

DERECHO PENAL

Asociaciones de consumidores de cannabis: regulación legal y jurisprudencia

Marta RIVERA CUMBRAOS

Abogada Fiscal Fiscalía la Provincial Lugo. Fiscal de enlace en materia de drogas Fiscalía Provincial de Lugo.

INTRODUCCIÓN.

El derecho fundamental de asociación, reconocido en el artículo 22 de la Constitución, ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación (en lo sucesivo LODA). Mediante RD 1497/2003, de 28 de noviembre, se aprobó el Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones y de sus relaciones con los restantes registros de asociaciones, derogado por Real Decreto 949/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones.

Al amparo del expresado marco normativo se han constituido numerosas asociaciones cuya finalidad u objeto declarado en los Estatutos es promover el consumo de cannabis mediante el cultivo y la distribución de esta sustancia entre sus socios. Asimismo, han proliferado iniciativas, a nivel autonómico y local, dirigidas a otorgar carta de naturaleza a asociaciones de consumidores de la referida sustancia.

La situación ha dado lugar a que voces autorizadas, entre ellas García Morago H., hayan reseñado la paradoja de “la penalización –en diversos órdenes– de la producción, distribución y consumo público de las llamadas drogas blancas, cuando por otro lado es posible poseer y consumir en la esfera privada determinadas cantidades, por ejemplo, de cannabis”, señalando asimismo que se impone que la política legislativa sobre la materia deba ser objeto de una profunda revisión.

REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Supranacional.

La Convención única de las Naciones Unidas sobre estupefacientes, de 1961, incluyó el cannabis sativa y su resina en las listas I y IV respectivamente. Posteriormente, cabe citar la Convención de Viena de 1988.

En el ámbito europeo, es instrumento básico la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico de drogas.

Normas estatales.

El legislador español, ha abordado la cuestión que nos ocupa, desde dos puntos de vista:

Reproche penal:

El artículo 368 del Código Penal dispone que: “Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triple del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá

hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370."

Sanción administrativa:

La Ley 17/1967, de 8 de abril, artículo 2, dispone que: "se consideran estupefacientes las sustancias naturales o sintéticas incluidas en las listas I y II de las anexas al Convenio Único de mil novecientos sesenta y uno de las Naciones Unidas, sobre estupefacientes y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional, con arreglo a dicho Convenio y en el ámbito nacional por el procedimiento que reglamentariamente se establezca", promulgándose, posteriormente, RD 1194/2011, de 19 de agosto.

El art. 8 de la ley prohíbe su producción: "Ninguna persona natural o jurídica podrá dedicarse al cultivo y producción indicados, ni aún con fines de experimentación, sin disponer de la pertinente autorización". El artículo 9 excepciona tan solo el cultivo de cannabis destinado a fines industriales siempre que carezca de principio activo.

Todo ello complementado por la legislación sobre medicamentos y productos sanitarios, dictada por el Estado al amparo del título competencial "legislación de productos farmacéuticos", artículo 149.1.16 CE.

El artículo 36 de la Ley 4/2015, de 30 de marzo, de seguridad ciudadana, tipifica, entre otras conductas, como infracción grave:

"16. El consumo o la tenencia ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, aunque no estuvieran destinadas al tráfico, en lugares, vías, establecimientos públicos o transportes colectivos, así como el abandono de los instrumentos u otros efectos empleados para ello en los citados lugares.

17. El traslado de personas, con cualquier tipo de vehículo, con el objeto de facilitar a éstas el acceso a drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que no constituyan delito.

18. La ejecución de actos de plantación y cultivo ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en lugares visibles al público, cuando no sean constitutivas de infracción penal.

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

Normas autonómicas.

Ley Foral Navarra 24/14, de 2 de diciembre, reguladora de los colectivos de usuarios de cannabis de Navarra.

La Sentencia del Tribunal Constitucional, de 8 de marzo de 2018, estimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno y declaró la referida Ley inconstitucional y nula, en base a al siguiente argumento: "tras el análisis expuesto, llegamos a la conclusión de que la Ley Foral 24/2014, invade la competencia exclusiva estatal en materia de legislación penal, puesto que efectivamente regula, con incidencia sobre el tipo penal definido en la legislación estatal, el consumo, abastecimiento y dispensación de cannabis, en el marco de las asociaciones de usuarios a las que se refiere".

Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 13/2017 de 6 de julio de 2017, de las asociaciones de consumidores de cannabis.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de septiembre de 2018, estimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno, con cita de la sentencia del mismo Tribunal de 8 de marzo de 2018, referida anteriormente, en base a los mismos argumentos.

Ley del Parlamento Vasco 1/2016, de 7 de abril, de atención integral de acciones y drogodependientes.

El artículo 83 establece que:

“1.- En aras al objetivo de protección de la salud y reducción de daños se regularán mediante reglamento las entidades -legalmente registradas y sin ánimo de lucro- constituidas por personas mayores de edad consumidoras de cannabis. Estas entidades incluirán entre sus objetivos asociativos la colaboración con la Administración, en el cumplimiento efectivo de la normativa vigente, así como en la prevención de las adicciones y en la promoción del consumo responsable del cannabis y otras sustancias.

2.- Únicamente podrán acceder a sus locales las personas mayores de edad. Reglamentariamente se determinarán las condiciones de admisión a personas socias y las garantías para que quienes formen parte de estas entidades cuenten con la información suficiente para hacer un uso responsable e informado del cannabis, así como las facultades de la Administración sanitaria en materia de inspección y control sobre los locales y las actividades de las entidades de personas consumidoras de cannabis”.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de marzo de 2018, desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno contra el referido artículo, “siempre que se interprete que, sin predeterminar el tipo de asociación que son las entidades de personas consumidoras de cannabis, se limita a prever que deben cumplir ciertas funciones de colaboración con la Administración sanitaria”. Es decir, razona el Tribunal que, en contraposición a la dos Leyes anteriormente estudiadas, en esta Ley ninguno de los contenidos normativos del precepto recurrido afirma explícitamente que los socios puedan abastecerse de cannabis para consumo personal a través de la entidad, ni que puedan consumir cannabis dentro de sus locales, ni siquiera que los propósitos de la entidad sean unos u otros, más allá de dicha colaboración en aras a la protección de la salud y reducción de daños que, por ello, se admite (FJ 3). Entiende, asimismo, que la norma puede “encontrar amparo” en la competencia autonómica de desarrollo legislativo en el ámbito de la sanidad interior, artículo 18.1 EAPV (FJ 2A).

En suma, pese a las apariencias, esta STC de 8 de marzo de 2018, aun desestimando el recurso interpuesto, mantiene el estado de cosas anterior.

Ordenanzas Municipales.

Por fin, en el ámbito local, se han aprobado Ordenanzas municipales con el propósito de regular el régimen de establecimiento de las asociaciones y clubs de consumidores de cannabis, sirva a título de ejemplo, la Ordenanza municipal del Ayuntamiento de San Sebastián aprobada en el Pleno celebrado el 30 de octubre de 2014 que pretende regular la ubicación de clubs sociales de cannabis y las condiciones de ejercicio de su actividad. Ello ha dado lugar a un importante número de recursos interpuestos por la Administración del Estado a resolver por las Salas de los Contencioso-Administrativo.

ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA PENAL.

STS, Pleno Sala Segunda, de 7 de septiembre de 2015, nº484/2015.

Estudia si es aplicable la doctrina del “consumo compartido” a los casos que nos ocupan. De forma sintética, cabe señalar que la doctrina sobre la atipicidad del consumo compartido, exige los siguientes requisitos (entre otras, STS 360/2015, de 10 de junio):

“Que se trate de consumidores habituales o adictos que se agrupan para consumir la sustancia...

El consumo de la misma debe llevarse a cabo en lugar cerrado...

Deberá circunscribirse el acto a un grupo reducido de adictos o drogodependientes y ser éstos identificables y determinados.

No se incluyen en estos supuestos las cantidades que rebasen la droga necesaria para el consumo inmediato. En consecuencia, sólo se aplica a cantidades reducidas, limitadas al consumo diario”.

Concluye la Sala que la doctrina referida no es aplicable al supuesto que analiza, Asociación de Estudios y Usuarios del Cáñamo EBERS. Según los Antecedentes de Hecho de la sentencia analizada, la constitución de esa asociación se llevó a cabo en cumplimiento de los requisitos de la ya citada LO 1/2002, de marzo, reguladora del Derecho de Asociación y la Ley del Parlamento Vasco 7/2007, de 22 de junio, de Asociaciones de Euskadi y, de acuerdo con los Estatutos y el Reglamento de Régimen Interno de la Asociación, puso en funcionamiento un sistema de cultivo de cannabis que le permitiera una producción con la que atender las necesidades de consumo de los socios, contratándose al efecto a un jardinero. Con posterioridad, la sustancia tóxica era preparada para el consumo, envasada y posteriormente entregada a los socios para su propio consumo conforme a la previsión de consumo semestral efectuada. En todo caso, se estableció un límite máximo de sustancia tóxica a dispensar a los socios de dos gramos por día. El precio de cada gramo dispensado era de dos euros y cada socio pagaba una cantidad de diez euros con la inscripción.

Los razonamientos en que se basa para llegar a tal conclusión y revocar la sentencia de instancia, SAP de Vizcaya de 16 de junio de 2014, son los siguientes:

“En primer lugar hay que proclamar que la actividad desarrollada por los conocidos como clubs sociales de cannabis, asociaciones, grupos organizados o similares no será constitutiva de delito cuando consista en proporcionar información; elaborar o difundir estudios; realizar propuestas; expresar de cualquier forma opiniones sobre la materia; promover tertulias o reuniones o seminarios sobre esas cuestiones.

Sí traspasa las fronteras penales la conducta concretada en organizar un sistema de cultivo, acopio, o adquisición de marihuana o cualquier otra droga tóxica o estupefaciente o sustancia psicotrópica con la finalidad de repartirla o entregarla a terceras personas, aunque a los adquirentes se les imponga el requisito de haberse incorporado previamente a una lista, a un club o a una asociación o grupo similar. También cuando la economía del ente se limite a cubrir costes... Se distancia así esa conducta tolerable penalmente de una punible producción por estar puesta al servicio del consumo de un número de personas indeterminado ab initio y abierta a incorporaciones sucesivas de manera más o menos indiscriminada y espaciada, mediante la captación de nuevos socios a los que solo se exige la manifestación de ser usuarios para hacerlos partícipes de ese reparto para un consumo no necesariamente compartido, inmediato o simultáneo...

En el supuesto ahora analizado un reducido núcleo de personas organiza, y dirige la estructura asociativa. Disponen y preparan toda la intendencia, abastecimiento, distribución, control, cultivo... y ponen tales estructuras al servicio de un grupo amplio e indiscriminado de usuarios que se limitan a obtener la sustancia previo pago de su cuota y de su coste. Eso es facilitar el consumo de terceros. Hay distribuidores -aunque sean también consumidores- frente a simples consumidores receptores. Esa forma de distribución es conducta no tolerada penalmente”.

La sentencia fue objeto de votos particulares suscritos por varios magistrados que, no obstante, no combaten la tipicidad de la conducta.

El Pleno del Tribunal Constitucional recabó para sí el recurso de amparo interpuesto contra esta sentencia que fue resuelto por STC 146/2017, de 14 de diciembre de 2017. Este amparo fue estimado por vulneración de garantías procesales, falta de audiencia personal a los acusados, el 14 de diciembre, misma fecha que resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Foral Navarra 24/2014, de 2 de diciembre. Ahora bien, dicha resolución rechaza que la sentencia recurrida haya vulnerado el principio de legalidad penal y considera correcta, en fin, la subsunción de los hechos en el artículo 368 del Código Penal.

Como consecuencia del fallo estimatorio del recurso de amparo, la cuestión fue conocida de nuevo por el Tribunal Supremo, que dictó en fecha 21 de febrero de 2018, nueva Sentencia de Pleno 91/2018, con un voto particular suscrito por dos de sus magistrados, sentencia absolutoria al apreciar la concurrencia en los acusados

de error de prohibición invencible, entre otros motivos, por la existencia de resoluciones judiciales negando relevancia a hechos similares, la constancia de asociaciones de análogas características distribuidas a lo largo de nuestra geografía, el debate político del que eran reflejo algunas iniciativas legislativas no desautorizadas en el momento de los hechos (Ley de Navarra) o alguna normativa de rango inferior.

En fin, pese al sentido del fallo que acabamos de exponer, la sentencia estudiada es de gran relevancia puesto que el Tribunal Supremo analiza pormenorizadamente la aplicación de la doctrina del consumo compartido en las asociaciones cannábicas, que rechaza (sin perjuicio de la necesaria valoración del caso concreto), argumento confirmado tanto por el Tribunal Constitucional como por la posterior sentencia del mismo Tribunal, que si bien absuelve por apreciar la concurrencia de error de prohibición, confirma en todo caso la tesis anterior.

La doctrina jurisprudencial ha evolucionado en el camino avanzado por la sentencia analizada, a título de ejemplo, entre otras las STS 182/2018 de 18 de abril, 87/2019 de 19 de febrero de 2019 y la STS 378/2020 de 8 de julio de 2020, en las que recae condena a los acusados por delito de tráfico de drogas cometido en el seno de una asociación de consumidores de cannabis, considerando los hechos típicos y excluyendo la aplicación de la doctrina del consumo compartido.

En estos casos, además, se razona y excluye la concurrencia del error de prohibición invencible. Al respecto, cabe citar la primera de las reseñadas, STS 182/2018 de 17 de abril: "La solución dada es conforme con la jurisprudencia emitida por esta Sala en las sentencias 571/2017, de 17 de julio, 788/2015, de 9 de diciembre y 484/2015, de 7 de septiembre, sobre esta cuestión en similares supuestos. Si afirmamos en la 788/2015, de 7 de septiembre, de íntegra proyección al supuesto de autos que los actuados actuasen alentados por la infundada esperanza de que su actuación podría ser tolerada o confiando en que algunos órganos judiciales pudieran acoger la tesis que propugna la irrelevancia penal de estos hechos, en una actuación nada prudente, que roza la temeridad y no se cohonestan bien con una actitud de fidelidad incondicionada y escrupulosa a la norma. Era exigible mayor cautela y un mínimo esfuerzo sincero de indagación. Porque, y esto es lo determinante, lo que resulta patente es la contradicción con la legalidad de la actividad desplegada. La conciencia de que sopesaban y se representaron como posible la antijuricidad de su actividad queda evidenciada por la forma en que se redactan los Estatutos de la Asociación".

CUESTIONES PRÁCTICAS PARA LA INVESTIGACIÓN.

Desde el punto de vista de la investigación penal pueden darse las siguientes realidades:

⇒ **Comisión de un delito de tráfico de drogas por los promotores y cargos directivos de la asociación, así como responsabilidad penal de la asociación como persona jurídica.**

La Sentencia 154/2016 del Tribunal Supremo, de fecha 29 de febrero de 2016, Sentencia de Pleno de la Sala Segunda, apreció, por primera vez, la responsabilidad personal de las personas jurídicas por delito de tráfico de drogas.

Dicha sentencia establece los requisitos para apreciar la responsabilidad de las empresas de acuerdo con el artículo 31bis del Código Penal.

- Presupuesto: La comisión de uno de los delitos integrantes del catálogo de aquellas infracciones susceptibles de generar responsabilidad penal para la persona jurídica en cuyo seno se comete, en este caso, delito contra la salud pública, y que las personas físicas autoras de dicho delito son integrantes de la persona jurídica, en esta ocasión, como administradores de hecho y derecho de la misma.

- La exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización. "Así, la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de su responsabilidad penal, ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la

actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal, como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica... La exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión de ilícito por la persona física”.

Constan un voto particular suscrito por 7 magistrados, que comparten el fallo de la resolución, pero no parte de la doctrina que recogen. La resolución no es baladí puesto que es la primera sentencia del Alto Tribunal que adopta la teoría de la auto responsabilidad de las personas jurídicas (la empresa sólo puede ser responsable de un hecho propio y no ajeno), apartándose de la teoría vicarial sostenida poco antes por la FGE en la Circular 1/2016 (la persona jurídica puede ser responsable penalmente de los delitos cometidos por sus integrantes).

⇒ **Delito de asociación ilícita para los promotores.**

El artículo 515 del Código Penal, dispone que: “Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: 1º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión”.

Procede investigar si de la actividad real de la asociación o del contenido de sus Estatutos se desprende una conducta delictiva, la simple defensa de la legalización de las drogas o de la necesaria información sobre sus propiedades y efectos no constituye delito. La determinación de la legalidad o ilegalidad de una asociación cannábica no surge sólo en el momento de la inscripción, pudiendo determinarse a posteriori la actividad de distribución de drogas.

⇒ **Organización o grupo criminal, artículos 369 bis y/o 570 bis o 570 ter.**

La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2013, sobre algunas cuestiones relativas al consumo de cannabis, señala: “detrás de la apariencia jurídica de algunas asociaciones se pueden ocultar auténticas organizaciones o grupos dedicados a la distribución de drogas, utilizando la cuota social como contraprestación de la sustancia que se recibe de la asociación o realizando cualquier otra conducta de similar entidad... Cuando se acredite que dicho revestimiento jurídico es utilizado para disimular la efectiva realización de delitos de tráfico de drogas será de aplicación la tipicidad de organización o grupo criminal, definidas en los artículos 570 bis y ter CP, a cuyo tenor, la agrupación formada por dos o más personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, ha de ser considerado como organización criminal (artículo 570 bis CP) o grupo criminal en el caso de que dicha agrupación no reúna alguna de las características de la organización criminal (artículo 570 ter CP).

BIBLIOGRAFÍA:

- › Fernández Le Gal, Annaick, *Las asociaciones de consumidores de cannabis: pronunciamientos recientes de la justicia constitucional y ordinaria*. Diario La Ley, 18 de mayo de 2018.
- › García Morago, Héctor. *Apuntes sobre la regulación autonómica y local de las asociaciones de consumidores de cannabis*, Revista de Urbanismo El Derecho, 18 de junio de 2020.
- › Noreña Salto, José Ramón. *Tráfico de drogas: aspectos sustantivos y procesales. Tráfico de drogas cometido por organismos y grupos criminales. Análisis de los artículos 570 bis y ter y su relación concursal con los tipos de tráfico de drogas. Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Centro de Estudios Jurídicos, 2014.
- › Circular FGE 2/2013, sobre algunas cuestiones relativas al consumo de cannabis.