad Ciudadana, consistente en la autorización o promoción de establecimientos no abiertos a un público indiscriminado, esto es, centros privados de fumadores de hachís o marijuana, en los que se exigiría como medida de control del acceso el tener la condición de socio y consiguientemente estar registrado.

Conclusiones

El uso terapéutico del cannabis puede configurarse de dos formas distintas según se trate del cannabis en sí (marijuana) y su resina (hachís) o de su principio activo (THC). En el primer caso, sólo cabe inscribir tal actuación en el ámbito de un proyecto científico o de investigación, en los estrictos márgenes de un ensayo clínico en los términos establecidos en la Ley del Medicamento.

En cambio, las posibilidades legales de utilización del THC con fines terapéuticos son más amplias, pues su transferencia a la lista II del Real Decreto 2824/1977 conlleva que pueda ser dispensado en oficinas de farmacia mediante prescripción con receta médica.

Respecto a la segunda propuesta objeto de este informe, queda totalmente descartada la posibilidad de establecer centros abiertos al público donde se pueda adquirir y consumir cannabis, pues el suministro de cannabis realizaría plenamente el tipo penal del delito de tráfico de drogas y el consumo de esta sustancia en un establecimiento público constituye una infracción administrativa del artículo 25 de la LO 1/ 1992. Esta iniciativa sólo tendría cabida en nuestro ordenamiento jurídico si se configura como un proyecto referido a la creación de centros no abiertos a un público indiscriminado, sino de acceso restringido a fumadores habituales de hachís o marijuana, en los que no estaría permitido el tráfico entre los consumidores ni el consumo del cannabis adquirido fuera del recinto.