

STS 2490/2021 (Sala de lo Penal Sección 1.ª), de 17 de junio

CASO ASSOCIACIÓ CANNÁBICA D'AUTOCONSUM MAZAR CLUB

1. RESUMEN DE LOS HECHOS PROBADOS

El 19 de julio de 2013, se presentó ante la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya el Acta Fundacional y los Estatutos de la Associació Cannábica d'Autoconsum Mazar Club con el propósito de documentar públicamente la constitución y los órganos de gobierno de esta asociación. Los acusados asumían los cargos de presidente, secretaria y tesorero. Dado que había vencido el plazo previsto para que el Ministerio Fiscal presentara su concepto, la constitución de dicha sociedad fue inscrita el 13 de enero de 2014 en el Registre d'Associacions de la Generalitat de Catalunya.

De acuerdo con los Estatutos, la Asociación tenía como objeto el desarrollo de actividades culturales como «la investigación y desarrollo de las propiedades de variedades vegetales», «el desarrollo de programas de ayuda social, de asistencia sanitaria y solidaridad» y la «promoción de actividades cívicas y culturales mediante acciones jurídicas e iniciativas legislativas populares, el debate social sobre la necesidad de una nueva y urgente regulación legal del consumo, cultivo y comercio de las plantas con propiedades terapéuticas». Para desarrollar dichos objetivos, se crearon espacios privados para los socios, mayores de 21 años y consumidores habituales de la planta *Cannabis sativa* y sus derivados, en los que se cultivaba la planta para ser distribuida entre los miembros del club.

Al menos desde la fecha de la inscripción de los documentos, en el local de la entidad se vendía de manera indiscriminada marihuana y hachís a los consumidores que acudían allí a proveerse y la asociación solo servía para ocultar el tráfico de la droga y expedía carnés acreditativos. Cada persona podía adquirir hasta 60 gramos mensuales de cualquiera de las sustancias y debía abonar la cantidad proporcional de dinero a la sustancia adquirida. Así, se abastecían al menos 198 «asociados» sin que la asociación o las cuatro personas naturales acusadas contaran con autorización para la producción y distribución de marihuana o cualquiera de sus derivados. Es más, ni siquiera habían solicitado la licencia a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios.

2. REFERENCIA AL PROCESO

La sentencia que se comenta fue proferida dado que el Ministerio Fiscal interpuso el recurso de casación por infracción de ley e infracción del precepto constitucional en

contra de la sentencia dictada el 7 de marzo de 2019 por la Audiencia Provincial de Barcelona que falló absolviendo a los acusados como autores criminalmente responsables de un delito contra la salud pública referido a sustancias que no causan grave daño a la salud, tipificado en el artículo 368 del Código Penal español, y un delito de asociación ilícita, por existir un error de prohibición invencible. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto.

3. EL ERROR DE PROHIBICIÓN EN LOS CASOS DE CONSUMO DE CANNABIS

De acuerdo con la jurisprudencia de Sala de lo Penal, la constitución de asociaciones de consumidores de cannabis o clubs para vender, regalar o de cualquier otra forma traficar derivados de la planta *Cannabis sativa* constituye un delito, si se hace con terceros que simplemente se registran como socios. La excepción está dada por la doctrina del consumo compartido, que se deriva de la atipicidad del consumo de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Aunque en estricto sentido la creación de asociaciones destinadas al consumo conjunto de este tipo de sustancias no es una hipótesis idéntica a la del consumo compartido, el fundamento de esta tesis permite su aplicación analógica a estos supuestos de hecho siempre y cuando se excluya la posibilidad de difundir la droga arbitrariamente.

El consumo compartido se da en casos en los cuales varios sujetos acuerdan la compra de droga que será consumida por todos en un momento inmediato o próximo, utilizando dinero de todos los consumidores. A esto, se ha sumado la exigencia de que se trate de sujetos que consumen psicotrópicos u otras drogas de manera habitual o que son adictos, que realicen el comportamiento en lugares cerrados y que la cantidad que poseen no supere lo necesario para el consumo inmediato. Lo anterior, porque de esta manera se garantiza que no haya promoción pública del consumo y que no se difunda la sustancia. Sin embargo, tal como lo ha establecido la misma jurisprudencia, estos criterios pueden flexibilizarse según las circunstancias del caso concreto (principalmente sentencia de 12 de diciembre STC 6198/2013).

En el caso que estudia la sentencia de casación la conducta es típica porque, de acuerdo con los hechos probados, las personas solamente surtían un trámite administrativo para obtener un carné y con este podían proveerse de droga diariamente. Así, la distribución que se realizaba en el local de la sociedad catalana no cumplía con los requisitos previamente reseñados para que se aplicara la causal de exclusión de la tipicidad de consumo compartido. La asociación no tenía capacidad de ejercer control sobre cuándo y dónde se consumía la sustancia adquirida. Sin embargo, tanto la Audiencia Provincial de Barcelona como el Tribunal Supremo encontraron que los acusados debían ser absueltos porque se encontraban incurso en un error de prohibición.

Luego de describir brevemente en qué consiste este tipo de error, la Sala explicó que los acusados contrataron a dos abogados para que adelantaran los trámites tendientes a la inscripción de la asociación ante las autoridades. Este trámite se inició el 13 de enero de 2014 y fue suspendido el 21 de noviembre de ese mismo año, a la espera de que el Ministerio Fiscal presentara concepto favorable. Sin embargo, la sociedad finalmente quedó inscrita en enero de 2014, luego de que el Ministerio Fiscal se abstuviera de dar informe favorable y transcurriera el plazo para ello.

Aun así, el hecho de que los acusados no hubieran ocultado la actividad de la asociación; que la hayan descrito en los estatutos; que buscaran a dos abogados para su inscripción; y que, aunque se les notificó la suspensión, también se les haya notificado la inscripción de la misma en 2014, sin que conocieran que se debía a la inacción del Ministerio Fiscal, constituyen, según la Sala, elementos suficientes para entender que no tenían la posibilidad de sospechar que la actividad que desarrollaban era ilegal. Por tanto, estaban incurso en un error de prohibición invencible. En el marco de los hechos es razonable concluir que los acusados tenían la convicción de que su conducta se mantenía dentro de la legalidad en la medida en la que la sociedad estaba debidamente inscrita ante las autoridades.

4. REFLEXIÓN FINAL

Más allá del caso concreto y de la manera en la que se constituyó el error de prohibición, la constitución de clubs para el consumo de cannabis y su funcionamiento debe leerse en el marco de la conciencia social en la que se llevan a cabo estas actividades. Por décadas, principalmente a partir de las obligaciones establecidas en los convenios de Naciones Unidas, los Estados han implementado un modelo prohibicionista, marcado por la intensa persecución y sanción de todas las etapas de producción y consumo de este tipo de sustancias. Aun así, desde finales del siglo XX, las sociedades han venido acostumbrándose al consumo de drogas, al menos de algunas de ellas, cada vez más extendido y que se lleva a cabo en ambientes sociales establecidos como un comportamiento común, similar al consumo de alcohol o tabaco. Así, el consumo goza de legitimidad en ciertos ambientes y existen movimientos que buscan su normalización y legalización.

Los cambios en la percepción de la población mundial con respecto al consumo de sustancias psicoactivas, psicotrópicas y estupefacientes, pero de manera muy privilegiada el consumo de marihuana, ha llevado a los Estados a combinar la política criminal represiva con la despenalización de algunas conductas de consumo y con una política de reducción de daños y riesgos para los consumidores habituales y adictos. Una de las formas en las que se ha materializado este cambio de postura en España es la creación de clubs o asociaciones de consumidores, «iniciativa que solo puede comprenderse a partir de que la sociedad española lleva bastantes años socializándose

con un contexto en el que el cannabis, sus consumos y consumidores, tienen una presencia importante en la sociedad» (MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan. 2015, p. 14).

Este contexto explica la razón del error de prohibición en este ámbito. Más allá de las normas aplicables, hay una normalización del consumo que hace cada vez más difícil para los ciudadanos identificar las conductas legalmente permitidas y diferenciarlas de las prohibidas. Cuando las normas no reflejan el sentir de la sociedad, el legislador está llamado, al menos, a cuestionarse sobre la pertinencia de la normativa vigente. El hecho de que estos clubs funcionen con regularidad en todo el territorio español y que distintas comunidades autónomas hayan pretendido regular su actividad a partir de una política de reducción de daños incentiva la creencia de que esta actividad es lícita. A esto se suma que no son pocos los Estados que avanzan cada vez más hacia la permisión de todas las actividades relacionadas con el expendio y el consumo de aquellas sustancias que no causan daños graves a la salud, como la planta *Cannabis sativa*.

Ligia María VARGA MENDOZA
Profesora de cátedra de Derecho Penal Especial
Universidad de los Andes
Bogotá, Colombia
ligia_mariavargas@hotmail.com