

Inseguridad jurídica sobre los clubs de cannabis en España

Gabriel Fernández Villegas

Abogado. Ilustre Colegio de Abogados de Almería

EXTRACTO

La regulación sobre el uso del cannabis y los clubs o asociaciones de cannabis en España viene definida además de por los tratados internacionales suscritos y ratificados, la normativa comunitaria de la Unión Europea y la normativa estatal, por el desarrollo legislativo en algunas cuestiones relacionadas con esta materia realizado por las comunidades autónomas dentro de sus competencias. Esta realidad jurídica conlleva una importante confusión normativa, que genera cada vez más inseguridad jurídica sobre el uso del cannabis y sus derivados dentro de la legalidad, acrecentada por distintas resoluciones judiciales, que también podrían considerarse contradictorias entre sí.

SUMARIO

1. Introducción
2. Regulación en el Código Penal. Los delitos
3. Regulación administrativa
4. Límites entre sanción administrativa y delito penal
5. Doctrina del consumo compartido
6. Regulación autonómica de los clubs de cannabis
7. La Sentencia núm. 91/2018 emitida por el Tribunal Supremo
8. Conclusiones

Referencias bibliográficas

1. INTRODUCCIÓN

Los llamados «clubs de cannabis» o «asociaciones de cáñamo» son entidades privadas constituidas con la finalidad de que consumidores habituales de estas sustancias, principalmente hachís y marihuana, puedan adquirirlas y consumirlas en sus locales –no abiertos al público en general–, previo pago de su cuota y de su coste, en cantidades que no excedan de las dosis individuales «normales» y sin que pueda realizarse tráfico de estas sustancias ni entre el club y sus socios ni de estos entre sí. Estos clubs también admiten como socios a personas con enfermedades en que el consumo de cannabis está prescrito con fines terapéuticos o paliativos.

Las tarea de establecer una línea que realmente determine la ilegalidad o legalidad de las asociaciones de consumo de cannabis encuentra importantes dificultades debido a la regulación administrativa paralela a la penal existente en el ordenamiento jurídico español sobre posesión y consumo de sustancias relacionadas con el cannabis, así como por la propia normativa relativa al desarrollo del derecho de asociación, ejercida como potestad por algunas comunidades autónomas. No obstante, lo que realmente subyace en torno a este aparato normativo respecto al cannabis es más una cuestión social o de carácter político¹, sobre la posible legalización o no del consumo de este tipo de sustancia, también calificada como «droga blanda».

Existe también la tendencia legislativa comunitaria, que trata de «amparar» o no «perseguir» el autoconsumo en detrimento de cualquier acción que suponga la promoción del consumo de estas sustancias, de manera que a través de la Decisión Marco 2004/757/JAI, la legislación española debe seguir esta línea².

¹ Sentencia 484/2015 de Pleno del Tribunal Supremo (véase epígrafe 6).

² Decisión Marco 2004/757/JAI, del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas (art. 2): «1. Cada uno de los Estados miembros adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las siguientes conductas intencionales cuando se cometan contrariamente a derecho: la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, la expedición, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de drogas; el cultivo de la adormidera, del arbusto de coca o de la planta de cannabis; la posesión o la adquisición de cualquier droga con el objeto de efectuar alguna de las actividades enumeradas en la letra a); la fabricación, el transporte o la distribución de precursores, a sabiendas de que van a utilizarse en la producción o la fabricación ilícitas de drogas o para dichos fines. 2. Las conductas expuestas en el apartado 1 no se incluirán en el ámbito de aplicación de la presente Decisión marco si sus autores han actuado exclusivamente con fines de consumo personal tal como lo define la legislación nacional».

No obstante, desde un punto de vista mucho más amplio y desde una perspectiva global, existe una tendencia hacia la legalización de algunos tipos de drogas entre las que se encontraría el cannabis o la marihuana, basada principalmente en la posibilidad de controlar su tráfico por los Estados y teniendo como base la protección de la salud pública, precisamente el bien jurídico protegido por el artículo 368 del Código Penal³.

2. REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL. LOS DELITOS

Dispone el artículo 368 del Código Penal 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 triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.

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

Se trata del precepto por el cual son susceptibles de insertarse en el mismo las llamadas asociaciones o clubs de fumadores de cannabis, de forma que estas instituciones podrían desarrollar una actividad punible, o no, dependiendo de la interpretación del mismo. Esta situación ha generado diversas resoluciones judiciales, tanto de las audiencias provinciales, como incluso del Tribunal Supremo, que pueden resultar contradictorias, ya que entran en juego diversas variables que pueden hacer que determinadas situaciones, aparentemente iguales o similares, tengan soluciones distintas a efectos de su integración o no dentro del tipo penal mencionado.

Existe el consenso de que el bien jurídico protegido del artículo 368 del CP es la salud pública de la colectividad, entendida como la integración en el mismo de la salud de cada uno de los miembros que la integran de forma individual. El ataque al bien jurídico protegido no tiene por qué ser efectivo, si no que puede ser potencial. Es por tanto un delito de mera actividad, que puede admitir

³ Uruguay. Ley n.º 19.172 Marihuana y sus derivados. Control y regulación del Estado de la importación, producción, adquisición, Almacenamiento, Comercialización y Distribución. Publicada D.O. de 7 de enero de 2014, n.º 28078.

Recientemente Canadá también ha aprobado el uso recreativo de la marihuana, en vigor desde octubre de este año.

una ejecución continuada sin tener que establecerse un delito por cada acción que pudiese poner en peligro el bien jurídico protegido, es decir, no necesariamente estaremos ante una pluralidad de delitos con una pluralidad de reproches penales.

Es un delito de peligro abstracto. Los elementos que determinan la existencia de peligro son dos: por un lado, la posibilidad o probabilidad de la producción de un resultado futuro, y por otro, el carácter dañoso o lesivo de dicho resultado de materializarse para los bienes jurídicos protegidos. En este sentido estaría clara la tipicidad inherente a este tipo de asociaciones, por cuanto de alguna forma promueven, favorecen o facilitan el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las poseen con aquellos fines.

Por otro lado, siendo un delito de peligro, se prevé la tentativa, en los términos expuestos por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 25 de noviembre de 2003: «En todo caso, la tentativa de un delito de peligro es dogmáticamente posible, dado que como suele decir la teoría la tentativa es un caso de "error al revés" y nada impide que el autor tenga un error sobre la creación de un peligro que, finalmente, no se produce por razones ajenas a su voluntad».

La punibilidad del delito se asienta en el eventual peligro que nace de las conductas descritas en la figura penal «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», situándose la acción delictiva en cualquiera de las conductas a que hace referencia el tipo penal. Respecto al tipo, en relación con el cultivo, no es preciso que se utilicen técnicas especiales o que se lleven a cabo a gran escala o con fines industriales. En relación con el tráfico, tanto la venta como la donación estarían dentro de dicho concepto.

El cambio, promoción, favorecimiento, facilitación del consumo ilegal de drogas requieren:

- a) Como elemento objetivo, la realización de algún acto de producción, venta, permuta o cualquier forma de tráfico, transporte, tenencia con destino al tráfico o acto de fomento, propaganda o formulación de ofertas de dichas sustancias.
- b) Como objeto material, alguna sustancia de las recogidas en las listas de los convenios internacionales suscritos por España e incorporados al ordenamiento interno.
- c) Como elemento subjetivo, el destino al tráfico ilícito (STS, Sala 2.^a, de 30 de abril de 2007, 1404/2006).

Es suficiente el dolo eventual para la apreciación del tipo: basta con que el autor conozca que el objeto de la acción es una sustancia ilegal, ejecutando su parte del plan bien porque acepta que así sea, bien porque le resulta indiferente. Por ello, en casos de transporte, el desconocimiento de la sustancia realmente transportada, consecuencia de la indiferencia del autor, no excluye el

dolo cuando nada hizo por conocer la sustancia transportada: en estos casos, el autor a lo sumo tiene una duda, pero no obra por error o ignorancia (STS, Sala 2.^a, de 11 de noviembre de 2004, 354/2004)⁴.

3. REGULACIÓN ADMINISTRATIVA

La Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, sobre protección de la seguridad ciudadana, establece como infracciones graves (art. 36):

«[...]

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 estas el acceso a drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que no constituya 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 constitutivos 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.

[...]».

A estas infracciones va aparejada obviamente una sanción. Entiendo que esto inyecta al panorama legislativo en esta materia una mayor confusión, por cuanto la reforma habida con respecto a la Ley del 92 sobre seguridad ciudadana viene a concretar o a delimitar una situación como sancionable de forma que acota unos hechos (supuesto de hecho) con base en su potencial infracción. La reforma producida en la Ley del 2015 sobre seguridad ciudadana determina un requisito a efectos del «tipo» para que se aprecie infracción administrativa, en relación con el consumo o tenencia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, refiriéndose a los lugares públicos. Cuando establece «el consumo o la tenencia ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas,

⁴ Código Penal comentado (pág. 1.138).

aunque no estuvieran destinadas al tráfico, en lugares, vías, establecimientos públicos o transportes colectivos» o cuando determina «la ejecución de actos de plantación y cultivo ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en lugares visibles al público, cuando no sean constitutivos de infracción penal». Esta nueva configuración entiendo limita el uso del cannabis en todos los aspectos a lugares o sitios de carácter privado y fuera del alcance o que sean visibles al público.

4. LÍMITES ENTRE SANCIÓN ADMINISTRATIVA Y DELITO PENAL

La doctrina jurisprudencial es reiterada. La diferencia entre delito y sanción está en la cantidad de droga que se le sorprende a la persona (STS de 16 de octubre de 2003). Para discernir entre las cantidades «límite», se utiliza a nivel jurisprudencial la Tabla del Instituto Nacional de Toxicología de 18 de octubre de 2001 (Acuerdo no jurisdiccional de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2005). El cuadro representa la cantidad límite permitida a efectos de considerarse delito o no, es decir, por encima de estas cantidades se considera delito.

Sustancia	Dosis de abuso habitual (media entre paréntesis)	Frecuencia de uso diario	Previsión (3 a 5 días de consumo)
Heroína	50-150 mg (100 mg)	3-4 papelines (600 mg)	3 g máximo
Cocaina	100-260 mg (2-4 rayas)	6 papelines máx. (1,5 grs)	7,5 g máximo
Marihuana	1,5 a 2 g		
Hachís	0,3 a 0,5 g	5 g	25 g máximo
LSD	0,019-0,032 mg (0,132 mg)	2 dosis (0,6 mg)	3 mg máximo
Sulfato de anfetamina	30-40 mg	180 mg máximo	500 mg máximo
D-Metaanfetamina	2,5-15 mg	4 dosis (60 mg)	300 mg máximo
MDA, MDMA, MDEA	20-150 mg (80 mg)	480 mg	1.440 mg máximo
Trankimazin	1 mg	15 mg	75 mg
Rohipnol	1-2 mg	10 mg	50 mg máximo
Tranxilium	25 mg	150 mg	750 mg

No obstante, la jurisprudencia también ha ido matizando estos límites dependiendo del caso concreto y de los factores que entran en juego, bajo el principio de contracción del derecho penal, así como la determinación real de la sustancia psicotrópica, es decir, aplicando los límites a la pureza real de la droga, aceptando también a la hora de delimitar cada supuesto concreto un margen de error del 5% (Sentencia 413/2007, de 9 de mayo).

En cuanto a la producción de cannabis y su autorización, esta debe venir obligatoriamente de acuerdo a Ley 17/1967, de 8 de abril, por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes y adaptándolas a lo establecido en el convenio de 1961 de las Naciones Unidas. Dispone la misma en su artículo primero que «corresponde al Estado español el derecho de intervenir, dentro de su territorio, el cultivo y producción, la fabricación y extracción, el almacenamiento, transporte y distribución, la importación, la exportación y el tránsito de primeras materias y de productos estupefacientes, así como su prescripción, posesión, uso y consumo. Asimismo corresponde al Estado español el derecho de prevenir, de perseguir y de sancionar los hechos que constituyen infracción o delito, previstos en el presente régimen legal». Por lo que cierra la puerta, tanto en materia de salud pública, como en relación con el control sobre la producción de estupefacientes, al Estado.

5. DOCTRINA DEL CONSUMO COMPARTIDO

La jurisprudencia ha ido matizando determinadas conductas a efectos de establecer una serie de requisitos en los que la compra, posesión o distribución de la droga se puede considerar atípica en relación con el artículo 368 del Código Penal. Se trata de la doctrina del consumo compartido, en la que subyace la idea del autoconsumo. La atipicidad se fundamenta en la ausencia de peligro para el bien jurídico protegido (la salud pública), ya que al destinarse la droga al consumo de un determinado grupo de personas perfectamente delimitado no se incurre en actos de difusión o favorecimiento a terceros ajenos. El Tribunal Supremo habla de «consumo compartido como modalidad del autoconsumo no punible» (STS 1194/2003, de 18 de septiembre; STS 1312/2005, de 13 de noviembre, o STS 1441/2000, de 22 de septiembre)⁵.

La [Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, núm. 484/2015](#), de fecha 7 de septiembre de 2015 (rec. 1765/2014, ponente: señor Del Moral García), estima el recurso del ministerio fiscal y condena a cinco personas relacionadas con una «Asociación de Estudios y Usuarios del Cáñamo», como autores de un delito establecido en el artículo 368 del Código Penal, por el cultivo ilegal de drogas tóxicas. En esta sentencia el Tribunal Supremo vuelve a incidir en los requisitos que deben regir para no considerarse delito, pero señala que no se pueden determinar desde una perspec-

⁵ https://www.elderecho.com/tribuna/penal/Consumo-compartido-drogas_11_856555003.html Visita de esta página: 10 de agosto de 2018.

tiva rígida, sino que hay que considerar cada caso de forma independiente. Los requisitos establecidos jurisprudencialmente para delimitar la atipicidad en estas conductas son:

- Que se trate de consumidores habituales o adictos que se agrupan para consumir la sustancia.
- Que el consumo de la misma se lleve a cabo en un lugar cerrado.
- Que se trate de un grupo reducido, siendo identificables y determinados.
- Que las cantidades no rebasen la droga necesaria para el consumo inmediato.

No obstante, en esta misma sentencia el Tribunal Supremo apunta que «tal actividad colma las exigencias típicas del artículo 368 del CP cuando se trata de distribución organizada, institucionalizada, preconcebida y diseñada para ponerse al servicio de un grupo numeroso de socios, con vocación de persistencia en el tiempo y abierta a nuevas y sucesivas incorporaciones»⁶. Por lo que nos encontramos que se trataría de un problema de tamaño, ya que también sostiene que «el cultivo compartido de cannabis destinado al consumo exclusivo y excluyente de quienes promueven esa producción a escala reducida, aún siendo actividad no legal, puede carecer de relevancia penal en determinadas condiciones». Esta situación, por tanto, dejaría en manos del órgano juzgador el estudio de cada caso concreto a efectos de establecer la tipicidad o atipicidad de cada asociación o club de cannabis.

6. REGULACIÓN AUTONÓMICA DE LOS CLUBS DE CANNABIS

La [Sentencia 484/2015 de Pleno del Tribunal Supremo](#), aunque con tres votos particulares, determina que, si bien existe una tendencia política o institucional de carácter internacional en cuanto a adoptar posicionamientos distintos a la prohibición y camino de una mayor tolerancia con respecto a «drogas blandas», no hay que olvidar que la función del tribunal es la de aplicación de la ley, en su sentido literal y exacto, de forma que el «órgano judicial, sin perder la conciencia de esa versatilidad y relativa elasticidad de la interpretación, ha de indagar cuál es el sentido de la ley para ajustarse al criterio legislativo rectamente identificado, que, en el caso que nos ocupa, sería la determinación de qué actuaciones estarían dentro de la tipicidad establecida en el artículo 368 del Código Penal, donde el bien jurídico protegido es la salud pública».

La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2013 intenta establecer su línea de actuación con base en las consideraciones que la jurisprudencia del Tribunal Supremo establecerá, y este, en su Sentencia de Pleno 484/2015, determina que deberán ser los órganos políticos los que legislen

⁶ Por todas, STS 596/2015, de 5 de octubre; STS 788/2015, de 9 de diciembre; STS 563/2016, de 27 de junio; STS 571/2016, de 29 de junio, y STS 571/2017, de 17 de julio.

sobre esta materia: «Nos encontramos por tanto en una zona de "alegalidad" donde existen cuestiones no solamente de carácter jurídico, sino también interpretaciones y posicionamientos políticos o de carácter social», que el Tribunal Supremo pone de manifiesto en la mencionada Sentencia estableciendo que «ese debate no encuentra su escenario más adecuado de desarrollo en los tribunales de justicia, llamados a aplicar la legislación vigente».

Este panorama, en donde el componente político y social está bastante definido, es lo que ha llevado a distintas comunidades autónomas a intentar regular «el consumo de cannabis» a través del derecho de asociación y las potestades en cuanto a su desarrollo que ofrece la Constitución del 78. Tres han sido las autonomías que han promulgado leyes que han intentado regular o establecer los parámetros necesarios para crear un marco jurídico donde amparar los clubs de cannabis.

- Ley Foral Navarra 24/2014, de 2 de diciembre, reguladora de los colectivos de usuarios de cannabis de Navarra. Tal norma (arts. 22 y 23) proporcionaba cobertura legal a la distribución de cannabis entre los agrupados en una asociación. Ha sido declarada inconstitucional, con base en la Sentencia del TC emitida en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1534-2015, promovido por el presidente del Gobierno contra la totalidad de la Ley Foral 24/2014, de 2 de diciembre, reguladora de los colectivos de usuarios de cannabis en Navarra, básicamente en relación a que el precepto vulnera competencias exclusivas del Estado y trata de dar amparo legal a actividades tipificadas en el Código Penal.
- Ley del País Vasco 1/2016, de 7 de abril, de atención integral de adicciones y drogodependencias. Dicha norma (art. 83) pretende dar soporte legal a esas asociaciones para el consumo colectivo y responsable de las personas asociadas. Esta disposición ha sido declarada constitucional, y en la actualidad se encuentra en vigor, por cuanto, si bien hubo un recurso de inconstitucionalidad planteado por el presidente del Gobierno, se declaró que este precepto no es inconstitucional por Sentencia del TC 29/2018, de 8 de marzo, tal y como se expone en su fundamento jurídico 3:

«En el supuesto enjuiciado es indudable que ninguno de los contenidos normativos del precepto recurrido afirma explícitamente que los socios puedan abastecerse de cannabis para su consumo personal a través de la entidad, ni que puedan consumir cannabis dentro de sus locales, ni siquiera, en fin, que los propósitos de la entidad, más allá de la colaboración con la Administración en aras de la protección de la salud y a la reducción de daños, hayan de ser unos u otros (lúdicos, terapéuticos, informativos, de estudio, debate o cualquier otro). Esta circunstancia, que es una diferencia con la Ley Foral 24/2014 sobre la que se ha pronunciado la STC 144/2017, permite el entendimiento en virtud del cual el precepto impugnado no predetermina el tipo de asociación que son las entidades de personas consumidoras de cannabis que regula, limitándose a prever que estas entidades deben cumplir ciertas funciones de colaboración con

la Administración sanitaria en aras de los objetivos de protección de la salud y reducción de daños. Esta interpretación se llevará al fallo.

Así entendida la norma vasca, su encuadre competencial resulta completamente ajeno a la legislación penal, pero también a la legislación en materia de medicamentos y de seguridad pública, debiendo reconducirse exclusivamente a la materia protección de la salud, ámbito en el que, como se razonó en el fundamento jurídico 2 de esta resolución, juega tanto la competencia estatal sobre las bases de la sanidad interior (art. 149.1.16 de la CE) como la competencia autonómica de desarrollo de dichas bases asumida por la comunidad autónoma del País Vasco en el artículo 18.1 del EAPV».

Y esto, aun determinando tal artículo 83, dedicado a las entidades de personas consumidoras de cannabis, 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» (se establece por tanto la posibilidad de que dentro de los fines este la promoción). Y «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».

- Cataluña. Ley 13/2017, de 6 de julio, de las asociaciones de consumidores de cannabis, aprobada por el Parlamento de Cataluña, y publicada en el BOE de 7 de agosto de 2107; declarada inconstitucional por [Sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional 100/2018, de 19 de septiembre](#), con base, igual que en la argumentación jurídica establecida sobre la inconstitucionalidad de la Ley Foral de Navarra, en que se intenta regular una materia cuya potestad legislativa corresponde única y exclusivamente al Estado, según lo establecido en el artículo 149.1.6 de la Constitución, invadiendo por tanto la comunidad autónoma de Cataluña competencias en materia de carácter penal, ya que, a través de esta norma, se pretende establecer un régimen jurídico dirigido a «articular el consumo y cultivo compartido de cannabis» o «el consumo, abastecimiento y dispensación» de esta sustancia «cuya disciplina normativa se reserva el Estado»⁷.

⁷ STC de 19 de septiembre de 2018.

La referida [STC emitida en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1534-2015](#), promovido por el presidente del Gobierno contra la totalidad de la ley Foral 24/2014, de 2 de diciembre, reguladora de los colectivos de usuarios de cannabis en Navarra, y cuyo recurso es la base para la solicitud de la declaración de inconstitucionalidad de la ley catalana, establece que «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», entre otros fundamentos jurídicos basados en un conflicto de competencias y resolviéndolos a favor del Estado, en relación con el artículo 149.1.6, 16 y 29 de la Constitución.

7. LA SENTENCIA NÚM. 91/2018 EMITIDA POR EL TRIBUNAL SUPREMO

La [STS 91/2018, de 21 de febrero de 2018](#), absuelve a los cinco condenados por el propio Tribunal Supremo en la Sentencia de la Sala Penal, núm. 484/2015, de fecha 7 de septiembre de 2015 (rec. 1765/2014); a raíz de un recurso de amparo por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, es decir, por motivos eminentemente procesales, el Tribunal Constitucional ordenó al Tribunal Supremo dictar una nueva sentencia respetuosa con dichos derechos. Esta nueva resolución habla de la existencia de un error de prohibición en relación con los acusados, error que resulta invencible, debido a que «el error de los acusados pudo venir, según recoge la sentencia, de la propia doctrina del Supremo sobre el consumo compartido, en relación con la situación que existe en España sobre este tipo de asociaciones, que viene a determinar la justificación de ese error invencible, debido a toda una serie de circunstancias, como el apoyo de algunas resoluciones judiciales que negaban relevancia penal a hechos similares; la constancia de asociaciones de análogas características distribuidas por diversas zonas de nuestra geografía; el debate, también político, del que eran reflejo algunas iniciativas legislativas (ley de Navarra) no desautorizadas en el momento en que se desarrollaron los hechos enjuiciados, o alguna normativa de rango inferior». No obstante, y de ahí mi percepción sobre el asunto, es que insiste en que «una actividad de esas dimensiones, al servicio de un grupo amplio e indiscriminado de usuarios, excede los supuestos de cultivo y consumo compartido no punible penalmente», de forma que hay supuestos de cultivo y consumo no punible penalmente, pero sí administrativamente, a excepción de la doctrina del consumo compartido con los requisitos exigidos al respecto, por lo que mantiene una posición quizás más determinante en cuanto a la ilegalidad de este tipo de asociaciones cuando excedan de la línea marcada por un autoconsumo sin publicidad, sin promoción del cannabis, y teniendo en cuenta que la producción de la planta se podría considerar siempre contraria a las normas administrativas. La base, por tanto, de la atipicidad está marcada principalmente por la idea de la no promoción del uso de esta sustancia, ya que sí se estaría en caso contrario dentro del tipo del artículo 368 del CP, por cuanto conllevaría la posibilidad de lesionar el bien jurídico protegido, la salud pública (no desde un punto de vista individual como el autoconsumo), de forma que habría que tener especial cuidado con el número de socios, la cantidad de sustancia a suministrar a los mismos dentro de los límites establecidos para el consumo diario y la producción y transporte, de forma que la misma no supere los límites establecidos a efectos del

consumo diario, por cuanto, en caso contrario, podría insertarse dentro del tipo penal mencionado. Lo que sí deja claro es que «el cultivo y distribución organizada, institucionalizada y con vocación de persistencia en el tiempo de cannabis entre un colectivo integrado por 290 personas componentes de una asociación y abierto a nuevas incorporaciones colma las exigencias típicas del delito previsto en el artículo 368 del Código Penal, que condena el cultivo de drogas y el favorecimiento de su consumo», por lo que entre la atipicidad y lo establecido en la sentencia existe un importante abanico de posibilidades, que lo único que genera es una importante inseguridad jurídica.

8. CONCLUSIONES

1. El autoconsumo carece de tipicidad penal, atendiendo al bien jurídico protegido por el delito de tráfico de drogas del artículo 368 del Código Penal, la salud colectiva, de la sociedad en su conjunto y no tanto la salud particular del individuo.
2. El consumo compartido o la producción compartida se asemejan en su configuración jurídica a la idea de autoconsumo, lo que a priori exime a estas conductas de tipicidad. Bajo este concepto se agrupan los clubs o asociaciones para el uso de cannabis principalmente.
3. La posesión de drogas para el autoconsumo es una acción atípica penalmente, lo que debe conectarse con la cantidad poseída entre otros factores determinantes. Solo la posesión para el tráfico puede considerarse acción típica. El Acuerdo no jurisdiccional de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2005 ratifica el criterio del Instituto Nacional de Toxicología relativo a las dosis mínimas psicoactivas, y en la práctica determina que por debajo del mínimo de principio activo la sustancia de la que se trate no será considerada objeto de la acción típica, por falta de antijuridicidad material. La acreditación de que la tenencia está orientada al tráfico descansa en los acuerdos del Tribunal Supremo acerca de la cantidad media de cada sustancia que un consumidor habitual suele utilizar, por lo que cuando se trata de cantidades pequeñas será el sujeto imputado quien debe probar que la tenencia estaba orientada al consumo en grupo o consumo compartido, lo cual es una cuestión de hecho. Para que el consumo compartido (el TS determina el concepto dentro de la idea de compra compartida o bolsa común) sea atípico tiene que cumplir una serie de requisitos:
 - Que se trate de consumidores habituales o adictos que se agrupan para consumir la sustancia.
 - Que el consumo de la misma se lleve a cabo en un lugar cerrado.
 - Que se trate de un grupo reducido, siendo identificables y determinados.
 - Que las cantidades no rebasen la droga necesaria para el consumo inmediato.

Estos requisitos son los que determinan la tipicidad de las conductas de los administradores de las asociaciones de cannabis en numerosas ocasiones, ya que, bien por el número de socios, bien por la cantidad que hay que suministrar a los mismos, o por la producción no autorizada en estas dimensiones, se determinaría la inclusión de las acciones dentro de la conducta típica del 368 del Código Penal español.

4. Existe un importante debate social y político sobre el uso del cannabis y sus derivados, debate que se está materializando a nivel global, y que ha conllevado al intento o puesta en práctica por algunos países de la legalización del uso recreativo, o del uso medicinal de la marihuana⁸. Este debate social y su concepción sobre el uso del cannabis es lo que ha llevado a determinadas comunidades autónomas a intentar regular el consumo compartido de cannabis o marihuana mediante el ejercicio de su potestad normativa en relación con el derecho de asociación, regulando los clubs o asociaciones de cannabis. No obstante, cada uno de estos intentos ha sido recurrido bajo el amparo de un conflicto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas: Ley Foral Navarra 24/2014, de 2 de diciembre, reguladora de los colectivos de usuarios de cannabis de Navarra, declarada inconstitucional; Ley del País Vasco 1/2016, de 7 de abril, de Atención Integral de Adicciones y Drogodependencias (art. 83), declarada constitucional; y la Ley 13/2017, de 6 de julio, de las asociaciones de consumidores de cannabis promulgada en la comunidad autónoma de Cataluña, declarada inconstitucional por el Pleno del Tribunal Constitucional de forma unánime, al entender que la misma invade competencias que corresponden al Estado relacionadas con materias de carácter penal según el artículo 149.1.6 de la Constitución.

⁸ Informe de la Comisión Global de Políticas de Drogas remitido a la ONU en 2011, que marcó un punto de inflexión en la percepción de que las medidas represivas eran las más adecuadas para luchar contra el problema. Elaborado por intelectuales de la talla de Javier Solana, Kofi Annan, Mario Vargas Llosa, Carlos Fuentes o George Shultz, el informe alentaba a todos los gobiernos a experimentar «con modelos de regulación legal de las drogas (en especial el cannabis) para salvaguardar la salud y la seguridad de los ciudadanos».

Documentación consultada

Constitución española de 1978.

Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley 17/1967, de 8 de abril, por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes y adaptándolas a lo establecido en el convenio de 1961 de las Naciones Unidas.

Ley 1/2016, de 7 de abril, de Atención Integral de Adicciones y Drogodependencias. País Vasco.

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

Ley Foral 24/2014, de 2 de diciembre, reguladora de los colectivos de usuarios de cannabis en Navarra.

Decisión Marco 2004/757/JAI Unión Europea.

Sentencia 144/2017, de 14 de diciembre, de Pleno del Tribunal Constitucional.

Sentencia 1441/2000, de 22 de septiembre, del Tribunal Supremo.

Sentencia 1194/2003, de 18 de septiembre, del Tribunal Supremo.

Sentencia de 16 de octubre de 2003 del Tribunal Supremo.

Sentencia de 25 de noviembre de 2003 del Tribunal Supremo.

Sentencia 1312/2005, de 13 de noviembre, del Tribunal Supremo.

Sentencia 413/2007, de 9 de mayo, del Tribunal Supremo.

Sentencia 484/2015 de Pleno del Tribunal Supremo

Sentencia 596/2015, de 5 de octubre, del Tribunal Supremo.

Sentencia 788/2015, de 9 de diciembre, del Tribunal Supremo.

Sentencia 563/2016, de 27 de junio, del Tribunal Supremo.

Sentencia 571/2016, de 29 de junio, del Tribunal Supremo.

Sentencia 571/2017, de 17 de julio, del Tribunal Supremo.

Sentencia 91/2018, de 21 de febrero, del Tribunal Supremo.

Tabla del Instituto Nacional de Toxicología de 18 de octubre de 2001 (Acuerdo no jurisdiccional de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2005).

Informe de la Comisión Global de Políticas de Drogas remitido a la ONU en 2011.

Uruguay. Ley n.º 19.172 Marihuana y sus derivados. Control y regulación del Estado de la importación, producción, adquisición, Almacenamiento, Comercialización y Distribución. Publicada. D.O. de 7 de enero de 2014, n.º 28.078.