

LA LEGISLACIÓN PENAL COMO LÍMITE A LA POTESTAD DE ORDENANZA

JOSE MARIA BAÑO LEON ABOGADOS, S.L.P.

La reciente sentencia nº280/2019 del Tribunal Supremo de 5 de marzo (Rec. 2325/2016) anula la Ordenanza municipal reguladora de la ubicación de clubs sociales de cannabis del Ayuntamiento de San Sebastián por considerar que invade competencias propias del legislador penal.

La sentencia reconoce que la ordenanza versa únicamente sobre cuestiones puramente urbanísticas y ambientales como el régimen de distancias de los clubs respecto de centros educativos y de salud o las condiciones mínimas necesarias de seguridad, salubridad e higiene de los locales destinados a estos fines.

No obstante, el Tribunal Supremo entiende que el Ayuntamiento ha venido a regular una materia integrada dentro de la competencia exclusiva del Estado en contravención con el artículo 149.1.6 de la Constitución que se refiere a la legislación penal, en el marco de la potestad del ius puniendi del Estado.

El Tribunal Supremo reconoce de manera amplia la competencia municipal para regular, por motivos medioambientales o urbanísticos cualesquiera actividades “lícitas” lo que a buen seguro dará pie a multitud de interpretaciones en sede de garantía de unidad de mercado:

“Nada cabría objetar a la competencia del Ayuntamiento para regular desde la perspectiva urbanística y ambiental una actividad que sin discusión merece el calificativo de lícita”.

No obstante, opone que los clubs sociales de cannabis no realizan una actividad lícita sino únicamente atípica y ello, únicamente, si se cumplen determinados supuestos establecidos en la jurisprudencia penal sobre compra conjunta.

“Sí cabe cuestionar esa competencia cuando esa actividad no siempre y solo bajo determinadas condiciones puede considerarse atípica desde la óptica del derecho penal, materia reservada al Estado en el artículo 149.1.6 de la Constitución”.

El razonamiento del Tribunal no radica en si mismo en la atipicidad de la conducta, sino en la indeterminación de cuando la conducta es lícita o no. Precisamente, porque dependiendo de las circunstancias, la actividad del club puede quedar englobada dentro del tipo penal, el Tribunal Supremo considera que debe anularse la norma para no generar un error de atipicidad absoluta.

“Pues bien, la indeterminación con la consiguiente necesidad de estar al caso concreto, de si un club social de cannabis es o no ilícito penalmente, impide considerar competente a un Ayuntamiento, para regular, aunque solo sea dese la óptica urbanística y medioambiental, los clubs de cannabis, en cuanto esa regulación, aun cuando estrictamente urbanística y ambiental, tiene un incidencia innegable sobre la delimitación del tipo penal, en cuanto puede llevar al error de la atipicidad absoluta de la actividad desarrollada por los clubs sociales de cannabis”

Es decir, la razón última reside en la voluntad de evitar una confusión en los usuarios respecto de la legalidad de la conducta. En este sentido, el Tribunal Supremo viene a seguir la doctrina ya marcada por el

Tribunal Constitucional en su STC 144/2017 que declara inconstitucional la Ley Foral 24/2014, reguladora de los colectivos usuarios de cannabis en Navarra y en la STC 29/2018 sobre el art. 83 de la Ley del Parlamento Vasco 1/2016.

En realidad, más que un conflicto de competencias, lo que el Tribunal Supremo reprocha es el mensaje que la Ordenanza puede transmitir de licitud de una conducta indudablemente en el límite del tipo.

Nótese, por ejemplo, que cuando la normativa municipal ha seguido el camino contrario, esto es, el de reglar y sancionar conductas, por ejemplo, por considerar que afectaban al medioambiente, la tesis del Tribunal Supremo ha sido la contraria reconociendo, en principio, la competencia municipal pese a que el Estado ostenta la competencia en materia penal medioambiental. Véase, por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2008 (RJ\2008\1934) en la que se reconocen potestad de tipificación *“las Ordenanzas locales tienen abierta la posibilidad de tipificar infracciones y sanciones, aunque no por supuesto de forma genérica e indiscriminada. Tal tipificación no podrá hacerse si anteriormente se ha efectuado ya por Ley estatal o autonómica”*.

En conclusión, la competencia municipal en materia de medioambiente y urbanismo no es un paraguas omnicompreensivo de todo tipo de ordenanzas, sino que debe estarse en última instancia a la finalidad última de la norma entendida en un sentido amplio.