

Fundación **RENOVATIO**

INFORME - 2015/16 **OBSERVATORIO** **DE CANNABIS**

**RELEVANCIA PENAL DE LAS CONDUCTAS
QUE SE REALIZAN EN LOS CLUBES SOCIALES
CANNÁBICOS Y DE LA CONSIDERACIÓN QUE
DE LAS MISMAS HA HECHO EL TRIBUNAL
SUPREMO**




EDITA

Fundación Renovatio

AUTOR TEXTO

Araceli Manjón-Cabeza Olmeda



Relevancia Penal de las conductas que se realizan en los Clubes Sociales Cannábicos y de la consideración que de las mismas ha hecho el Tribunal Supremo

Araceli Manjón-Cabeza Olmeda

**Profesora titular de Derecho Penal y Directora de la Cátedra Extraordinaria "Drogas Siglo XXI" de la Universidad Complutense de Madrid*

Donostia, 9 de junio de 2016

INDICE

1. LOS CLUBES SOCIALES CANNABICOS Y LA POSIBLE RELEVANCIA PENAL DE LAS CONDUCTAS RELACIONADAS CON LA PRODUCCIÓN Y DISTRIBUCIÓN DEL CANNABIS	Pág.	8
1.1. Relevancia penal del hecho de asociarse con finalidad de atender controladamente el consumo de los asociados: asociación ilícita e integración en grupo criminal	Pág.	8
1.2. Relevancia penal del cultivo, elaboración, tráfico, promoción o posesión referidos a la sustancia controlada por un CSC	Pág.	10
1.3. Concepto de “consumo ilegal” en el art. 368 del Código Penal	Pág.	12
1.4. El consumo compartido	Pág.	13
2. LA INSTRUCCIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 2/2013	Pág.	16
2.1. Planteamiento de la cuestión con referencia al marco normativo del derecho de asociación	Pág.	16
2.2. Posición del Fiscal en el expediente administrativo de inscripción de asociaciones entre cuyas finalidades figure el cultivo de cannabis	Pág.	16
2.3. El régimen de fiscalización sobre el cultivo de cannabis y la relevancia penal o administrativa de esta actividad	Pág.	17
2.4. Los límites del derecho de asociación. Análisis de la entidad jurídico-penal de la actividad declarada en los Estatutos de las asociaciones y averiguación de la efectivamente realizada	Pág.	18
2.5. Asociación y organización criminal	Pág.	19
3. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 484/2015, de 7 de septiembre –caso Ebers-	Pág.	20
3.1. Sentencia de Pleno jurisdiccional	Pág.	20
3.2. Los hechos y la calificación jurídica en instancia. La tramitación del recurso de casación	Pág.	22
3.3. Análisis de los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia Ebers	Pág.	24
3.3.1. Fundamentos Primero y Segundo	Pág.	24
3.3.2. Fundamento Tercero: el ánimo de lucro y la alteridad	Pág.	24
3.3.3. Fundamentos Cuarto y Quinto: interpretación y realidad social. Normativa nacional e internacional aplicable. La posesión preordenada al consumo. La actuación “exclusivamente con fines de consumo personal” según la legislación nacional	Pág.	25
3.3.4. Fundamento Séptimo. El consumo ilegal. El cultivo delictivo	Pág.	29
3.3.5. Fundamento Octavo. El precedente de la STS 1377/1997, de 17 de noviembre	Pág.	30
3.3.6. Fundamento Noveno. Los requisitos del “consumo compartido” (“compra conjunta” o “bolsa común”)	Pág.	32

3.3.7. Fundamento Décimo. El riesgo de difusión	Pág. 32
3.3.8. Fundamento Undécimo. La alteridad	Pág. 34
3.3.9. Fundamento Duodécimo. La asociación ilícita o el grupo criminal	Pág. 36
3.3.10. Fundamentos Décimo Tercero y Décimo Cuarto. Revisión de sentencias absolutorias	Pág. 36
3.4. Normalización social del cannabis	Pág. 38
3.4.1. El marco de discusión jurídica y los límites de la Segunda Sentencia	Pág. 38
3.4.2. Condena por tipo atenuado de tráfico de drogas	Pág. 39
3.4.3. El error	Pág. 42
3.4.4. Dilaciones indebidas y aplicación de la pena	Pág. 45
3.5. Los Votos Particulares	Pág. 47
3.6. Conclusiones que pueden extraerse de los Votos disidentes analizados y de los argumentos de la Sentencia Ebers	Pág. 49
4. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 596/2015, de 5 de octubre–caso Three Monkeys-	Pág. 51
5. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 788/2015, de 9 de diciembre–caso Pannagh-	Pág. 54
6. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 563/2016, de 27 de junio –caso María de Gracia Club-	Pág. 58
6.1. Composición de la Sala	Pág. 58
6.2. Los Hechos y la calificación jurídica en instancia	Pág. 58
6.3. Referencia a la Sentencia del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 484/2015, de 7 de septiembre –caso Ebers-. El “hecho diferencial” en el caso María de Gracia Club	Pág. 59
6.4. Delito de tráfico de drogas. Los Estatutos y las consecuencias que se derivan de su reglamentación. El dictamen no desfavorable del Ministerio Fiscal como “hecho diferencial”	Pág. 60
6.5. El error de prohibición	Pág. 61
6.6. El Voto Particular	Pág. 62
7. SENTENCIAS DICTADAS CON POSTERIORIDAD A LAS DEL TRIBUNAL SUPREMO	Pág. 64
ANEXOS	Pág. 66

Informe que realiza Araceli Manjón-Cabeza Olmeda, Profesora titular de Derecho Penal y Directora de la Cátedra Extraordinaria “Drogas Siglo XXI” de la Universidad Complutense de Madrid, a petición de la Fundación Renovatio, a propósito de la relevancia penal de las conductas que se realizan en los clubes sociales cannábicos y de la consideración que de las mismas ha hecho el Tribunal Supremo.

El presente Informe analiza las tres Sentencias del Tribunal Supremo (en adelante, TS) que recientemente se han dictado sobre la relevancia penal de las conductas que se desarrollan en los conocidos como “Clubes Sociales Cannábicos” (en adelante CSC).

Las referidas resoluciones son las siguientes:

- 1a) Sentencia 484/2015, de 7 de septiembre
–caso Ebers-
- 2a) Sentencia 596/2015, de 5 de octubre
–caso Three Monkeys-
- 3a) Sentencia 788/2015, de 9 de diciembre
–caso Pannagh-.

En adelante, por razones de economía y rápida identificación, nos referiremos a estas resoluciones como Sentencia Ebers, Sentencia Three Monkeys y Sentencia Pannagh.

Antes de analizar cada una de estas tres resoluciones, se repasará la jurisprudencia consolidada sobre consumo compartido de drogas. e hará referencia a la existencia de Sentencias de Juzgados y Audiencias Provinciales que han conocido de las actividades realizadas en estos CSC después de dictarse las tres resoluciones del Tribunal Supremo que nos ocupan.

Especial mención merece la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2013, sobre algunas cuestiones relativas a las asociaciones promotoras del consumo del cannabis (en adelante, Instrucción 2/2013), por ser el punto de inflexión entre el antiguo tratamiento de los CSC de la jurisprudencia menor y el actual que nos proporciona el Tribunal Supremo.

De cada una de las tres Sentencias que aquí interesan, estudiaremos, no solo los aspectos referidos a la aplicación de la ley penal, sino también aquéllos de Derecho Procesal –incluido el Orgánico- que pueden servir para valorar dichas resoluciones.

Se prestará atención a los Votos Particulares que acompañan a las Sentencias Ebers y Three Monkeys.

Debe tenerse en cuenta que hasta el momento en el que el Tribunal Supremo, en 2015, se ha pronunciado sobre la relevancia penal de las conductas que se realizan en los CSC, existían Sentencias de Juzgados y Audiencias en sentido contrario, sin que pudiese hablarse ni de fallos ni de fundamentaciones uniformes. Estas resoluciones han perdido parte de su valor una vez que el Tribunal Supremo ha sentado doctrina –de momento con tres Sentencias-. Con todo, baste ahora recordar que las decisiones condenatorias en la jurisprudencia menor en caso de cultivos para suministrar a los socios de CSC se basaban en distintos argumentos: que se trataba de cultivos no autorizados y, por ello, delictivos; que tales cultivos suponían un riesgo de difusión de la sustancia entre personas indeterminadas (especialmente considerando el número de socios y la posibilidad de llevarse la sustancia fuera del CSC); que no era posible ampararse en la doctrina del consumo compartido. Por lo contrario, otras decisiones han entendido que las conductas que aquí interesan no eran contrarias al CP porque no buscan la promoción de un consumo ilegal o porque no se producía el riesgo de difusión entre terceros o porque eran casos de consumo o cultivo compartido o, no siéndolo, tenían el mismo

sentido y les era aplicable la doctrina sobre la atipicidad del consumo compartido.

Finalmente se hará referencia a la existencia de Sentencias de Juzgados y Audiencias Provinciales que han conocido de las actividades realizadas en estos CSC después de dictarse las tres resoluciones del Tribunal Supremo que nos ocupan.

1. LOS CLUBES SOCIALES CANNABICOS Y LA POSIBLE RELEVANCIA PENAL DE LAS CONDUCTAS RELACIONADAS CON LA PRODUCCIÓN Y DISTRIBUCIÓN DEL CANNABIS

No es este el lugar para acometer el abordaje de los múltiples aspectos sociales y de salud que se plantean alrededor de la existencia de los CSC. Lo que aquí importa es enunciar –para luego dar respuesta más detallada a lo largo del Informe- las siguientes cuestiones:

- 1a) relevancia penal del hecho de asociarse con finalidad de atender controladamente el consumo de los asociados
- 2a) relevancia penal del cultivo, elaboración, tráfico, promoción o posesión referidas a la sustancia controlada por un CSC
- 3a) concepto de “consumo ilegal” en el art. 368 del Código Penal (en adelante, CP)
- 4a) requisitos de atipicidad del consumo compartido.

Antes de analizar estas cuestiones debe recordarse que en Derecho español el consumo de drogas es atípico; nunca fue delictivo, por más que el mismo pueda estar sancionado administrativamente en determinadas circunstancias. Como se explicará más adelante, el “consumo ilegal” al que se refiere el CP –es decir, el relevante penalmente- es un consumo ajeno, nunca el propio, por lo que las conductas delictivas contempladas en el CP son siempre las referidas

al consumo de otro, nunca al propio. La jurisprudencia menor que hasta ahora ha considerado atípicas las actividades de los CSC, lo ha hecho sobre la base de aplicar la jurisprudencia del TS sobre consumo compartido –entendido como suma de varios autoconsumos atípicos- al consumo de los socios. Las tres sentencias condenatorias del TS niegan que se esté ante casos de consumo compartido.

1.1. Relevancia penal del hecho de asociarse con finalidad de atender controladamente el consumo de los asociados: asociación ilícita e integración en grupo criminal

El delito de asociación ilícita del art. 515 solo puede entrar en consideración cuando se trata de CSC, si se entiende que quienes lo integran tienen la finalidad de cometer un delito o si, después de su constitución, promueven la comisión de delitos. En consecuencia, para dar respuesta a la pregunta de si un CSC incurre o no en delito de asociación ilícita, debe previamente resolverse si el sujeto actúa con la finalidad de cometer delito de tráfico de drogas. Naturalmente no cabe dar respuesta única desde un punto de vista teórico: es pensable un Club que incurra en delito de tráfico de drogas y de asociación ilícita y otros que actúen conforme al CP.

Por lo que se refiere a la integración en grupo criminal de los arts. 570 ter 1 c) y 570 quater 1 y 2 CP, el razonamiento es similar, dado que el grupo criminal requiere, como finalidad, la perpetración concertada de delitos.

La sentencia Ebers descarta la asociación ilícita y la integración en grupo criminal tras apreciar en relación al tráfico de drogas un error vencible de prohibición. Ese error no exime de pena en el tráfico de drogas, pero –según la referida sentencia- lo que ocurre es lo siguiente:

*“Estas tipicidades –asociación ilícita o grupo criminal- se derrumban ante la presencia de un error vencible. Actuar sin conciencia de que las acciones promovidas son constitutivas de delito se convierte en **error de tipo** en relación a esas dos figuras penales que incorporan como elemento normativo esa categoría jurídica –“delitos o faltas”-. El error de tipo vencible reconduce los hechos a la imprudencia, es decir a la versión culpable del delito pero solo cuando esté expresamente prevista (art. 12 CP). Como se anticipó en la anterior sentencia no sucede así con ninguna de estas dos tipicidades lo que conduce a la desestimación de esa pretensión acusatoria”.*

En definitiva, el error de prohibición vencible respecto del tráfico de drogas, impide afirmar el conocimiento de un elemento de la asociación ilícita y del grupo criminal, concretamente el referido a la comisión de delito o su perpetración concertada; no pudiéndose afirmar el dolo, nos situamos ante un error de tipo que, de ser invencible conduce a la impunidad y, siendo vencible también lleva a no castigar, dada la inexistencia de estos dos delitos en versión imprudente.

Como se ve, el TS no ha entrado a conocer a fondo sobre la cuestión de la asociación o grupo encaminados a cometer tráfico de drogas, al resolverse el caso concreto por la vía del error de tipo que lleva, en todo caso, a la impunidad.

Pero lo cierto es que son imaginables casos de asociación ilícita o de grupo criminal que, bajo la cobertura de un CSC, nazcan para cometer un delito de tráfico de drogas. Esta posibilidad se recoge en la Instrucción 2/2013, a cuyo tenor

“Hay que tener en cuenta que detrás de la apariencia jurídica de algunas asociaciones se pueden ocultar auténticas organizaciones o grupos dedicados a la distribución de drogas, utili-

zando 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 podrá ser de aplicación la tipicidad de organización o grupo criminal, definidas en los arts. 570 bis y ter CP...”¹.

El párrafo transcrito se refiere solo al delito de grupo criminal y no al de asociación ilícita, a pesar de estar ubicado en el epígrafe “5. Asociación y organización criminal”. Sin embargo, en el epígrafe anterior –“4. Los límites del derecho de asociación. Análisis de la entidad jurídico-penal de la actividad declarada en los Estatutos y averiguación de la efectivamente realizada”- se desgranar distintos supuestos que parten todos ellos de la inscripción como asociación y la declaración de los fines en Estatutos. Se entiende que no existirá delito de asociación ilícita cuando la declaración estatutaria, aún referida a una conducta delictiva, no se acompañe del inicio de la ejecución del cultivo o distribución ilícitos.

Al final de este Informe se hará referencia a la Sentencia de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de marzo de 2016, en la que se condena por delitos de asociación ilícita y tráfico de drogas.

¹ La cita de estos preceptos está hecha conforme al texto de CP vigente en 2013 (es decir, el resultante de las modificaciones operadas en el CP por la LO 5/2010, de 22 de junio). Por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se han modificado los arts. 570 bis y 570 ter. Esta última reforma es consecuencia de la desaparición de las faltas y la aparición de los delitos leves (art.13 CP).

1.2. Relevancia penal del cultivo, elaboración, tráfico, promoción o posesión referidos a la sustancia controlada por un CSC

Como es sabido, el CP define en el art. 368² el conocido como delito de tráfico de drogas haciendo una enumeración abierta y no taxativa de conductas con la siguiente fórmula.

“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...”

En contra de lo que podría pensarse, no estamos ante tres grupos de conductas (cultivo, elaboración y tráfico, por un lado; promoción, favorecimiento o facilitación, por otro; y, en tercer lugar, posesión), sino ante dos conductas:

1ª) una conducta amplísima de favorecimiento del consumo ilegal, que incluye las expresamente citadas de cultivo, elaboración y tráfico y otras no expresamente contempladas –transporte, la organización de operaciones, su protección, actuar de enlace entre traficantes, informar sobre puntos de venta, facilitar el dinero, proporcionar lugares de almacenamiento, vigilar, mediar, etc.-. Cuando el CP utiliza la expresión “de otro modo” lo que quiere indicar es que el cultivo, la elaboración y el tráfico son casos de promoción, pero no los únicos casos de promoción;

2ª) otra conducta, mejor delimitada, que es la posesión encaminada al consumo ilegal.

La mención expresa al cultivo y a la elaboración no era imprescindible en el CP, pues son actos que favorecen el consumo hasta el punto de hacerlo posible, por lo que, sin duda, están incluidos en la expresión “de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal”. Si el legislador señala el cultivo y la elaboración es para indicar cuál es límite mínimo de la tipicidad del art. 368. Cualquier comportamiento anterior es atípico conforme a este precepto, aunque podría dar lugar al castigo como acto preparatorio (art. 373 CP) o como delito de tráfico de precursores (art. 371)³.

Tratándose de CSC la posible imputación por delito del art. 368 puede ser por:

1º) Cultivo, con o sin posterior cuidado de la planta, según dos opiniones doctrinales distintas. Para el TS, tratándose de cannabis sativa “*el delito no se comete sólo en casos de explotación industrial sino de cultivo con destino al consumo de terceros... esta modalidad de droga no precisa de la extracción de la sustancia activa (cannabinol), sino que una vez secas las hojas de las plantas, se hallan en condiciones de ser consumidas, de modo similar a las hojas del tabaco... el tipo del art. 368 solo habla de cultivo, por lo que no es preciso que se utilicen técnicas especiales o que se lleven a cabo a gran escala o con fines industriales, siendo indiferente las operaciones necesarias posteriores a dicho cultivo exigidas para acondicionar las plantas al objeto de ser consumidas*” (STS 457/2007, de 29 de mayo). Lo anterior quiere decir que no se precisa ningún acto de producción de la sustancia posterior a su cultivo para entender cometido el delito. El secado y el prensado son típicos como actos de elaboración.

2 Para la interpretación del art. 368 se sigue principalmente o se reproduce el trabajo de MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Tráfico de drogas I, II y III”, en Álvarez García, F. J. (director), Manjón-Cabeza Olmeda, A. y Ventura Püschel, A. (coordinadores), *Derecho Penal español. Parte Especial II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs., 1251-1375. Cuando se recoja una opinión de otro autor se indicará así reproduciendo sus apellidos, tal como aparecen en la obra citada.

3 Tratándose del cannabis puede pensarse en equipos y materiales necesarios para el cultivo de la planta, incurriendo en el delito el que los fabrique, transporte, distribuya, comercie o tenga en su poder, sabiendo que van a utilizarse para el cultivo.

2º) Tráfico, es decir cualquier operación de puesta en circulación del cannabis. Algunos autores limitan el concepto de tráfico a los actos de entrega de droga a cambio de algo con valor económico (ACALE SÁNCHEZ y PEDREIRA GONZÁLEZ); si así se entiende, quedarían fuera del tráfico los actos de donación, que sin embargo serían típicos como favorecimiento. En sentido opuesto se sostiene (SEQUEROS SAZATORNIL, JOSHI JUBERT y la Jurisprudencia de forma unánime) que acto de tráfico es cualquiera que suponga la transmisión de la droga, con o sin precio o contraprestación, en definitiva cualquier forma de expandir la droga, lo que incluiría, junto a la venta y a la permuta, también la donación. Es importante subrayar que ni el precio ni el ánimo de lucro son requisitos del delito, a pesar de lo cual, la Jurisprudencia parece así entenderlo cuando se plantea algunos supuestos de atipicidad cuya afirmación condiciona, sin base legal, a la inexistencia de precio; a esta cuestión nos referimos más adelante.

La Jurisprudencia no ha dudado en considerar tráfico otros supuestos como la compra, la oferta, el acuerdo de comprar y vender, el suministro de dinero para que otro compre y el transporte, aunque algunos de estos supuestos encajan mejor en los otros actos de favorecimiento (JOSHI JUBERT).

En lo que aquí interesa, la inexistencia de lucro económico o de ánimo de lucro en las actividades de los CSC es irrelevante para negar la tipicidad de las conductas descritas, por más que sociológicamente pueda ser un dato relevante. A esta cuestión volveremos más adelante.

3º) Promoción, favorecimiento o facilitación, por cualquier modo, del consumo ilegal; para un sector doctrinal, con tan amplia formulación resultarían típicas –naturalmente si se dan los demás elementos típicos– conductas de dirección, organización o trabajo asalariado de un CSC, como autoría o como complicidad; otro sector –a mi entender

con mayor acierto– exige que tales conductas supongan una contribución inmediata del consumo ilegal (JOSHI JUBERT) o que tengan una relevancia semejante al cultivo, elaboración o tráfico (SÁNCHEZ TOMÁS). Si se acepta la última interpretación quedarían fuera del tipo las conductas de los que trabajan en un CSC sin realizar ninguna tarea específica en el ciclo de producción y distribución de la sustancia y sin asumir ningún papel dirigente de la organización.

4º) Posesión con determinados fines, entendiéndose que tales fines son los de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal. La expresión usual en la doctrina y en la jurisprudencia de “posesión preordenada al tráfico” es muy descriptiva, pero resulta incompleta, puesto que el art. 368 no liga la posesión a la sola finalidad de traficar, sino a las tres que se acaban de indicar –promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal–, lo que, por supuesto, también incluye el tráfico, pero no solo el tráfico.

Los supuestos de posesión que quedan fuera del tipo penal son los siguientes:

- La posesión que no sea previa al favorecimiento del consumo ilegal (poseer la sustancia o la planta para estudiarlas o para experimentar con ratas de laboratorio o por coleccionismo, con independencia de que estas conductas puedan ser ilícitos administrativos).
- La posesión preordenada al autoconsumo impune o a los autoconsumos compartidos cuando resulten atípicos; es decir, la posesión que no se refiere a un consumo ilegal ajeno. Este punto es de capital importancia cuando se trata de CSC puesto que **la relevancia penal de las conductas que en ellos se desarrollan dependerá de que los consumos sean propios –autoconsumo individual impune o compartido con los requisitos que la jurisprudencia establece para la atipicidad de este último– o de que se trate de un consumo ajeno cuyo favorecimiento o la posesión previa al mismo resultan típicos.**

1.3. Concepto de “consumo ilegal” en el art. 368 del Código Penal

Las conductas descritas en el anterior epígrafe sólo serán típicas si van dirigidas al consumo ilegal de drogas; consumo que no ha de producirse de manera efectiva, bastando con la constatación de que tal destino era el que regía la conducta. Siguiendo a SÁNCHEZ TOMÁS, “consumo” a los efectos del art. 368, no es cualquier uso que lleve a la desaparición de la sustancia, sino exclusivamente la “aplicación de la sustancia al ser humano”. Si a ello se añade que el autoconsumo de drogas es penalmente atípico (aunque está administrativamente prohibido) resultará que el consumo ilegal al que se refiere el art. 368 es el ajeno, el de terceros. La consecuencia inmediata es que el cultivo, la elaboración, el tráfico, el favorecimiento o la posesión preordenados al autoconsumo son comportamientos atípicos. La atipicidad del autoconsumo y de sus actos previos es una consecuencia derivada del bien jurídico protegido, la salud pública que sólo se ve afectado cuando hay riesgo de difusión entre múltiples e inconcretos consumidores. Por ello, **cuando hay varios consumidores, pero son concretos y no se genera riesgo de difusión entre otros indeterminados**, es posible afirmar la atipicidad: son los casos conocidos como de “consumo compartido” que examinaremos más adelante.

La atipicidad del autoconsumo o consumo propio de drogas se deriva de que ese autoconsumo, aunque perjudique la salud individual, no afecta a la salud pública por no suponer riesgo de difusión entre sujetos inconcretos. A la luz de lo anterior debe de interpretarse la mención que hace el art. 368 al “consumo ilegal”.

Evidentemente, esa ilegalidad no es respecto del Derecho Penal, sino general y derivada de la regulación contenida en la Ley 17/1967, de 8 de abril, de Estupefacientes y en el Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, por el que se regula la fabricación, distribución, prescripción y dispensación de sustancias

y preparados psicotrópicos. Estas normas tienen por ilícito cualquier consumo (incluido el privado) que no obedezca a indicación terapéutica. **A lo que se refiere el art. 368 es al consumo “ilegal” pero ajeno o de terceros, pues el “ilegal”, pero propio, no pone en peligro la salud pública y queda fuera del ámbito de protección de la norma penal.**

La ilegalidad del consumo relevante para el art. 368 se deriva del régimen de autorizaciones existente, de manera que cualquier consumo no autorizado está prohibido (art. 2.2 de la Ley 17/1967, art. 2.1 Real Decreto 2829/1977 y art. 1 Real Decreto 75/1990, de 19 de enero, por el que se regulan los tratamientos con opiáceos para dependientes de los mismos), y por tanto es ilegal (aunque penalmente atípico).

Tal ilegalidad general no puede derivarse de la prohibición de consumir drogas en lugares públicos del art. 36.16 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (antes, art. 25 de la L 1/1992, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana), pues de hacerlo así llegaríamos al absurdo de que el CP sólo castiga las conductas que favorecen el consumo en lugares públicos, pero no las que favorecen el consumo en lugares privados. La prohibición de esta Ley es equiparable a la de fumar en lugares públicos.

En definitiva, el art. 368 se refiere al consumo “ilegal”, por falta de autorización, pero siempre ajeno o de un tercero, pues el “ilegal”, pero propio, no pone en peligro la salud pública y queda fuera del ámbito de protección de la norma. Lo mismo ha entendido la jurisprudencia en los casos de consumo compartido. Lo que aquí más interesa es si los consumos vinculados a un CSC pueden entenderse como casos de consumo compartido.

1.4. El consumo compartido

La Jurisprudencia considera atípicas, bajo ciertos requisitos, las conductas del que compra droga por encargo de varios que hacen “fondo común”, para luego distribuirla entre todos. Que el autoconsumo de varios es atípico resulta una consecuencia obligada de la atipicidad del autoconsumo de cada uno. Lo que debe determinarse entonces es si la posesión de toda la “compra” en manos de uno es típica y si su posterior distribución es un acto de favorecimiento punible. La adquisición destinada al autoconsumo plural se entiende atípica si se dan los siguientes requisitos (SSTS 776/2004, de 16 de junio, 326/2005, de 14 de marzo, 873/2005, de 1 de julio, 71/2006, de 23 de enero, 718/2006, de 30 de junio, entre otras muchas):

1º) Ha de tratarse de consumidores adictos, lo que no equivale a drogodependientes ni excluye al “consumidor de fin de semana” o esporádico –el que consumen una o dos veces por semana o cuando tiene dinero- (STS 408/2005, de 23 de marzo).

2º) El consumo ha de ser claustral, en lugar cerrado que impida la contemplación o la intervención de terceros y elimine el riesgo de difusión. En algunas resoluciones se insiste en esta exigencia no para evitar el riesgo de difusión, sino para “evitar que *la nada ejemplarizante espectáculo pueda ser contemplado por otras personas*”.

3º) La droga se facilita para su consumo inmediato y no para su almacenaje.

4º) La cantidad de droga ha de ser “*insignificante*”. Esta exigencia así expresada parece absurda, toda vez que se está hablando del consumo de varias personas que en absoluto puede satisfacerse con una cantidad insignificante. La cantidad de droga que permita afirmar la atipicidad será la apropiada al número de los consumidores, a la sustancia de que se trate y a los hábitos de uso o de abuso de los sujetos concretos.

5º) Las personas del grupo han de ser pocas, ciertas y determinadas, tratándose de un acto íntimo sin trascendencia social.

6º) No ha de existir precio o contraprestación para el que suministra al grupo.

Tratamiento similar se da a los casos de invitaciones entre consumidores, por “*solidaridad o cortesía*”, para consumir conjuntamente; así la STS 72/1996, de 29 de enero, se refiere a “*la posesión o adquisición de pequeña cantidad de droga para su propio uso y se hace partícipe de ello o la comparte de un modo ocasional y en el momento de su consumo, con otro u otros consumidores -sentencia 715/1993, de 25 de mayo-*”. Si la invitación se produce entre los dos miembros de una pareja se relaja el requisito de que el consumo sea ocasional o esporádico (STS 1709/1993, de 2 de julio, referida a un consumidor habitual y otro esporádico que poseen la droga en su domicilio “*como un acto más de su ordinaria convivencia*”).

De los requisitos vistos merecen especial consideración dos de ellos: la inexistencia de precio y la condición de drogodependiente o consumidor del receptor de la droga. Cuando el TS analiza los requisitos de la tipicidad general del delito del art. 368 no señala como tales la existencia de precio y de un consumidor no iniciado y por ello es absurdo exigir sus contrarios –ausencia de precio y consumidor adicto o iniciado- para determinar la atipicidad. Además, debe repararse que el art. 368 en ningún momento alude a la necesidad del precio y de un sujeto no consumidor; es decir, no estamos ante elementos del tipo y por ello, la atipicidad no debe depender de que no se den tales circunstancias.

Con todo, y en lo que aquí interesa, debemos de partir de la doctrina jurisprudencial –errónea, pero consolidada- para determinar si los comportamientos que se dan en un CSC son típicos o atípicos. Lo anterior no tendrá una respuesta única –en todo los casos hay

delito o en ningún caso hay delito- sino que requerirá el análisis caso por caso para concluir en unos la tipicidad y en otros la atipicidad.

Como ya se ha indicado, el TS no analiza la cuestión del precio y del consumidor no iniciado con carácter general, sino solo en relación a una serie de casos concretos que se consideran, bajo ciertos requisitos, atípicos: entrega de droga para evitar los efectos del síndrome de abstinencia o ayudar a la deshabituación, consumo compartido, invitación a consumir y entrega a personas privadas de libertad. Haciendo una interpretación correcta del art. 368, en estos supuestos la conducta es atípica por ser socialmente adecuada o por falta de peligro para el bien jurídico, puesto que para apreciar un peligro, incluso abstracto, para la salud pública se requiere que la droga pueda llegar a indeterminados sujetos, lo que supone que puedan ser varios, no estar previamente elegidos y ser indistintamente consumidores o no consumidores. Pero la Jurisprudencia exige, sin base legal, para no castigar en estos casos que el receptor sea consumidor o adicto y que no medie precio. En contra, debe señalarse que si la entrega va destinada a una sola y concreta persona (o varias predeterminadas en el caso del consumo compartido), no hay peligro para la salud pública de la colectividad, y esto será así sea cual sea la finalidad perseguida con la entrega: evitar el síndrome, ayudar a la deshabituación o, simplemente, facilitar el consumo a persona determinada, y ello con independencia de que medie precio o no y de cuál sea la relación del receptor con la droga.

Para la Jurisprudencia mayoritaria, con poquísimas excepciones, la ausencia de precio es un requisito de atipicidad de los supuestos referidos; pero esta interpretación no se deriva del tipo. El art. 368 CP no incluye ni el precio ni el ánimo de lucro como requisitos típicos de ninguna de las modalidades delictivas, ni se refiere a la condición del que pueda llegar a recibir la droga. Es más, aunque un sector de la doctrina consideró que la donación era atípica en la redacción dada al art. 344 CP 1973 por la Ley Orgánica 8/1983,

de 25 de junio, lo que no puede dudarse es que, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo (que tipificó expresamente los actos que de otro modo favorezcan, faciliten o promuevan el consumo) la donación es una modalidad típica y se acaban las dudas que pudiesen existir sobre la necesidad o no del ánimo de lucro o de precio: ni uno ni otro son elementos típicos y esto vale, igualmente, para el vigente art. 368 CP que reproduce la redacción de 1988. En este sentido la STS 276/2007, de 30 de marzo, dice que *“el tipo penal no exige la venta de la droga, pues también es penalmente típica la donación de este tipo de sustancias, y, en definitiva, la transmisión de este tipo de sustancias por cualquier otro título, en cuanto tales modos supongan un favorecimiento del consumo de las drogas”*. En el mismo sentido la STS 964/2005, de 15 de julio, afirma que *“la obtención de lucro es ajena al tipo penal”*. A pesar de esto, las resoluciones que consideran atípicos los comportamientos de consumo compartido y entregas compasivas insisten en el requisito de la falta de precio, proceder incorrecto pues estos supuestos son atípicos porque no evidencian peligro para el bien jurídico o por ser comportamientos socialmente adecuados, no por la naturaleza del móvil del suministrador (el móvil compasivo y no lucrativo sólo era relevante en las resoluciones más antiguas que afirmaban la tipicidad del comportamiento, pero que atenuaban la pena con la circunstancia de actuar por móviles pasionales o con una atenuante analógica con el estado de necesidad incompleto).

Algo similar ocurre con el requisito jurisprudencial de atipicidad de que el receptor o los receptores sean adictos a la droga, tanto en el consumo compartido como en la invitación: se exige esta condición de adicto (o al menos de consumidor esporádico) como requisito de atipicidad, a pesar de que del art. 368 no pueda extraerse la exigencia típica de que la droga deba suministrarse a neófitos. En las entregas compasivas es claro que el que recibe la droga es dependiente de la sustancia, pero esto no es un requisito de atipicidad deducible de la interpretación del tipo sino

una circunstancia intrínseca del supuesto, pues sólo se podrá deshabituarse o sólo padecerá el síndrome de privación el sujeto dependiente. La condición de adicto o consumidor sólo es relevante en aquellos casos en los que procede aplicar la agravación de suministro a persona sometida a tratamiento de deshabituación o rehabilitación, pero nada dice sobre la tipicidad o atipicidad de ninguno de los supuestos básicos recogidos en el art. 368 CP.

Cuestión distinta es la consideración del sujeto que posee droga para el autoconsumo: no puede exigirse que sea adicto para entender atípica la posesión preordenada al autoconsumo (aunque algunas resoluciones parecen partir de la idea de que sólo consumen los sujetos adictos o drogodependientes, desconociendo el consumo esporádico, ocasional o no esclavo de la dependencia), pero la adicción, cuando existe, y el grado de la misma, combinándose con el criterio de los días de acopio, es relevante para establecer la cantidad de droga que puede considerarse destinada al autoconsumo.

Lo que en ocasiones hace el TS es presumir el destino al tráfico cuando el poseedor de la droga no es consumidor habitual (SSTS 39/2005, de 21 de enero y 281/2005, de 3 de 3), o cuando siendo consumidor la cantidad es superior a la del propio consumo, pero si la cantidad es pequeña y no hay otros medios de prueba aun apareciendo una balanza y un molinillo cuyo utilización también puede serlo para operaciones propias del autoconsumo, debe descartarse la finalidad de tráfico (STS 353/2007, de 7 de mayo).

Ausencia de precio y presencia de sujeto adicto o consumidor iniciado son dos requerimientos jurisprudenciales de atipicidad, no deducibles del art. 368 CP, que han venido a confundir o enmarañar el tratamiento de un caso distinto de los anteriores: los actos de venta de pequeñas cantidades de droga en los que, naturalmente, media precio, y el adquirente puede ser consumidor o no. Si el tipo del art. 368 CP no exige el precio ni la condición de no consumidor del receptor,

es evidente que la ausencia de precio y la condición de adicto o consumidor iniciado no pueden ser requisitos de atipicidad (en contra SSTS 1716/2002, de 27 de octubre de 2003, y 258/2003, de 16 de junio).

Con todo, y a pesar de lo dicho, en el siguiente análisis se partirá de la doctrina jurisprudencial existente sobre consumo compartido para determinar si la misma ha sido aplicada correctamente o no en las tres resoluciones del TS que condenan en casos de CSC. Al margen del número concreto de requisitos, que varían de unas a otras resoluciones, y la posibilidad de excluir o matizar la exigencia de alguno de ellos en casos concretos, esta doctrina de la atipicidad se expresa con carácter general de la siguiente forma

“En realidad la doctrina de la atipicidad del consumo compartido, desarrollada por el espíritu innovador de esta Sala hace dos décadas, viene a mitigar la desmesurada amplitud que alcanzaría el tipo penal en caso de no ser interpretado en función de las necesidades estrictas de tutela del bien jurídico protegido, la salud pública. Los comportamientos típicos deben ser los idóneos para perjudicar la salud pública porque promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes, objetivo o finalidad que debe estar presente en todas las acciones que se incluyen en el tipo, incluida la posesión, el cultivo e incluso la elaboración o el tráfico, pues ni el tráfico legal, en el ámbito farmacéutico por ejemplo, ni el cultivo con fines de investigación o consumo propio, constituyen conductas idóneas para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal por terceros, y en consecuencia no están abarcados por el amplio espectro de conductas que entran en el radio de acción del precepto” (STS 1014/2013, de 12 de diciembre).

De lo anterior resulta clave, a la hora de analizar las conductas realizadas alrededor de un CSC, determinar cuándo hay “consumo ilegal por terceros”.

2. LA INSTRUCCIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 2/2013

Lo primero que debe subrayarse es que la Instrucción parte en su título de lo que podría ser una consecuencia en algunos casos, pero no en todos: las asociaciones que analiza son “promotoras del consumo del cannabis”, lo que nos sitúa muy cerca o dentro de una de las modalidades delictivas del art. 368 CP: la promoción –“*de otro modo*”- del consumo.

La Instrucción no se limita a analizar los aspectos penales, es más, no aparecen como el objeto principal, sino que se estudia el derecho de asociación, sus límites, su régimen administrativo y la respuesta que a esta cuestión los Fiscales deben dar según los casos. Analizamos su contenido siguiendo el orden de sus apartados.

2.1. Planteamiento de la cuestión con referencia al marco normativo del derecho de asociación

Con cita de la legislación vigente en materia de derecho fundamental de asociación (art. 22 de la Constitución, Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación –en adelante LO 1/2002- y Real Decreto 1497/2003, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones y de sus relaciones con los restantes registros de asociaciones), se plantea cuál debe ser la actuación a seguir en los casos en los que las autoridades responsables de la inscripción registral den traslado al fiscal o al juez por apreciar indicios de delito en la constitución de la asociación o en la actividad a la que se quiere dedicar (art. 30, 1o y 2o de la LO 1/2002).

No hay nada que objetar al planteamiento hecho en este apartado 1, que concluye con el anuncio de

las pautas que han de seguir los fiscales ante estos traslados de las autoridades administrativas. Se citan en este punto los arts. 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁴ –en adelante LECrim- y 3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal⁵ –en adelante EOMF-.

Lo que sí resulta cuestionable en este apartado 1 es la referencia a las asociaciones cannábicas como “asociaciones promotoras del cultivo y consumo del cannabis”; se hace una afirmación general que no se corresponde con la realidad en todos los casos: “Al amparo del expresado marco normativo se están constituyendo numerosas asociaciones cuya finalidad u objeto declarado en los Estatuto es promover el consumo de cannabis mediante el cultivo y la distribución de esta sustancia entre sus socios”.

2.2. Posición del Fiscal en el expediente administrativo de inscripción de asociaciones entre cuyas finalidades figure el cultivo de cannabis

Se refiere la Instrucción en este apartado al tratamiento que debe darse al traslados que los registros hacen cuando se pretende inscribir una asociación cuyo objeto, estatutariamente declarado es “la promoción del consumo de cannabis mediante el cultivo y la distribución de esta sustancia entre sus socios”, entendiéndose que procede considerar dicho traslado como

4 El art. 105.1 LECrim establece lo siguiente: “1. Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada”.

5 El art 3 EOMF dice que “Para el cumplimiento de las misiones establecidas en el artículo 1, corresponde al Ministerio Fiscal:

...3. Velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa. 4. Ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda...”

una denuncia del art. 269 LECrim y, en consecuencia, incoar diligencias de investigación penal. El referido traslado conlleva la suspensión del procedimiento administrativo de inscripción hasta que haya resolución judicial firme, sin que el fiscal tenga intervención alguna en dicho procedimiento.

2.3. El régimen de fiscalización sobre el cultivo de cannabis y la relevancia penal o administrativa de esta actividad

Se alude en este apartado al régimen de fiscalización del cannabis que se deriva de la Convención Única de 1961 y de la Ley 17/1967 que conlleva que el cultivo de la planta requiere autorización administrativa, siendo ilícito –ilicitud general- si se realiza sin dicha autorización, pudiendo ser delictivo –ilicitud penal- en algunos casos, concretamente cuando ese cultivo pretenda promocionar el consumo ilícito. De lo anterior se puede derivar que no todo cultivo no autorizado será constitutivo de delito, siendo atípicos aquellos cultivos en los que no hay preordenación al consumo humano –se quiere investigar la planta sin autorización para ello-, o aquellos en los que se busca, no un consumo ajeno, sino el propio, o el que precede a otros supuestos de atipicidad –entregas compasivas o consumos compartidos-.

Se recuerda que también es ilícita la posesión, aun destinada al propio consumo, conforme al art. 25 de la Ley 1/1992 de Seguridad Ciudadana (hoy debe entenderse hecha la referencia a la Ley Orgánica 4/2015).

En este punto la instrucción que se da a los fiscales es la siguiente: si se aprecia ilicitud administrativa, pero no penal, debe deducirse testimonio a la Subdelegación del Gobierno para que proceda en el ámbito de sus competencias.

A continuación, se dan pautas para determinar cuándo hay relevancia penal en base a la jurisprudencia

del TS sobre consumo compartido, pero previamente se afirma que

“dichas actividades de cultivo de la sustancia estupefaciente podrán tener relevancia penal cuando estén pre-ordenadas a su distribución entre terceras personas, incluyendo en este concepto la difusión entre los integrantes de la asociación investigada”.

Lo anterior quiere decir que para la Fiscalía los socios de un CSC deben considerarse siempre terceros ajenos, lo que impide cualquier consideración sobre la posibilidad de aplicar la doctrina del consumo compartido, a pesar de lo cual, se hace referencia a la misma y se reproduce esquemáticamente la Jurisprudencia que declara la atipicidad del autoconsumo compartido⁶. Se concluye lo siguiente

“Las conductas de producción o cultivo de cannabis para su ulterior distribución entre los miembros de la asociación puede no encajar dentro de estos límites tan estrechos y entrar en el ámbito de las que se tipifican en los artículos 368 y siguientes. En estos casos los Sres. Fiscales habrán de promover las correspondientes acciones penales”

6 Se dice concretamente lo siguiente: “En relación con el autoconsumo compartido de drogas, las pautas sentadas por la jurisprudencia (vid. SSTS no 888/2012, de 22 de noviembre, 669/2012, de 25 de julio, 171/2010, de 10 de marzo entre otras) exigen para la falta de relevancia penal de esta conducta los siguientes requisitos: a) Los consumidores que se agrupan han de ser adictos, interpretándose “adicto” también como consumidor de fin de semana. b) El consumo de drogas ha de realizarse en lugar cerrado. c) La cantidad de droga ha de ser insignificante como correspondiente a un normal y esporádico consumo. d) La coparticipación consumista ha de venir referida a un pequeño núcleo de drogodependientes, perfectamente identificables por su número y condiciones personales, por lo que han de ser personas ciertas y determinadas, único medio de poder calibrar su número (sic) y sus condiciones personales. e) Ha de tratarse de un consumo inmediato de las sustancias adquiridas.” No se hace referencia a que las conductas no estén guiadas por ánimo de lucro o a la inexistencia de precio.

Se admite así una posibilidad de incardinar la actividad de alguna Asociación en los casos de atipicidad, lo que previamente se ha negado por la vía de entender que los socios son terceros ajenos.

Lo anterior explica la posición que la Fiscalía tiene en los últimos años, tanto en los procesos celebrados en instancia, como en los recursos de casación.

Aun reconociéndose que el último párrafo transcrito es correcto –no cualquier actuación de cualquier CSC será atípica-, lo que no está tan claro es la forma de interpretar, por parte de la Fiscalía y del TS, el requisito del consumo ilegal ajeno y el que se refiere al riesgo de difusión entre múltiples e inconcretos consumidores.

2.4. Los límites del derecho de asociación. Análisis de la entidad jurídico-penal de la actividad declarada en los Estatutos de las asociaciones y averiguación de la efectivamente realizada

Se contrapone el derecho de asociación al delito de asociación ilícita y se expone la doctrina jurisprudencial que establece que para la consumación del delito de asociación no se requiere la comisión del delito proyectado, bastando con que existan actividades que permitan entender superada la fase de ideación delictiva: o sea, que se esté ante actos de ejecución –aun sin consumación- y no ante actos preparatorios; por otro lado, debe recordarse que los actos preparatorios de la asociación ilícita están expresamente contemplados en el art. 519 CP. De ahí deduce la Instrucción que la presentación para inscripción de unos Estatutos que reconocen como finalidad el cultivo del cannabis no es suficiente para afirmar el delito de asociación ilícita; pero que habrá delito de asociación cuando existan “otros actos externos relacionados con la finalidad delictiva, como la captación de nuevos miembros, la preparación o ejecución de ac-

ciones concretas”; añadiéndose que “es posible que antes de dicha solicitud de inscripción ya se hayan materializado sus actividades”⁷. Es decir, que las actividades delictivas necesarias para entender que una asociación es ilícita pueden ser anteriores a la solicitud de inscripción de la asociación.

Lo anterior es cierto solo en parte, porque puede haber actividades delictivas previas que sin embargo no se pretendan continuar tras la inscripción de la asociación, lo que, naturalmente, impide la calificación de delito de asociación ilícita; por ello, lo que deberá investigarse es si esas actividades delictivas previas se pretenden continuar plasmándose así en los Estatutos. La descripción que hace el art. 515.1º CP es clara: son asociaciones ilícitas las que tienen por objeto cometer delitos –desde el principio, desde que se constituyen- o promueven su comisión después de su constitución. Las dos modalidades se proyectan hacia el futuro y solo se diferencian en que en el primer caso la asociación nace ilícita y, en el segundo, se convierte en ilícita tras su nacimiento. Si hay actividades delictivas previas y luego se constituye la asociación sin buscar cometer delito o sin promoverlo con posterioridad, no podrá hablarse de delito de asociación ilícita por referencia a unos delitos pasados.

Por otro lado, tratándose de asociación ilícita debe tenerse en cuenta que el objetivo de cometer delitos debe ser de la asociación, no bastando que algún o algunos miembros de la misma pretendan hacerlo aprovechando la estructura organizativa. En estos casos –no lo dice la Instrucción, pero es relevante- no habría delito de asociación ilícita.

⁷ Y se insiste en esta idea al afirmarse que “los Sres. Fiscales en el ámbito de las diligencias de investigación incoadas al efecto deberán practicar las actuaciones necesarias para constatar si la proclamación estatutaria de cultivo de cannabis se ha materializado mediante la actividad efectivamente realizada por las asociaciones que, a través del trámite indicado, pretenden su inscripción en alguno de los registros de asociaciones”.

A continuación se refiere la Instrucción a un supuesto de atipicidad obvio: no incurren en asociación ilícita las que tengan por objeto promover la despenalización del tráfico de drogas o difundir estudios científicos sobre el cannabis. Pero naturalmente si esta finalidad declarada se acompaña de otra oculta de traficar con drogas, podrá sostenerse la existencia de delito de asociación ilícita.

Se admite en la Instrucción que caben casos de asociaciones que cultiven cannabis pero de forma irrelevante para el Derecho penal. Como posibilidad teórica nos es descartable, pero no parece que para la Fiscalía este sea el caso de los CSC; la actitud del fiscal en los procedimientos en los que ha intervenido así lo pone de manifiesto; en algunos la acusación de asociación ilícita es tan infundada que se presenta solo como una vía para provocar el conocimiento por parte de las Audiencias con posibilidad de recurso de casación.

2.5. Asociación y organización criminal

Al contenido de este apartado ya nos hemos referido más arriba. Respecto a las CONCLUSIONES incorporadas en la Instrucción son el fiel reflejo del contenido de la Instrucción por lo que sirven las consideraciones hechas separadamente.

3. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 484/2015, de 7 de septiembre –caso Ebers-

3.1. Sentencia de Pleno jurisdiccional

Conviene aclarar en relación a la Sentencia Ebers que la misma no es fruto de un Pleno Jurisdiccional del art. 264 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), en la redacción dada a este precepto por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, sino consecuencia de un Pleno Jurisdiccional del art. 197 LOPJ. Lo anterior es relevante a los efectos de establecer cuál es el verdadero valor de esta Sentencia.

El art. 196 LOPJ establece, con carácter general, que *“En los casos en que la ley no disponga otra cosa bastarán tres Magistrados para formar la Sala”*. El art. 197 excepciona lo anterior al contemplar la posibilidad de que se formen Salas más amplias; se dice en este precepto lo siguiente *“Ello no obstante, podrán ser llamados, para formar Sala, todos los Magistrados que la componen, aunque la ley no lo exija, cuando el Presidente, o la mayoría de aquéllos, lo estime necesario para la administración de Justicia”*. Acudir a esta posibilidad en nada afecta al “valor” jurídico de la sentencia resultante del Pleno, por más que deba reconocerse que una resolución de Pleno apoyada unánimemente o con pocos Votos disidentes, indica cuál pueda ser la actitud de la Sala en ulteriores procedimientos.

No debe confundirse este Pleno jurisdiccional del art. 197, con el novedoso introducido en el art. 264 por la LO 7/2015. Por otro lado, la citada Ley ha entrado en vigor el 1 de octubre de 2015, es decir, con posterioridad a la fecha de la Sentencia Ebers que es de 7 de septiembre de 2015, de manera que el Pleno que la pronuncia no puede ser uno de los nuevos reglados en el art. 264.

Con todo, no puede descartarse que, en un futuro, el TS convoque un Pleno jurisdiccional del nuevo art. 264 para resolver algún recurso interpuesto por el Fiscal contra alguna sentencia absolutoria de instancia referida a actividades de un CSC. Es más, teniendo en cuenta que en uno de los Votos Particulares a la Sentencia Ebers se señala que la misma no ha establecido una doctrina general sobre la relevancia o irrelevancia penal de dichas actividades, sería un Pleno del art. 264 el instrumento idóneo para fijar esa doctrina general. Por eso, interesa aquí señalar cuál es el valor de las Sentencias que puedan dictarse en el futuro por un Pleno del citado artículo 264. El Voto particular del magistrado Conde-Pumpido, al que se adhieren los magistrados Ferrer García y Jiménez García, totalmente, y Martínez Arrieta parcialmente, señala lo siguiente

“es conveniente que esta Sala determine con mayor precisión los límites de la tipicidad en los supuestos de agrupaciones para el cultivo y consumo compartido de cannabis”, indicando que la sentencia, por el contrario, “renuncia a definir unos “requisitos estrictos más o menos razonables”, remitiendo los límites de la tipicidad en esta materia al análisis casuístico (“examinar cada supuesto concreto”), lo que a nuestro entender constituye una respuesta insuficiente e insegura que no resuelve con claridad el problema, y por el contrario lo perpetúa. Con ello, a nuestro entender, no se atiende al cumplimiento efectivo de nuestra función esencial como Sala de Casación a la que le correspondería, tras un largo período de indefinición e inseguridad jurídica en esta materia, resolver con precisión el conflicto estableciendo límites claros de la tipicidad en los supuestos de agrupaciones de consumidores de cannabis para un cultivo dedicado exclusivamente al consumo propio. Límites claros que sirvan de guía para la persecución y sanción penal de estas conductas, evitando desigualdades en función de criterios locales de naturaleza policial o judicial”.

El reproche contenido en el texto transcrito –posible conculcación del principio de igualdad por inexistencia de una doctrina general que establezca los requisitos y límites de la tipicidad- es de capital importancia y el TS debería, a la mayor brevedad, ponerle remedio. Y para ello, el instrumento más idóneo, como se ha dicho es un Pleno jurisdiccional, no del art. 197, sino del art. 264; según este precepto

“1. Los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala se reunirán para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales, especialmente en los casos en que los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala o Tribunal sostuvieren en sus resoluciones *diversidad de criterios interpretativos en la aplicación de la ley en asuntos sustancialmente iguales*. A esos efectos, el Presidente de la Sala o Tribunal respectivo, por sí o a petición mayoritaria de sus miembros, convocará Pleno jurisdiccional para que conozca de uno o varios de dichos asuntos al objeto de unificar el criterio.

2. Formarán parte de este Pleno todos los Magistrados de la Sala correspondiente que por reparto conozcan de la materia en la que la discrepancia se hubiera puesto de manifiesto.

3. En todo caso, quedará a salvo la independencia de las Secciones para el enjuiciamiento y resolución de los distintos procesos de que conozcan, si bien deberán motivar las razones por las que se aparten del criterio acordado.”

En la materia que nos ocupa, la necesidad de unificar criterios se deriva, no solo de la discrepancia que algunos Magistrados han subrayado con sus Votos Particulares, sino también de la existencia de una jurisprudencia menor que ha decidido en favor de la absolución –aunque con excepciones- y del hecho de tratarse de una cuestión respecto de la que no existen pronunciamientos previos del TS, es decir, no

existe doctrina legal general.

Los Plenos reglamentados en el art. 264 –en su redacción de 2015- son jurisdiccionales y, por ello, resuelven un caso concreto. Nada tienen que ver con los antiguos Plenos no Jurisdiccionales del art. 264 anterior a la reforma de 2015 y hoy desaparecidos; estos eran “reuniones” de unificación de doctrina, pero que no resolvían ningún caso concreto, por más que enunciasen criterios que luego eran llevados a las Sentencias que juzgaban supuestos particulares.

Lo decidido en los nuevos Plenos Jurisdiccionales no podrá contradecir, ni la independencia de una Sección –si las hubiere-, ni la independencia judicial proclamada en la Constitución⁸ y en la LOPJ⁹ para cualquier juez del mismo Tribunal Supremo o de cualquier otro juzgado o tribunales inferiores.

Quiere lo anterior decir que estos nuevos Plenos Jurisdiccionales no generan jurisprudencia vinculante y el valor de la doctrina que contengan es el que el art.

8 Art. 117.1. de la Constitución

9 Art. 12.1 y 2 que afirma la independencia de los jueces y magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional y establece que la interpretación y aplicación de la ley hecha por un juez solo puede corregirse cuando se administre Justicia y por la vía de los recursos. Por su parte, el art. 13 del mismo cuerpo legal dice que “*Todos están obligados a respetar la independencia de los Jueces y Magistrados.*” Y ese “*todos*” incluye a cualquier juez o Tribunal. Téngase en cuenta que la independencia se proyecta hacia fuera, pero también hacia dentro, por lo que también los jueces han de respetar la independencia de los otros jueces.

1.6 del Código Civil¹⁰ establece para la jurisprudencia del TS: complementar el ordenamiento jurídico. Las únicas interpretaciones o doctrinas que vinculan a todos los jueces son las hechas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, de ahí que sus resoluciones se publiquen en el BOE, no ocurriendo lo mismo con las Sentencias que dicta el Tribunal Supre-

10 La sentencia única de cualquier juez o tribunal –incluido el Tribunal Supremo– no genera vinculación para otros –más allá de los casos en los que se plantea una cuestión prejudicial–, aunque produzca efecto de cosa juzgada, es decir, la imposibilidad de volver sobre el asunto resuelto por razón de seguridad jurídica. Fuera del ámbito de la cosa juzgada, no hay vinculación para ningún otro órgano judicial, ni tan siquiera para el mismo, que puede con posterioridad y en otro asunto, modificar su anterior interpretación. En este caso, basta con motivar la modificación de criterio; así lo ha señalado el Tribunal Constitucional en múltiples Sentencias que indican que el cambio de interpretación –o la no vinculación al propio precedente por parte de un órgano judicial– solo vulnera el principio de igualdad, cuando existe identidad de supuesto y órgano –lo que incluye Sala y Sección– y falta de motivación en la que se base dicho cambio de criterio respecto de una doctrina previa consolidada o de un antecedente referidos a un supuesto igual (STC 54/2006, de 27 de febrero). La jurisprudencia es la doctrina contenida en, al menos, dos sentencias de idéntico sentido del Tribunal Supremo o, más acertadamente, como la reiteración de dicha doctrina si bien se ha considerado que una única sentencia puede llegar a ser jurisprudencia (STS, Sala Primera, 335/2011, de 9 mayo, que sostiene lo siguiente: “En todo caso, una sola Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo (sea o no del Pleno de dicha Sala) puede tener valor vinculante como doctrina jurisprudencial para el propio Tribunal y para los demás tribunales civiles, como sucede cuando con la motivación adecuada se cambia la jurisprudencia anterior (por muy reiterada que sea ésta) y fija la nueva doctrina. Así, lo ha dicho esta Sala en Sentencia de 18 de mayo de 2009”). La jurisprudencia encuentra definición en el art. 1 CC, no como fuente del Derecho –no está ubicada en el apartado 1, que es el que indica cuáles son esas fuentes–, sino como complemento del ordenamiento que se genera como consecuencia de la interpretación y subsiguiente aplicación de la ley, la costumbre o los principios generales –apartado 6–; esa interpretación no es fuente, sino que tiene por objeto a las fuentes y estas fuentes vinculan al juez que no puede prescindir de las mismas –apartado 7–, ni sustituirlas por una fuente jurisprudencial. Además, esa interpretación no es libre, sino que está sometida a las reglas contempladas en el art. 3.1 CC. A los efectos que aquí más interesan, subrayamos que la jurisprudencia complementa el ordenamiento, pero no lo completa. Lo anterior es consecuencia lógica de entender que el ordenamiento está completo y no tiene lagunas de derecho, por lo que la jurisprudencia no debe completarlo.

mo, por mucho que contengan su doctrina uniforme o que provengan de un Pleno.

Cierto es que estos Plenos del nuevo art. 264 LOPJ tendrán, cuando se recurra a ellos, una vocación de vincular al propio TS y a cualquier otro juez o tribunal, pero esa vinculación deberá derivarse de la fuerza de sus argumentos y de la “amenaza” de poder corregirse la doctrina contraria por la vía de los recursos. Con todo, la discrepancia es posible –como lo ha sido siempre respecto de la Jurisprudencia– y la LOPJ solo exige que se motiven las razones del cambio del criterio. Esta exigencia en absoluto es novedosa¹¹.

3.2. Los hechos y la calificación jurídica en instancia. La tramitación del recurso de casación

No se hace aquí una reproducción de los hechos declarados probados en instancia, sino que se presentan esquemáticamente aquéllos que tienen relevancia para afirmar o negar la tipicidad:

1º) Asociación de Estudios y Usuarios del cáñamo constituida en octubre de 2010 e inscrita legalmente en marzo de 2011.

2º) Entre los fines declarados en los Estatutos se encuentra el uso compartido cumpliendo “siempre los consejos establecidos por el Tribunal Supremo Español” sobre consumo compartido. Se contempla en el texto estatutario el alquiler de un local donde “llevar a cabo las catas del vegetal conocido como cannabis sativa”.

3º) Los socios debían suscribir dos documentos: el “Contrato de Previsión de Consumo” contemplando las necesidades para seis meses, su declaración de

11 Ver Nota anterior.

ser “usuario habitual” o de padecer una enfermedad para la que se haya probado la eficacia terapéutica o paliativa del cannabis y asumiendo el compromiso de no vender la sustancia obtenida o parte de ella. Por su parte, el documento denominado “Acuerdo de Cultivo Colectivo” establecía el cultivo propio, como forma de obtener la sustancia, en un espacio no superior a 1 metro cuadrado por socio y el destino exclusivo de lo recolectado al “consumo personal y privado”.

4º) Existía una cuota de inscripción como socio de 10 Euros, el precio de cada gramo era de 2 Euros, con un límite de 10 gramos diarios por socio.

5º) En el Reglamento de Régimen Interno se contemplaba la expulsión de los socios que incurriesen en las siguientes conductas:

- “- Salir del local fumando cannabis,
- Exhibir o mostrar en la calle el material adquirido.
- Ser esperado en los alrededores de la Asociación por terceras personas indiscriminadamente.
- Consumir en el local otras sustancias diferentes al cannabis y sus derivados y por supuesto, su tráfico, medie lucro o no”.

6º) En noviembre de 2011 se llevó a cabo una entrada y registro en el domicilio social con el siguiente resultado: 4750 gramos de sustancia incautados. En los días anteriores al registro se ocuparon a seis personas en las inmediaciones del local un total de 25,467 gramos. Todas estas cantidades procedían del cultivo previsto para abastecer las necesidades de la Asociación. El número de socios en noviembre de 2011 era de, aproximadamente, 290.

7º) No se acreditaron los siguientes extremos: que la finalidad o la actividad real fuesen las de distribuir sustancia a terceras personas no socias; que los acusados consintieran distribuciones de droga entre personas no socias; que se entregase la sustancia a no socios; que las cantidades obtenidas como cuota de

inscripción o por cada entrega sufragasen actividad distinta al abastecimiento descrito; que hubiese enriquecimiento ilícito de la Asociación o de los acusados; que se hubiesen excedidos los límites de entrega de sustancia por socio contemplados en cada contrato de previsión de consumo.

La calificación de los hechos por parte de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección Segunda), de 16 de junio de 2014, fue la de “absolución” para los acusados (el presidente, el secretario, la tesorera y dos socios que habían participado ocasionalmente en las labores de preparación y envasado de la sustancias que, de ordinario, se realizaban por el presidente y el secretario).

El Ministerio Fiscal recurrió la sentencia absolutoria en casación por los siguientes motivos:

- Por infracción de ley, al amparo del no 1 art. 849 LECrim por inaplicación de los arts. 368 y 374 CP.
- Por infracción de ley al amparo del no 1 del art. 849 LECrim por inaplicación de los arts. 515.1o y 517.1o y 2o CP.
- Por infracción de ley, al amparo del no 1 del art. 849 LECrim por inaplicación de los arts. 570 ter. 1-c y 570 quarter 1 y 2 CP.

La defensa de los acusados se opuso a los referidos motivos.

Admitido el recurso de casación, tras hacerse señalamiento, el mismo se suspende y por Providencia de 18 de febrero de 2015 se acuerda elevar el asunto a Pleno Jurisdiccional señalado para el 24 de marzo. Por Providencia de 7 de abril, se da audiencia a las partes (art. 897.2 LECrim) para que se manifestasen sobre la eventual aplicación del art. 14 CP (error de tipo y error de prohibición); evacuado el trámite se reanudó el Pleno el 8 de julio, ampliándose el plazo

para dictar Sentencia en 20 días más de los señalados por Auto de 16 de julio de 2015. La STS 484/2015 se dictó el 7 de septiembre.

3.3. Análisis de los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia Ebers

3.3.1. Fundamentos Primero y Segundo

Se subraya que según la Sentencia de la Audiencia Provincial la actividad analizada era un caso de “cultivo compartido” que aparece como una variante del “consumo compartido” y que es atípico. Por el contrario, el Ministerio Fiscal entiende que los requisitos del “consumo compartido” no son aplicables a un caso en el que están involucrados 290 consumidores y una producción de 10,4 toneladas de cannabis cada seis meses. Subraya el TS que el dato de la incautación de droga fuera del local, subrayado por el Fiscal, no se ha de tener en cuenta al no estar probado que la sustancia procediese del local; además, se afirma que *“este elemento dista de ser decisivo a efectos de tipificación: es perfectamente prescindible”*.

En cambio, se tienen por probados dos extremos:

1º) Que se incautaron 4750 gr.

2º) *“...que se consentía eventualmente la entrega de cantidades que sobrepasaban la correspondiente a un consumo inmediato para ahorrar desplazamientos”*.

3.3.2. Fundamento Tercero: el ánimo de lucro y la alteridad

A esta cuestión ya nos hemos referido más arriba, afirmando que, al no ser el ánimo de lucro un elemento típico del tráfico de drogas, no puede afirmarse que la ausencia de tal ánimo sea un requerimiento de los

supuestos de atipicidad. Así lo entienden el Fiscal y el propio TS en este caso¹². No obstante lo cual, se afirma en la Sentencia que el ánimo de lucro *“tiene relevancia pero tan solo como signo externo y elocuente (aunque no imprescindible) de la alteridad que es presupuesto de la punición de estas actividades”*.

Este es uno de los puntos más importantes de la Sentencia: el concepto de alteridad que, aplicado al consumo, nos permite contraponer el consumo propio –individual o de un grupo de autoconsumidores en los términos definidos tradicionalmente por el TS-, al consumo ajeno, o sea, el de terceros, cuya promoción es típica. Pero a partir de aquí, la Sentencia hace un razonamiento más sociológico que jurídico, al afirmar que la contraprestación –no solo cubrir costes, sino obtener beneficios- es un claro indicador de que se

12 Dice la STS Ebers lo siguiente: *“No parece que la presencia o no de afán de enriquecimiento personal sea significativa en principio en un delito de riesgo que protege la salud pública. Nadie dudará que una asociación dedicada a distribuir de manera gratuita y altruista drogas, incluso limitándose a repartirla entre quienes, siendo usuarios, demostrasen penuria de medios económicos, estaría favoreciendo el consumo ilegal de sustancias estupefacientes (art. 368 CP). No incide en el bien jurídico “salud pública” que la difusión de droga se efectúe mediante precio, gratuitamente, o restituyendo exclusivamente su coste. Si se conviene que una actividad como la analizada en este procedimiento no pone en riesgo el bien jurídico tutelado de forma penalmente relevante, discriminar entre unos y otros supuestos (puro altruismo con gratuidad total, lucro desmedido, o mera contribución a los gastos) se antoja caprichoso. En principio el riesgo para la salud pública generado, si es que se produce, no varía por razón del móvil que anima al autor. Si se sostiene que la producción y distribución de cannabis en las condiciones en que lo hacía la Asociación de referencia no afecta de modo penalmente significativo al objeto de protección del art. 368 CP, no habría razones para sostener que sí quedaría vulnerado si la distribución fuese gratuita; y menos todavía (la facilitación tendría menor potencialidad difusora por menos atractiva) si se exigiese el pago de precios superiores para propiciar una justa remuneración por sus tareas a los responsables o incluso para acumular abultadas ganancias concibiéndola como negocio. Las motivaciones egoístas o lucrativas pueden despertar más antipatía o mayor reproche; pero en relación estricta al bien jurídico son irrelevantes, rigurosamente neutras. El objeto de protección no es el patrimonio o la capacidad económica del consumidor de estupefacientes”*.

está fuera de los casos de autoconsumo comparado (o, mejor dicho “compra compartida” o “bolsa común”), porque “*comercia y eso acredita la alteridad*”.

En definitiva, considera esta Sentencia que el ánimo de lucro no es un elemento de la tipicidad, pero que el precio o el beneficio económico es un indicio de que no estamos ante un caso de adquisición compartida destinada a un conjunto de autoconsumos atípicos, sino ante un supuesto de promoción de consumos ajenos que integran el elemento típico del art. 368 CP “*consumo ilegal*”¹³. Esta conclusión no parece acertada, por su generalidad y por no indicar cuándo decaen esos indicios. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la Sentencia no hace pivotar la condena sobre la afirmación de la existencia de peligro abstracto exclusivamente, sino sobre la afirmación de que hay alteridad –a pesar de que no hay precio o beneficio-, lo que supone riesgo de difusión.

3.3.3. Fundamentos Cuarto y Quinto: interpretación y realidad social. Normativa nacional e internacional aplicable. La posesión preordenada al consumo. La actuación “exclusivamente con fines de consumo personal” según la legislación nacional

Se parte de la necesidad de interpretar la norma jurídica dada su “*textura abierta*” y de hacerlo conforme a

¹³ Con este razonamiento el TS rechaza –con razón- el discurso de la Sentencia de la Audiencia Provincial que, según el TS, otorga a la ausencia de ánimo de lucro un efecto que no tiene. Se dice en la resolución de la Audiencia que la Asociación funcionaba en una economía de subsistencia, sin generarse beneficio alguno para los acusados; pero esto se expresa en cuatro líneas y no se le otorga más importancia que la de rebatir la consideración del Fiscal de que EBERS tuvo como finalidad crear una apariencia de legalidad en cuanto asociación sin ánimo de lucro cuando su actividad real era la “*distribución a terceras personas de sustancia estupefaciente, concretamente marihuana y hachís, a cambio de dinero*”. La Sentencia de la Audiencia se limita a decir que “*no existe en absoluto ánimo de lucro y esto es importante*”.

los criterios establecidos en el art. 3 CC, uno de los cuales es el referido a la realidad social en la que debe aplicarse la norma. A continuación se hace una referencia somera a ese contexto social¹⁴, señalándose la existencia de un debate social y político sobre el tratamiento del consumo del cannabis o de las asociaciones de consumidores. Pero inmediatamente se advierte que no compete a los jueces intervenir en ese debate que tiene un ámbito internacional¹⁵ y que debe ser atendido por otros poderes del Estado distintos del judicial. Por lo que se concluye que debe el Tribunal aplicar la ley nacional “*sin traicionarla haciéndola decir lo que no dice; o ignorando lo que dice*”, teniendo en cuenta el art. 368 CP, la normativa administrativa que define el “consumo ilegal” y la normativa internacional que nos vincula.

Se recuerda que el art. 2 de la 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*, obliga a considerar como delito una serie de conductas cometidas intencionalmente (cultivo, producción, posesión y actos de tráfico), salvo cuando “**sus**

¹⁴ Dice la Sentencia lo siguiente “*Siendo muy generalizada y estando contrastada sanitariamente la convicción de que el consumo de drogas y estupefacientes es perjudicial para la salud pública, también de las llamadas drogas blandas, se arguye que podría ser más eficaz o arrojar en conjunto más réditos que perjuicios una política de mayor tolerancia acompañada de rigurosos controles y reglamentación, huyendo del prohibicionismo absoluto*”.

¹⁵ Se citan como ejemplos de esa política criminal internacional “*las recomendaciones periódica del Consejo de la Unión Europea en materia de lucha contra la droga -la última contempla el período 2013-2020-, y entre muchas otras, la Recomendación de la Conferencia de Ministros de justicia de los Países iberoamericanos para la armonización de la legislación penal sobre drogas de mayo de 2015*”, lo que resulta llamativo porque no son las “recomendaciones” las que fijan la política de drogas, sino las tres Convenciones de Naciones Unidas de 1961, 1971 y 1988, las que, con una carga normativa superior a la de otros Convenios de Naciones Unidas, dibujan los estrechos márgenes dentro de los que los Parlamentos nacionales han de moverse.

autores han actuado exclusivamente con fines de consumo personal tal como lo define la legislación nacional”.

A partir de aquí razona el TS sobre si las conductas realizadas en el ámbito de un CSC pueden entenderse como una actuación con fines de consumo personal exclusivamente o no y si el art. 368 CP incorpora co- rrectamente este Decisión Marco.

En este punto debe tenerse en cuenta que el consumo personal que la Decisión excluye de sus prescripciones no está definido en dicha Decisión, sino que se hace remisión a la “*legislación nacional*”. Tratándose de la legislación española, no existe una definición de consumo personal permitido en función, por ejemplo, de una determinada cantidad; tampoco se fija legalmente cuál es la cantidad de sustancia que puede poseerse con destino al propio consumo sin incurrir en delito. Otras legislaciones establecen la atipicidad de la tenencia de pequeñas cantidades cuando tal tenencia es previa al propio consumo. En España esa labor de establecer un límite entre la tenencia delictiva y la tenencia atípica la ha asumido la Jurisprudencia. Nos detenemos ahora en esta construcción jurisprudencial.

Debe partirse de que el CP castiga la posesión de drogas fiscalizadas si persigue determinados fines¹⁶. Por eso se afirma que la mera posesión destinada al tráfico “*lejos de ser un acto preparatorio o impune, entra igualmente en la descripción legal*” (STS 134/1999, 3-2); pero al ampliarse tan extraordinariamente la tipicidad con actos que están todavía lejos del consumo ilegal o del peligro de que el mismo se produzca, esta tipicidad de la posesión preordenada al tráfico es un gran obstáculo para la apreciación de la tentativa.

16 En lo que se refiere a la exposición de la posesión atípica seguiré lo recogido en MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Tráfico de drogas I, II y III”, en Álvarez García, F. J. (director), Manjón-Cabeza Olmeda, A. y Ventura Püschel, A. (coordinadores), *Derecho Penal español. Parte Especial II*, ob. cit., págs. 1274 y ss.

La expresión que se acaba de utilizar, “posesión preordenada al tráfico”, es usual en la doctrina y en la jurisprudencia, pero debe entenderse en el sentido al que obliga el art. 368: “*las posean (las drogas tóxicas...) con aquellos fines*” que son —repárese en la utilización del plural— los de promover, favorecer o facilitar (lo que también incluye el tráfico, pero no sólo el tráfico).

Como ya se ha indicado más arriba, queda fuera de la tipicidad del art. 368 CP la posesión de drogas que no sea previa al favorecimiento del consumo ilegal (poseerlas para estudiarlas o para experimentar con ratas de laboratorio o por coleccionismo, con independencia de que estas conductas puedan ser ilícitos administrativos) y la posesión preordenada al autoconsumo impune (o a los autoconsumos compartidos cuando resulten atípicos).

Cuestión de capital importancia es la determinación de cuándo la posesión está destinada al autoconsumo y cómo el TS tiene por acreditado tal destino.

La cantidad de droga¹⁷ poseída es el punto de partida para resolver esta cuestión (STS 9/2006, de 18 de enero). No acude la Jurisprudencia a cantidades fijas para decidir el elemento subjetivo del destino que se quería dar a la droga, por lo que la cantidad de droga no es un elemento objetivo sino un elemento para probar el elemento subjetivo (STS 126/2000, de 14 de julio). Se entiende que es factible la posesión para el autoconsumo impune ante cantidades que resulten de multiplicar la cantidad de consumo diario de la sustancia poseída por los días de acopio, normalmente 5

17 Tratándose de tráfico de drogas, la cantidad de sustancia es relevante para agravar la pena por su notoria importancia (art. 369. 3a) o para súper agravarla por su extrema gravedad (art. 370); como indicio para determinar si estamos ante una posesión atípica, por estar preordenada al consumo, o ante una posesión típica, por estar destinada al tráfico; para determinar la inexistencia de objeto material, cuando se está por debajo de los mínimos psicoactivos (en la tesis que mantiene el TS) o para aplicar el principio de insignificancia; y finalmente para apreciar el tipo atenuado por la escasa entidad del hecho.

aunque, dependiendo de las circunstancias, se parte de 3 días de acopio llegándose hasta 10.

A lo anterior se unen otros datos de los que se puede deducir el destino de la posesión, acudiendo a la prueba indiciaria (STS 705/2005, de 6 de junio); así

- aparición de instrumentos que indiquen la preparación de dosis a cierta escala; presentación de la droga (STS 235/2008, de 30 de abril);
- la actitud del sujeto en el momento de ser descubierto (STS 9/2006, de 18 de enero), indica que tal actitud no es determinante para inferir el destino al tráfico;
- que el sujeto sea consumidor ocasional o habitual o dependiente o no (STS 1279/2005, de 16 de julio);
- anteriores operaciones de venta que resulten acreditadas (STS 946/2004, de 16 de julio);
- la existencia de importantes sumas de dinero en el domicilio que no respondan a ninguna actividad lícita (STS 639/2007, de 6 de julio);
- otras circunstancias tales como tener la droga a la puerta de una discoteca a las dos de la madrugada; volver de viaje de un lugar donde se vende droga barata.

Estando ante cantidades de droga que permitan pensar en el autoconsumo, los anteriores datos deben valorarse conjuntamente para inferir el destino. Así, ante la posesión de dos o tres dosis de sustancia no puede negarse el autoconsumo por el sólo hecho de que el poseedor no sea consumidor. Que la posesión está destinada al tráfico es un juicio de inferencia que ha de derivarse de máximas de experiencia y de indicadores externos, siendo revisable en casación (STS 1511/2005, de 27 de diciembre).

Por otro lado, debe recordarse que la posesión típica no se limita a la detentación material de la droga, admitiéndose, para afirmar la consumación, la posesión mediata o disponibilidad.

En definitiva, y por lo aquí más importa, la atipicidad de la posesión para el autoconsumo se construye jurisprudencialmente, pero no sobre el dato objetivo de una cantidad concreta, sino a partir unas cantidades variables, resultado de multiplicar cantidad de sustancia por días de acopio, modulando las cifras en base a otros indicadores que nos suministran meros indicios, derivándose de todo ello el elemento subjetivo de preordenación al tráfico prohibido o al autoconsumo impune. Y esta construcción jurisprudencial y los casos a los que resulte aplicable es la que debe servir para saber si estamos o no ante el supuesto del art. 4.2 de la Decisión Marco 2004/757/JAI¹⁸. Recordamos que a tenor de este precepto

“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 defina la legislación nacional.”

Pues bien, la Sentencia Ebers hace en este punto una curiosa maniobra lingüística y de deducción al analizar si nuestra legislación –lo que debe entenderse como previsiones legales con la interpretación que de las mismas hace la jurisprudencia- incorpora correctamente o no el precepto referido de la Decisión. En efecto dice la Sentencia lo siguiente:

“*Subsiste un margen de apreciación para las legislaciones internas que pueden amplificar más o menos lo que significa actuar con fines de con-*

18 Sobre esta Decisión ver MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Perspectivas de reforma y estrategia de la Unión Europea en la represión del tráfico de drogas”, en F. J. Álvarez García (dir.), La adecuación del derecho Penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 685-724.

sumo personal. Pero hay unos límites a la interpretación: se precisan equilibrios lingüísticos y algún esfuerzo dogmático tanto para considerar la actividad ahora contemplada como exclusivo consumo personal; como para encajar una tesis jurisprudencial que variaría la interpretación tradicional y durante muchos años incuestionada de un precepto legal no alterado en la categoría de legislación nacional”.

Dos consideraciones deben hacerse a este punto de partida:

1ª) La interpretación jurisprudencial de un precepto tiene el papel de complementar ese precepto, por tanto la exegesis que el TS haga de un precepto construyendo la doctrina legal que permita su aplicación, cabe y debe integrarse en el concepto de “legislación nacional” que reclama la Decisión Marco.

2ª) Cuestión distinta es que existan interpretaciones jurisprudenciales inadmisibles, por ejemplo, porque sobrepasan el tenor literal de la norma objeto de exégesis. Lo relevante, en lo que aquí importa, es si la aplicación de la doctrina jurisprudencial del consumo compartido a los CSC es o no posible conforme a los cánones de interpretación que establece el CC. También puede plantearse la elaboración de una nueva doctrina jurisprudencial que deslinde los casos típicos y los atípicos para los CSC. Cualquiera de las respuestas (típico o atípico conforme a la tradicional doctrina del consumo compartido o conforme a una nueva) será admisible si no es tachada por el TC y el resultado alcanzado deberá necesariamente integrarse en el concepto de “legislación nacional” de la Decisión Marco.

En resumen, la cuestión es más sencilla de lo que la Sentencia Ebers quiere plantear: debe decidirse si las conductas que se realizan en el ámbito de actuación de un CSC son típicas, atípicas o una u otra cosa según los casos (aquí adelanto que, en mi opinión

esta última es la respuesta: análisis caso por caso).

Con todo, el TS sigue adelante con su extraño razonamiento al decir lo siguiente

“Admitamos a efectos exclusivos de argumentación que una y otra cosa son factibles (las referidas en el párrafo recién transcrito). Pero habría que convenir, al menos, que no estaríamos ante una interpretación diáfana, no exenta de dudas o cristalina del concepto normativo exclusivo consumo personal”

El TS, o se equivoca al reproducir las palabras de la Decisión Marco, pues altera su orden, o no hay tal equivocación sino una consciente alteración de tal orden. La norma comunitaria permite no castigar penalmente en los casos de personas que actúan “exclusivamente con fines de consumo personal tal como lo defina la legislación nacional”. El TS habla de “exclusivo consumo personal”. Es decir, para la Decisión Marco se tiene en cuenta el fin exclusivo de autoconsumir que mueve a cada persona, mientras que el TS aplica la “exclusividad” al consumo; y no es lo mismo. Lo dicho en la Decisión supone que puede no castigarse a cada uno de los sujetos que actúan movidos con el fin exclusivo de consumir personalmente, aunque luego consuman muchos más; lo afirmado por el TS quiere decir que puede no castigarse en el caso del exclusivo consumo personal. Se traslada así la decisión de atipicidad desde los fines – elemento subjetivo que debe indagarse en cada sujeto particularmente-, a las conductas –elemento objetivo-, lo que puede conducir la interpretación y las decisiones por derroteros distintos.

A pesar de lo dicho, no es en esta cuestión de referir la exclusividad a los fines o a los consumos donde se sitúa el debate, por más que el TS parezca darle im-

portancia¹⁹. Lo relevante es que para el TS la doctrina del consumo o cultivo compartido no es aplicable a los casos de los CSC en los que se realiza un “*consumo asociativo*” en base a argumentos que se desarrollan después.

3.3.4. Fundamento Séptimo. El consumo ilegal. El cultivo delictivo

Tras afirmarse que el art. 368 no castiga el consumo ilegal, se dice que el objeto de punición es la promoción de ese consumo. Pero a continuación se hace una afirmación referida al cultivo que no podemos compartir sin matizarla, cosa que el propio TS ha de hacer. Se dice

“Cuando su objetivo final es ese consumo contrario a la legalidad, se convierte (el cultivo) en conducta típica”.

19 Apunta el TS que la Audiencia Provincial de Vizcaya debió plantear, antes de dictar Sentencia absolutoria, una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Pero lo cierto es que no lo hizo porque no tenía dudas sobre la cuestión; es decir no se dudaba si la doctrina del consumo compartido aplicada a un CSC contrariaba el art. 4 de la Decisión Marco. Con todo conviene recordar aquí el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que establece casos en los que el juez nacional puede plantear la cuestión prejudicial y otros en los que el juez debe plantearla. Dice el precepto lo siguiente:

“El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- a) sobre la interpretación de los Tratados;
- b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión;

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.”.

Ya sabemos que es consumo ilegal, a efectos del CP, todo aquel que sea de un tercero, mientras que para la legislación administrativa es consumo ilegal todo aquel que no esté autorizado, sea propio o ajeno. Por tanto debe concluirse –y ya lo hemos hecho más arriba- que el art. 368 se refiere al consumo “ilegal”, por falta de autorización, pero siempre ajeno o de un tercero, pues el “ilegal”, pero propio, no pone en peligro la salud pública y queda fuera del ámbito de protección de la norma. En consecuencia, el cultivo destinado a un consumo ilegal –por carente de autorización-, pero propio no es delictivo, mientras que el cultivo destinado a un consumo ilegal –por no autorizado- y de terceros resulta delictivo. El propio TS, consciente de que lo afirmado es solo parcialmente cierto, afirma que

“hay que apresurarse a recortar la excesiva consecuencia –el cultivo no autorizado siempre es delictivo- que de forma precipitada podría extraerse de esa consideración”.

Lo anterior, o sea, la necesidad de apresurarse a matizar la afirmación de que el cultivo es típico si va dirigido a un consumo ilegal, podría aconsejar no haber hecho la aseveración en cuestión que es errónea.

Concluye la Sentencia Ebers que

“el cultivo es atípico cuando no se detecte alteridad”.

Esta afirmación es contraria a la primera y no es solo un recorte del excesivo alcance de la primera. Estando en este punto totalmente de acuerdo con la posibilidad de un cultivo atípico, procede saber qué debe entenderse por “*alteridad*”. Lo anterior es de capital importancia porque la condena en este caso obedece –como ya ha indicado- a dos razones: en la asociación Ebers había alteridad, porque se promocionaba el consumo de otros y no solo el propio y, además,

existía riesgo de difusión de la sustancia entre terceros ajenos. Aunque admitiésemos esto último en algunos casos, quedaría por resolver si cuando no existe riesgo de difusión fuera del recinto cerrado de la asociación o del lugar de cultivo, se puede hablar de alteridad; dicho de otra manera, si los socios son terceros ajenos o no.

3.3.5. Fundamento Octavo. El precedente de la STS 1377/1997, de 17 de noviembre

Se refiere la Sentencia Ebers a un precedente dentro del propio TS que resolvía un caso similar. Se trata de la STS 1377/1997, de 17 de noviembre, que condenó a los acusados, previamente absueltos en la Audiencia Provincial de Tarragona, por delito de tráfico de drogas del art. 344 del derogado CP. Se trataba de una asociación inscrita en el Registro, cuyos fines estatutarios eran el estudio biológico de la planta del cannabis sativa y la creación de un foro de debate sobre consumo y criminalización del cultivo y del consumo “*excluyéndose expresamente como fin de la Asociación el fomento o difusión del consumo de Cannabis*”. La asociación contaba con un Presidente y una Junta Directiva, los socios pagaban una cuota anual inferior a mil pesetas y se celebraba una Asamblea General anual. En la celebrada en 1993 se aprobó arrendar una finca para que cada socio cultivase dos plantas, con el compromiso de repartirse igualmente lo cosechado ante notario. En la siembra participaron 97 socios. Un mes después, el Presidente elevó una Memoria de las actividades de la asociación, incluido el cultivo, al Fiscal Delegado antidroga de Cataluña. Las Diligencias incoadas al respecto fueron archivadas porque “la referencia a la producción para el consumo se especifica que se acota exclusivamente a la producción concreta del autoconsumo, que debe entenderse como individual, no punible, y no a autoconsumo colectivo de la asociación que plantearía serios problemas de tipificación penal”. Tras dos intervenciones, una judicial y otra de la Guardia Civil, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de

12 de junio de 1996 absolvió a los acusados porque la conducta “*no reunía la idoneidad necesaria para la difusión de la sustancia típica cultivada a terceros ajenos a aquéllos que dominaron el hecho del co-cultivo*” y porque los acusado “*no sólo no quisieron lesionar el bien jurídico sino que tan siquiera se representaron dicha posibilidad*”, por lo que obraron sin el dolo requerido. El Fiscal recurrió en casación y el TS estimó el recurso con los siguientes argumentos:

-el delito del art. 344 es de peligro abstracto

- “*el cultivo de plantas que producen materia prima para el tráfico de drogas es un acto característicamente peligroso para la salud pública, no obstante que en el caso no se haya llegado a producir un peligro concreto*”

- la ausencia de dolo que da por probada la Audiencia no lleva al error de tipo, sino a un error de subsunción irrelevante

- “*Quienes saben que cultivan cáñamo índico saben todo lo necesario para obrar con dolo en relación al art. 344 CP., a pesar de que puedan haber pensado que esta conducta no era la definida en el tipo penal como prohibida*”.

Este el precedente al que se refiere la Sentencia Ebers. Analizamos ahora la relación entre el supuesto resuelto en la STS 1377/1997 y la Sentencia Ebers.

En primer lugar nos referimos a la cuestión del peligro. Para la STS 1377/1997, se trata de una situación de peligro abstracto que se contrapone con la exigencia de la sentencia de instancia referida a la idoneidad de la conducta para la difusión a terceros ajenos a los co-cultivadores; la construcción como delito de peligro abstracto supone que la evitación del peligro concreto o de la lesión son los motivos por los que el legislador acude a dicha construcción, pero su comprobación –que haya existido peligro concreto o

lesión- no se requiere para dar por cumplido el tipo. Una tesis como esta convierte el delito de peligro abstracto en uno de peligro presunto que se explica y se aplica en base a la presunción legislativa *iuris et de iure* del peligro, pero sin requerirse prueba de la existencia en cada caso de un peligro efectivo. No es esta la línea que han seguido otras sentencias que entienden que la acción para ser típica debe ser idónea para que la sustancia se difunda entre múltiples e inconcretos sujetos, es decir, acción apta para generar el riesgo de difusión. Lo anterior quiere decir que el peligro concreto no es un elemento del tipo, pero si lo es la idoneidad de la conducta para poner en peligro el bien jurídico protegido. Este es el entendimiento correcto del tipo del art. 368 y no el que se conforma con la presunción legislativa.

Con posterioridad a la STS 1377/1997, se dictó otra, también referida a cultivo de cannabis, pero no en el ámbito de un CSC. Se trata de la STS 9 de julio de 2003 que partía de la idea de que la conducta será típica cuando se constate “el riesgo de difusión indiscriminada y externa del consumo”.

Con la mejor Jurisprudencia, podemos afirmar que el peligro para la salud pública requiere que la droga sea susceptible de difusión entre varios e inconcretos sujetos no previamente elegidos. Lo anterior supone que no todos los cultivos de droga son típicos, pues no en todos se dará su idoneidad para que la sustancia alcance a múltiples e inconcretos consumidores. Tampoco serán típicos –ya se ha dicho- aquellos cultivos destinados a atender el autoconsumo impune o el consumo colectivo atípico.

La consecuencia de adoptar la tesis correcta es que habrá cultivos que sean típicos porque se desenvuelven con peligro de difusión entre sujetos inconcretos, mientras que otros no lo serán si carecen de idonei-

dad para que se produzca esa difusión²⁰.

La segunda cuestión tratada en la STS 1337/1997 es la referida al error. Para la sentencia de instancia los acusados actuaron sin dolo porque no eran conscientes de que su conducta era favorecedora del tráfico. El TS responde que “*quienes saben que cultivan cáñamo índico saben todo lo necesario para obrar con dolo en relación al art. 344 CP., a pesar de que puedan haber pensado que esta conducta no era la definida en el tipo penal como prohibida*”. Se concluye que “*esto no es un error de tipo...sino un simple error de subsunción*”. Sobre esta cuestión basta ahora anunciar que en ocasiones el error de subsunción es en realidad un error de prohibición o uno de tipo, aunque otras veces es irrelevante. Si el error de subsunción es la consecuencia de interpretar incorrectamente un elemento normativo –que en este caso sería el “consumo ilegal”-, por entenderse que el cultivo no fomenta el “consumo ilegal” (entendieron que no había consumo de terceros, o sea, el consumo ilegal que exige el CP, sino propio y, por tanto, que lleva a la atipicida-

20 Esta discrepancia que aquí subrayamos en relación a las conductas realizadas alrededor de un CSC, se observa en otros casos de tráfico de drogas. No es porque haya distintos conceptos de salud pública, sino más bien porque algunos consideran que siempre que hay droga y una conducta definida en el art. 368, habrá delito, mientras que otros entendemos que la afectación a la salud pública requiere algo más: comprobación del peligro caso por casos desde el criterio de la idoneidad de la conducta para generar riesgo de difusión entre múltiples e inconcretos consumidores. Por esta razón, en otro lugar, y refiriéndome a la venta de mínimas cantidades de drogas, he sostenido que “el bien jurídico sigue siendo la salud pública, o sea, la de muchos e indeterminados sujetos que pueden alcanzarse con la difusión de la droga y que, en los casos de venta de cantidades mínimas e indivisibles no hay riesgo de difusión. Cuando hablamos de la responsabilidad penal (personal) por un acto de venta no podemos imputar a su autor todo el universo de los males de la drogadicción, es decir, no puede responder por el efecto acumulativo que su comportamiento y muchos otros puedan tener sobre el consumidor” (MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. LVI, 2004, pág. 97).

dad), no puede sin más plantearse la irrelevancia, sino que debe analizarse si estamos ante un error de tipo o de prohibición y la vencibilidad o no.

Como se puede fácilmente comprobar, la STS 1337/1997 no es apoyatura de la Sentencia Ebers, ya que en esta última se exige la alteridad y se admite la existencia de un error relevante, tal como analizaremos más adelante.

3.3.6. Fundamento Noveno. Los requisitos del “consumo compartido” (“compra conjunta” o “bolsa común”)

La Sentencia Ebers hace una afirmación de partida sobre el ámbito de aplicación de la doctrina del consumo compartido

“la filosofía que inspira la doctrina sobre la atipicidad del consumo compartido no es extrapolable a un supuesto como el que se está analizando”.

Se parte de la STS 360/2015, de 10 de junio, que, en base a muchas anteriores, recoge la posición del TS sobre el consumo compartido. Se entiende en estas resoluciones que el “consumo compartido o autoconsumo plural entre adictos no constituye una conducta penalmente sancionable” y que ello es consecuencia lógica de atipicidad del autoconsumo, puntualizándose que para afirmar la atipicidad han de reunirse cuatro requisitos: 1º) consumidores habituales o adictos; 2º) consumo en lugar cerrado; 3º) número reducido de consumidores que sean determinados e identificables; 4º) que las cantidades de sustancia no

rebasen las de un consumo diario e inmediato²¹. A estos requisitos ya nos hemos referido más arriba.

3.3.7. Fundamento Décimo. El riesgo de difusión

En este Fundamento la Sentencia Ebers hace aplicación de la doctrina expuesta en el anterior al caso concreto, afirmando lo siguiente:

“Volvamos al supuesto analizado. La magnitud de las cantidades manejadas, el riesgo real y patente de difusión del consumo, la imposibilidad de constatar con plena certidumbre la condición de consumidores o usuarios de la sustancia, así como de controlar el destino que pudieran dar al cannabis sus receptores desbordan no solo los términos más literales en que se desarrolla esa doctrina (que no es lo fundamental como recuerda la sentencia de instancia atinadamente), sino sobre todo su filosofía inspiradora”.

Se aclara que lo que se imputa a los directivos de la asociación no es el posible comportamiento de un socio que pudiese vender la sustancia por él obtenida, sino el hecho “de crear la fuente de esos riesgos incontrolables y reales cuando se manejan esas cantidades de sustancia que se distribuyen a doscientas

²¹ Se afirma en la STS 60/2015 que “Según se expresa en la STS 1014/2013, de 12 de diciembre, alguna de estas exigencias puede ser matizada, o incluso excluida en supuestos específicos, pues cuando un número reducido de adictos se agrupan para la adquisición y ulterior consumo compartido de alguna sustancia estupefaciente, y la intervención penal se realiza en el momento inicial de la adquisición, puede ser difícil constatar la concurrencia de la totalidad de dichos requisitos, que solo podrían concretarse por completo en el momento del consumo”. En esta STS 1014/2013 se afirmaba la tipicidad de la conducta porque se traba de la sustancia sobrante de una fiesta, lo que permitía pensar en “plurales consumidores indeterminados en momentos futuros también indeterminados, pagando evidentemente su precio, lo que implica actos de favorecimiento del consumo que exceden de los supuestos de atipicidad admitidos por nuestra doctrina”.

noventa personas cuyas actitudes o motivaciones no pueden fiscalizarse". Repárese que el elevado número de socio y la cantidad de droga almacenada no son las razones por las que se condena, sino los indicadores del riesgo incontrolable de difusión, riesgo que sí se considera típico.

En la comparación que establece la resolución entre los casos de consumo compartido informal en grupos de amigos y los de CSC se subraya un elemento más allá del número de personas o de la cantidad de sustancia: la estructura estable. Se dice en este sentido que

"Hay un salto cualitativo y no meramente cuantitativo, como pretende el Tribunal a quo, entre el consumo compartido entre amigos o conocidos, –uno se encarga de conseguir la droga con la aportación de todos para consumirla de manera inmediata juntos, sin ostentación ni publicidad-; y la organización de una estructura metódica, institucionalizada, con vocación de permanencia y abierta a la integración sucesiva y escalonada de un número elevado de personas. Esto segundo –se capta intuitivamente- es muy diferente. Aquello es asimilable al consumo personal. Esta segunda fórmula, en absoluto. Se aproxima más a una cooperativa que a una reunión de amigos que comparte una afición perjudicial para la salud, pero tolerada. Estamos ante una actividad nada espontánea, sino preconcebida y diseñada para ponerse al servicio de un grupo que no puede considerarse "reducido" y que permanece abierto a nuevas y sucesivas incorporaciones".

Repárese que lo anterior quiere decir que el hecho de constituir una asociación que pretende atender, ordenadamente y con criterios de salubridad, a los consumos de los asociados sin recurrir al mercado negro, lejos de ser un dato que favorezca la declaración de atipicidad, conduce irremediablemente a la condena. A lo que se añaden dos datos más: almacenamiento

masivo y apertura a un número indiscriminado de personas.

Se concluye este Fundamento con la siguiente afirmación

"No puede convertirse una asociación de esa naturaleza en una suerte de cooperativa de distribución de la sustancia estupefaciente prohibida. No lo consiente el ordenamiento jurídico globalmente considerado. Precisamente por ello podrían generarse llamativas paradojas: negar la incardinación de supuestos como éste en el art. 368, a lo mejor llevaría a aflorar otras tipicidades (legislación especial de contrabando)".

Con lo anterior se están introduciendo argumentos de antijuridicidad general que, aun prescindiendo de la tipicidad en base al art. 368, sin embargo no pueden evitar la oposición a la legislación de contrabando. Debe tenerse en cuenta que la Ley de Represión del Contrabando considera las drogas fiscalizadas por Convenio Internacional como género prohibido y las operaciones de importación, exportación, tenencia, circulación o producción de estos géneros constituyen delito, sea cual sea su valor de la sustancia. Pero lo cierto es que cuando se trata del autosuministro por autocultivo en un CSC estamos en un ámbito que no es el más característico del contrabando, por lo que no se entiende bien que se haga un llamamiento a la legislación especial de contrabando. Parece desconocerse toda la evolución jurisprudencial y legal en materia de concurrencia de tráfico de drogas y contrabando. Baste aquí recordar los siguientes puntos:

1º) Por Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS, de 24 de noviembre de 1977 se decide que el concurso entre el contrabando y el tráfico de drogas es un concurso de leyes y no de delitos, por lo que no puede irse a la dualidad de sanciones, sino a una única pena. Esa única pena será la del tráfico de drogas por aplicación del art. 8, 3a) del CP,

dado que se trata de un caso de consunción (el tráfico consume al contrabando) y no un caso a resolver por la regla residual que da prioridad “*al precepto penal más grave*” –regla 4a del art. 8)²².

2º) La agravación del tráfico de drogas por contrabando que apareció en el CP en 2003, fue derogada por la Ley Orgánica 5/2010, lo que mereció una valoración muy positiva en la doctrina²³.

3º) No tiene sentido hacer una calificación de tráfico y contrabando, pretendiendo ir a la pena del contrabando, pues al ser derogada la agravación específica, la situación actual es la que se deriva del Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 1997 recién citado.

3.3.8. Fundamento Undécimo. La alteridad

Se maneja en este fundamento el argumento más importante de la Sentencia: la alteridad, ya anunciada en anteriores consideraciones. Se sostiene que pueden

“quedar al margen del derecho penal acciones que en una primera aproximación encajarían –como el consumo compartido- en los amplísimos contornos de la descripción típica del art. 368 CP pero en las que, como en éste, no se detecten las razones que motivan esa punición por faltar la alteridad. Se trataría, como en el consumo compartido, de actuaciones asimilables al autoconsumo, aunque se prediquen de una colectividad. No quiere decir ello que tales conductas se acomoden a la legalidad. Entre la atipicidad o irrelevancia penal de una conducta y su licitud desde el punto de vista de la globalidad del ordenamiento jurídico media

22 Ver también, Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la sala Segunda del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2000.

23 Sobre la agravante de contrabando, ver MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Agravaciones del tráfico de drogas en la LO 15/2003”, en La Ley Penal, núm. 12, 2004, págs., 5-27.

un trecho. Hay conductas ilícitas –el cultivo de estas sustancias lo es siempre que no se cuente con la debida autorización (art. 8.1 de la Ley 17/1967 ya citada que también evoca el Fiscal en su recurso)-, que pueden quedar fuera del ámbito de lo punible en esta como en tantas otras materias. De la falta de trascendencia penal no puede derivarse sin más la conformidad con el ordenamiento jurídico”.

Dos cuestiones se entrelazan en el texto transcrito:

1ª) la necesidad de distinguir entre ilicitud general e ilicitud penal, que nos lleva a poder decir que una conducta es ilegal por oponerse a una norma administrativa –en este caso, el cultivo no autorizado-, pero que ello no supone en todos los casos que sea penalmente típica;

2ª) la necesidad de exigir algo más que la mera anti-juridicidad general para estimar la comisión de delito del art. 368; ese algo más es la “*alteridad*”. De lo anterior se deriva en la Sentencia que la clave para poder afirmar si los cultivos y distribución de sustancia de los CSC son constitutivos de delito o, si por lo contrario, son atípicos – aunque ilegales- es la existencia o no de “*terceras personas*”.

Podemos estar de acuerdo con esta idea; en efecto, el delito de tráfico de drogas requiere que las conductas sean susceptibles de alcanzar a múltiples e indeterminados consumidores con el consiguiente riesgo de difusión. Ya se hable de riesgo de difusión a terceros, ya se hable de “*alteridad*”, puede estarse de acuerdo con la tesis de la Sentencia Ebers. El desacuerdo, sin embargo, puede surgir a la hora de afirmar cuando existe dicho riesgo o cuando se da la nota de la “*alteridad*” y cuando no. Para la Sentencia que comentamos el hecho de que sea necesario ser socio antes de recibir la sustancia en un CSC no impide que se pueda afirmar la “*alteridad*” respecto del cultivo o del acopio que quedarían “*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”.

Lo anterior quiere decir que la “alteridad” se deriva de la posibilidad que existan de nuevos socios que se incorporen a un CSC a lo largo del tiempo, a lo que se añade que esta mecánica de incorporaciones sucesivas (o mejor habría que haber dicho, el funcionamiento del propio CSC) lleva a un consumo que no siempre será *“compartido, inmediato o simultáneo”*; con esto se está negando algún otro de los requisitos que tradicionalmente el TS exigía para declarar la atipicidad del consumo compartido (concretamente, el del consumo inmediato).

A continuación se establece en la Sentencia Ebers que la afirmación de tipicidad en el caso concreto que enjuicia no constituye una doctrina general aplicable a cualquier supuesto, dejándose la puerta abierta a que en otros casos puedan resultar atípicos. Ahora bien, si se hace una lectura profunda de la Sentencia, esos supuestos de atipicidad solo se darían en casos en los que existiese un número inicial de socios cerrado, con imposibilidad de nuevas incorporaciones, a lo que debería añadirse que el número fuera muy pequeño y que no existiese posibilidad de sacar la sustancia del recinto; tratándose del cultivo, debería tener unas características que conjurasen el riesgo de difusión fuera del circuito cerrado. Si se conoce la realidad de los CSC en España es difícil decir que la puerta abierta a la atipicidad permita que entren muchos casos.

La Sentencia Ebers dice rechazar la elaboración de una doctrina general sobre la atipicidad en los casos de los CSC. Lo anterior es cierto, pero solo en parte. Efectivamente, no se ofrece una doctrina equiparable a la que el TS, desde antiguo, ha manejado para afir-

mar la atipicidad del consumo compartido; en estos supuestos se exponen unos requisitos fijos, a veces, acompañados de alguno más, que permiten enjuiciar los distintos casos. En la Sentencia Ebers que analizamos se dice que este proceder no es posible para el caso de las asociaciones de consumo, porque la jurisprudencia no puede asumir el papel de una *“hipotética legislación administrativa de tolerancia”* que estableciese un listado de requisitos para conseguir una licencia administrativa. Se afirma que proceder a enumerar un listado de requisitos administrativos, desenfojaría la determinación de la tipicidad, al *“desplazar la antijuricidad desde el bien jurídico – evitar el riesgo para la salud pública- a la fidelidad a unos protocolos cuasi-administrativos pero fijados jurisprudencialmente”*.

Este razonamiento del TS mezcla dos cosas: la primera es la posibilidad de establecer una doctrina sobre la atipicidad penal de las actividades de los CSC, enumerando los requisitos de la misma; la segunda es la oportunidad de una regulación administrativa en un contexto legal de permisión del ciclo del cannabis. Son dos cosas distintas, pero no antagónicas, al moverse en dos escenarios distintos: el de la prohibición y el de regulación. Precisamente porque el actual escenario es el de la prohibición, sobra la consideración de unos inexistentes requisitos administrativos y procede que el TS elabore una doctrina general de la tipicidad/atipicidad, a la vista del carácter extremadamente abierto del tipo del art. 368 y de que es la primera vez que conoce de conductas de CSC (con la salvedad de la Sentencia de 1997 ya analizada), tras un número importante de pronunciamientos contradictorios en Audiencias y Juzgados. Con todo, lo cierto es que en la Sentencia si se establece esa doctrina –aunque lo niegue-, pero se evita hablar de *“requisitos de atipicidad”*, para hablar de *“indicadores que favorecerán la apreciación de la atipicidad”*. La diferencia es poca. De ahí que el análisis de tales *“indicadores”* nos permita establecer en qué casos procede declarar la atipicidad de la conducta o afirmar la tipicidad. Los indicadores son los siguientes:

- reducido número de personas
- carácter cerrado del círculo porque todos los sujetos se conocen
- consumo en lugar cerrado y ausencia de publicidad u ostentación
- ausencia de espíritu comercial
- exclusión de menores
- inexistencia de estructura estable abierta a terceros
- agrupación informal y espontánea;

Los dos últimos de los indicadores se oponen a la institucionalización de la actividad, aunque se revista de tintes de autogestión; se entiende que cuando hay una estructura estable, hay alteridad.

Fácilmente se comprende que estos indicadores de atipicidad no se dan en un número importante de CSC. Desde luego, así lo entiende el TS en el caso Ebers en el que se identifica una estructura asociativa, con un núcleo directivo de muy pocas personas y con un grupo amplio e indiscriminado de consumidores que obtienen la sustancia pagando una cuota y su coste, de dónde se concluye que hay distribuidores y simples receptores y que eso “*es facilitar el consumo de terceros...esa forma de distribución es conducta no tolerada penalmente*”. En resumen, se entiende que hay distribuidores, aunque sean consumidores y receptores-consumidores.

Alteridad y riesgo de distribución son la clave de la condena por delito de tráfico de drogas del art. 368. Respecto a la alteridad, debe señalarse que la parte más débil del razonamiento de la Sentencia es la determinación de quién o quiénes son los terceros: en ocasiones parece que son los socios no directivos; otras veces, se señala a los futuros socio que puedan llegar a incorporarse a la Asociación; en ocasiones parece que los terceros son los extraños que pueden acceder a la droga si un socio la desvía, confundándose así la alteridad con el riesgo de difusión entre sujeto indeterminados.

3.3.9. Fundamento Duodécimo. La asociación ilícita o el grupo criminal

Se descarta la condena por delito de asociación ilícita y por delito de integración en grupo criminal, con remisión a la argumentación de la Segunda Sentencia -que analizamos más adelante- y descartándose la que se hizo en la instancia.

3.3.10. Fundamentos Décimo Tercero y Décimo Cuarto. Revisión de sentencias absolutorias

Se hace referencia a la doctrina ya asentada que limita la posibilidad de revisar las sentencias absolutorias sin intermediación cuando se trata de cuestiones fácticas, no así, cuando se trata de cuestiones jurídicas, ya que la revisión de las calificaciones jurídicas es viable, aunque ello conlleve anular el fallo absolutorio y sustituirlo por uno condenatorio. Tras citarse los precedentes del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se recuerda que está vedado condenar al que previamente había sido absuelto en base a una nueva fijación de hechos, tras una reconsideración de las pruebas; tal proceder solo es posible si ante el órgano que conoce del recurso se vuelven a practicar las pruebas. Se reproduce parte importante de la STC 205/2013, de 5 de diciembre, pudiéndose aquí destacar las siguientes consideraciones:

“no cabrá efectuar reproche constitucional alguno cuando la condena pronunciada en apelación (tanto si el apelado hubiese sido absuelto en la instancia como si la Sentencia de apelación empeora su situación) no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia del órgano a quo, o cuando, a pesar de darse tal alteración, ésta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración o, finalmente, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del Juez de instancia por no compartir el proceso

*deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la Sentencia de instancia y no alterados en la de apelación, pero a partir de los cuales el órgano ad quem deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la intermediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales. Si **el razonamiento del Tribunal Supremo se limitó a un aspecto puramente jurídico: la interpretación de la norma penal y de las causas de exclusión de la antijuricidad, sin alterar el relato contenido en los hechos probados, no puede hablarse de vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías**".*

En base a esta doctrina, la Sentencia Ebers afirma que el cambio de calificación efectuado, que ha llevado de la absolución a la condena, no ha requerido una modificación de los Hechos Probados, debiendo olvidarse aquí y a estos efectos del último apartado del relato fáctico de la sentencia de instancia de "hechos no probados" que es perfectamente prescindible.

Es decir, para el TS es indiferente que se tengan por no probados los siguientes extremos:

- el ánimo de distribuir marihuana a terceros,
- la participación en la distribución a terceros,
- la entrega a ninguna persona distinta de los socios,
- el enriquecimiento ilícito de ninguno de los acusados,
- la entrega de una cantidad mayor a la prevista por socio y período,
- la aceptación por parte de los acusados de que los socios distribuyesen a terceros a título oneroso o gratuito.

La condena se produce sin alterar los hechos que, efectivamente, tuvo por probados la sentencia absolutoria, aunque olvidando lo que no se tuvo por probado. Por tanto, el ámbito de discusión en un posible recurso de amparo podría situarse en este punto: el TS debe respetar los Hechos Probados y desatender que determinadas cuestiones no se probaron, o debe estar también a la falta de prueba de ciertos extremos. Como ya se ha indicado más arriba, no siendo el ánimo de lucro un elemento del delito, es claro que la ausencia de lucro o de ganancia efectiva no pueden conducirnos a la atipicidad. Pero si reparamos en otros "hechos no probados", podrían extraerse consecuencias relevantes: si no se ha podido probar el ánimo de distribuir o, al menos, la aceptación de la distribución, debería plantearse la falta de dolo, lo que nos conduciría, como mucho, ante un comportamiento imprudente atípico.

Por otro lado, como se analizará en breve, la consideración de que el error era vencible se deduce de determinadas afirmaciones que se contienen en la Segunda Sentencia, pero que adelantamos ahora: actitud "*muy próxima a la relativa indiferencia*"; ausencia de "*mayor cautela y un mínimo esfuerzo de indagación*"; que "*se representaron como posible la antijuridicidad de su actividad*"; que "*no hicieron nada por superar ese error*". Todo lo anterior, de ser cierto, daría lugar a calificar como vencible el error, pero no es posible saber si es cierto o no, porque ninguno de esos extremos se incluye en la Sentencia de instancias, ni son deducibles de sus Hechos Probados. Por tanto, sin modificar esos Hechos Probados no es posible alcanzar la conclusión de que el error era vencible; no se trata de un simple cambio de calificación jurídica con respeto a los Hechos Probados, sino de la introducción de nuevos hechos sin oír a las partes. Estas consideraciones podrían prosperar en un recurso de amparo porque el TS no ha sido capaz de explicar suficientemente por qué de los Hechos Probados se deducen sus conclusiones. Entramos ahora en esta cuestión.

3.4. La Segunda Sentencia Ebers. El error de prohibición

3.4.1. El marco de discusión jurídica y los límites de la Segunda Sentencia

En la Segunda Sentencia se recuerda cuáles son las peculiaridades de una resolución de este tipo en casos en los que, casada la resolución de instancia, el TS ha de asumir el papel de tribunal de instancia para dar respuesta a las cuestiones no resueltas en la Audiencia, pero que surgen y deben ser resueltas tras la anulación de la sentencia de instancia. Lo anterior se hace teniendo en cuenta que, al tratarse de un recurso de casación por infracción de ley del núm.1o del art. 849 LECrim²⁴, los hechos probados en la instancia son intocables, pero que deben resolverse cuestiones jurídicas que no han sido abordadas en instancia, dado el fallo absolutorio, que aparecen ahora por primera vez al anularse en parte la sentencia recurrida. En este punto, trae a colación, sin reproducirlo, el TS el art. 902 LECrim, a cuyo tenor

“Si la Sala casa la resolución objeto del recurso a virtud de algún motivo fundado en la infracción de la Ley, dictará a continuación, pero separadamente, la sentencia que proceda conforme a derecho, sin más limitación que la de no imponer pena superior a la señalada en la sentencia casada o a la que correspondería conforme a las peticiones del recurrente, en el caso de que se solicitase pena mayor”.

Cabe aquí recordar que el precepto transcrito tiene un segundo apartado que indica que *“Cuando la Sala*

crea indicado proponer el indulto, lo razonará debidamente en la sentencia”. En el caso que nos ocupa no se ha hecho uso de esta facultad.

Siguiendo con los límites de esta segunda sentencia, se refiere el TS a los casos en los que el Tribunal de casación no puede asumir la labor de Tribunal de instancia, al no existir en la sentencia casada el “material” fáctico o jurídico necesario para resolver el recurso, lo que no ocurre en este caso, por lo que no se acude al procedimiento propio de los casos de quebrantamiento de forma. En este sentido, se afirma lo siguiente:

*“En casos excepcionales en que deviene imposible la asunción plena de esa tarea (v. gr., casación de una sentencia que decretó una absolución por prescripción y que por ello omitió toda motivación fáctica o algún debate jurídico enjundioso) se ha tenido que optar por el desenlace que la Ley prevé para los motivos por quebrantamiento de forma (reenvío al tribunal de instancia: art. 901 bis a). Es también esa técnica la procedente en algunos supuestos que hoy se canalizan a través del art. 852 LECrim. No es este el caso. No hay óbice alguno para afrontar el dictado de esa segunda sentencia, **pero siendo escrupulosos para dar respuesta a todas las cuestiones suscitadas en la instancia o que podrían haberse suscitado por iniciativa del órgano jurisdiccional (incluidas, v. gr., posibles atenuantes, invocadas o no) (vid. STC 148/2003, de 14 de julio)”.***

Con esta afirmación se da cobertura al planteamiento novedoso en casación de la cuestión del error, de ahí que se pidiese informe –conferir audiencia, dice

24 Art. 849 LECrim “Se entenderá que ha sido infringida la ley para el efecto de que pueda interponerse el recurso de casación: 1.o Cuando, dados los hechos que se declaren probados en las resoluciones comprendidas en los dos artículos anteriores, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de ley penal”.

la Sentencia, en base al art. 897.2 LECrim²⁵- a las partes sobre la posible aplicación del art. 14 CP mediante Providencia de 7 de abril de 2015 que dejaba en suspenso la deliberación ya acordada previamente. Igualmente se da cabida a la posibilidad de apreciar el tipo atenuado del art. 368.2. Ni error ni tipo atenuado habían sido objeto de consideración y debate en la sentencia de instancia dado su fallo absolutorio.

3.4.2. Condena por tipo atenuado de tráfico de drogas

La condena se produce por delito de tráfico de drogas de sustancia que causa menor daño a la salud del art. 368. Se distinguen dos supuestos, según la actuación de unos y otros condenados, aplicándose distinta pena en cada caso:

1º) Para tres de los acusados (el presidente, el secretario y la tesorera) se aprecia el tipo básico del art. 368.1²⁶ CP.

2º) Para los otros dos acusados (que ocasionalmente se ocupaban en ayudar al presidente y al secretario en las labores de preparación y envasado de la sustancia) se aprecia el tipo atenuado del art. 368.2 CP.

Considera el TS que procede aplicar la pena atenuada a dos de los implicados del art. 368.2 en base a los

²⁵ Se refiere el precepto citado a los casos en los que el recurso se resuelve con celebración de vista y dice lo siguiente “El Presidente, por propia iniciativa o a requerimiento de cualquier Magistrado, podrá solicitar del Ministerio Fiscal y de los Letrados un mayor esclarecimiento de la cuestión debatida, formulando concretamente la tesis que ofrezca duda al Tribunal”.

²⁶ Se advierte que el TS se refiere a lo largo de la Sentencia al art. 368.1 o al art. 368.2 de manera incorrecta. El referido artículo no tiene dos números (1 y 2) en su redacción, sino dos apartados no numerados y separados por un punto y aparte, por lo que lo correcto es referirse a ellos como art. 368 I y art. 368 II.

siguientes razonamientos

“...es de apreciar la **cláusula atenuatoria** vinculada a la escasa entidad del hecho contemplada en el párrafo segundo del citado precepto. Su colaboración es descrita en la sentencia como ocasional. Ya de la petición de pena del Ministerio Fiscal (6 meses de prisión) se desprende que consideraba aplicable ese subtipo (según lo viene catalogando la jurisprudencia) proveniente de la reforma de 2010. Solo a través de esta vía se podría llegar al quantum solicitado. Es factible ese doble encuadramiento de los hechos (368.1 y 2) respecto a los distintos partícipes en un delito, como éste, de tracto continuado, en atención a la mayor o menor permanencia u ocasionalidad y el carácter más o menos protagonista de la contribución de cada uno de los coautores. Cabe la aplicación individualizada del art. 368.2o CP sólo a alguno o algunos de los partícipes si se constata la escasa entidad de su contribución o su carácter esporádico (SSTS 872/2013, de 31 de octubre o 506/2012, de 11 de junio)”.

De lo anterior resulta lo siguiente:

1º) la petición de pena del Fiscal para estos dos acusados solo se explica si se está pensando en la procedencia de aplicar el tipo atenuado. No parece que otras calificaciones que conllevarían menor pena –complicidad respecto del tipo básico- sean las que el Fiscal tuviese en mente. En efecto, tratándose del tipo básico y de marihuana, la pena aplicable es de 1 a 3 años de prisión y multa del tanto al duplo. La petición de una pena de 6 meses de prisión solo cabe en el marco penal señalado en el art. 368 II: la pena inferior en grado, o sea, 6 meses a 1 año menos 1 día. Al no poder el TS sobrepasar la pena solicitada por el Fiscal (6 meses), concluye que es de aplicación el subtipo atenuado.

2º) las razones que según el TS avalan la aplicación de la atenuación del art. 368 II, para dos de los acusados y no para los demás, son las siguientes: “*Su colaboración es descrita en la sentencia como ocasional*”.

Sobre este extremo –aplicación o no del subtipo atenuado- procede detenerse. Tal como he sostenido en otro lugar “el art. 368, II se introduce en el CP por LO 5/2010 con la evidente finalidad de resolver el problema de falta de proporcionalidad de las penas en materia de tráfico de drogas y paliar, en parte, las consecuencias de la tesis del TS que considera típica a los efectos del art. 368 la venta de una cantidad de sustancia que supere el mínimo psicoactivo”²⁷. Tras adoptarse por el TS la tesis de que la tipicidad del tráfico de drogas se da a partir de la cantidad considerada dosis mínima psicoactiva y no, como se sostuvo hasta 2004, a partir de la dosis de consumo diario o de la dosis de consumo habitual, los márgenes de punición se desbordan considerablemente, ampliándose por abajo. Para dulcificar este efecto, el TS acuerda en un Pleno no Jurisdiccional de 25 de octubre de 2005 proponer al Gobierno, al amparo del art. 4.3 CP una modificación legal, indicándose alternativamente dos posibilidades: o permitir la rebaja de la pena del art. 368 cuando se trate de “*cantidades módicas*” o, permitir aplicar la pena inferior en grado “*atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable*”. El Legislador de 2010 adopta la segunda de las propuestas²⁸, pero incluye en ella una limitación que la hace inaplicable si en el hecho concurren agravaciones de los arts. 369 bis o 370.

La posibilidad de rebajar la pena del art. 368 II puede ser procedente en relación a conductas que se realicen alrededor de CSC²⁹. Ciertamente es que se trata de una facultad de arbitrio, dada la utilización del término “*podrán*”. Pero en la interpretación que parece más razonable el juez no es absolutamente libre de rebajar o no, pudiéndose distinguir los dos casos que se contemplan. En el caso de las “*circunstancias personales*” (penuria o necesidad económica, adicción), que son que son de difícil objetivación, la facultad de

arbitrio será amplia, debiéndose hacer una consideración caso por caso.

Por lo contrario, tratándose de “*la escasa entidad del hecho*”, las de objetivar su aplicación son mayores, por lo que, en aras a la seguridad principio de igualdad en la aplicación de la ley, deben de establecerse casos en el juez “debe” aplicar el subtipo atenuado. Dos casos aparecen como claramente incluidos en este tipo atenuado: las ventas de cantidades mínimas de drogas que en poco a la cantidad retenida como dosis mínima psicoactiva y las conductas de relevancia en la afectación del bien jurídico. Nos detenemos en los dos.

Respecto del primer supuesto, deberá llevarse al art. 368 II, dado que la venta de cantidades inferiores es para el TS atípica. Si este es el límite por abajo de lo punible, es obvio que debe castigarse siempre en el tipo atenuado que, al menos en estos supuestos, no debe operar como una facultad de arbitrio.

En lo que se refiere a conductas que tienen poca relevancia en la afectación del bien jurídico, cabrá incluir muchas de las que, dada la redacción del art. 368, se tienen que considera de autor y de delito consumado, pero que en realidad son de complicidad o de actos preparatorios o de tentativa. Como es sabido, el art. 368 CP está redactado con tal amplitud que la práctica totalidad de las contribuciones caen en la autoría de delito consumado, quedando un mínimo marco para las formas de participación y para los estadios anteriores a la consumación. La Jurisprudencia recuerda que, al castigarse como autores a los que promueven, favorecen o facilitan el consumo ilegal y a los que poseen drogas, se dificulta enormemente la admisión de formas secundarias de participación (SSTS 134/2009, de 16 de febrero y 410/2009, de 17 de abril). No obstante lo cual, en algunas ocasiones se ha recurrido a la complicidad, por ejemplo, supuestos de presencia episódica en la operación o colaboraciones mínimas (151/2009, 11-2) o conductas auxiliares que no favorecen directamente el tráfico, pero sí al traficante –doctrina del favorecimiento del favorecedor- (SSTS

384/2009, 13-4 y 259/2003, 25-2); el encargo exclusivo de mover los fardos de droga (STS 254/2009, 5-3); ajustar la frecuencia de la emisora para establecer la comunicación del barco que transportaba la droga (STS 120/2003, 28-2); atender telefónicamente a los proveedores cuando el traficante no puede (STS 960/2001, 21-12); ser marinero en el barco que porta la sustancia (STS 616/2003, 28-4; ver también, STS 312/2007, 20-4, que se refiere a otras que apreciaron la complicidad en distintos supuestos).

27 MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., "Tráfico de drogas I", ob. cit. pág. 1291. En lo que se refiere al subtipo atenuado seguiré el texto de la obra recién citada y de las siguientes de mi autoría: "Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 2003; "Tipicidad 'mínima' en el delito del artículo 368 CP. Cantidad de droga y atenuación. Crónica de una reforma anunciada", en La Ley, 2006-5; "Drogas", en ÁLVAREZ GARCÍA, FJ y GONZÁLEZ CUSSAC, JL (dir.), Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal, Valencia, 2010.

28 Esta segunda propuesta finalmente adoptada por el CP había sido formulada antes de que el TS la adoptase en su Acuerdo de 2005 en el trabajo ya citado de MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. "Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 2003, pág. 112, donde se indica como Conclusión 11a lo siguiente: "De lege ferenda: sería necesario introducir en el CP una atenuación para el tráfico de drogas "por las circunstancias del autor y del hecho", pudiéndose hacer referencia expresa a la "cantidad mínima".".

29 Sobre los requisitos que la jurisprudencia exige para aplicar el subtipo atenuado del art. 368 II puede verse la STS 872/2013, de 31 de octubre, que establece lo siguiente *"Hay que recordar de la mano de una ya nutrida jurisprudencia (por todas, STS 586/2013, de 8 de julio) que el art. 368.2o del CP vincula la atenuación a dos parámetros que no han de exigirse acumulativamente. Basta una de las alternativas - o menor antijuricidad, (escasa entidad del hecho) o menor culpabilidad (circunstancias personales)-. No es imprescindible la concurrencia de ambas (SS TS 32/2011, de 25 de enero; 51/2011, de 11 de febrero; y 448/2011, de 19 de mayo , o 570/2012, de 29 de junio , entre otras). El juez o tribunal habrá de atender a ambas esferas, pero no necesariamente ha de señalar elementos positivos en los dos ámbitos. La aplicación del subtipo es viable si, constatada la escasa entidad, se valoran las circunstancias personales y no se encuentra ninguna que desaconseje la atenuación. Si queda legalmente excluida la atenuación en los supuestos de los arts. 369 bis ó 370 del Código Penal. La "escasa entidad del hecho" es requisito insoslayable; no puede eludirse. Así como respecto de las circunstancias personales del autor el Código se limita a decir que han de ser valoradas por el Juzgador sin exigir que concurra alguna favorable; en relación al hecho declara que ha de ser de "escasa entidad". No se alude a la cantidad de droga, sino a la entidad del hecho. No estamos ante la contrapartida del subtipo agravado de "notoria importancia" (art. 369.1.5a CP). Hay que superar la tentación de establecer una especie de escala de menos a más: i) cantidad por debajo de la dosis mínima psicoactiva (atipicidad); ii) escasa cuantía (368.2o); iii) supuestos ordinarios (tipo básico: art. 368.1o); iv) notoria importancia (art. 369.1.5a); y v) cantidad superlativa (art. 370). El art. 368.2o se mueve en otra órbita no coincidente con esa gradación. Lo demuestra la posibilidad legal, introducida durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, de aplicarlo a los casos del art. 369 y entre ellos, al menos por vía de principio, a supuestos en que la cantidad sea de notoria importancia. No se habla de "escasa cantidad", sino de "escasa entidad". Hay razones distintas al peso reducido que pueden atraer para el hecho la consideración de "escasa entidad" (sin afán de sentar conclusión alguna, se puede pensar en labores secundarias; facilitación del consumo a través sencillamente de informaciones sobre lugares de venta; tareas de simple vigilancia realizadas por alguien externo al negocio de comercialización; suministro de droga por unas mal entendidas motivaciones compasivas; actuación puntual y esporádica que no supone dedicación y, además, ajena a móviles lucrativos...). El precepto obliga a valorar también las circunstancias personales del autor. Pero así como en cuanto a la entidad del hecho requiere que sea "escasa", en este segundo parámetro se abstiene de exigir elementos que militen en pro de la atenuación. Sólo impone tomar en consideración esas circunstancias personales. Se erige en obstáculo insorteable para considerar los hechos como de escasa entidad que estemos no ante una única acción episódica y puntual, sino ante una dedicación continuada. Eso sucede aquí. Son varios los actos de venta detectados en los múltiples días de vigilancias. Como se afirma en la STS 554/2013 de 20 de junio, no cabe la degradación en casos de actividad más persistente o prolongada (vid. igualmente STS 859/2013, de 21 de octubre). Eso es lo que se desprende de lo que recogen los hechos probados: una dedicación profesionalizada. Eso excluye el art. 368.2. La jurisprudencia admite la atenuación ante una única venta detectada atendiendo a la escasa cuantía de la sustancia intervenida. Pero no cuando esa venta es reflejo de una actividad persistente, desplegada en un amplio periodo de tiempo como sucede en este supuesto (vid entre muchas SSTS 146/2012 de 6 de marzo, 326/2011, de 15 de abril , 519/2011, de 3 de junio , 933/2011, de 22 de septiembre , 1006/2011, de 6 de octubre , 30/2012, de 23 de enero , 38/2012 , o 49/2012, de 8 de febrero , 178/2012, de 12 de marzo o 191/2012, de 20 de marzo)".*

Procede ahora comparar la conducta de los dos condenados conforme al art. 368 II con las que acabamos de referir. En los Hechos Probados se indica que realizaban labores de preparación y empaquetamiento de la sustancia de forma ocasional y para ayudar a quienes asumían esa función, es decir, al presidente y al secretario. Lo primero que podría plantearse es que dicha ayuda ocasional debe ser calificada como un acto de participación y, concretamente, de complicidad, pudiéndose calificar dicha participación respecto del art. 368 I (o, en otros casos que no supongan continuidad de la actividad, respecto del art. 368 II). A la vista del relato fáctico y de la jurisprudencia que se acaba de citar, podemos decir que la conducta de los dos acusados que aquí interesan era de “colaboración mínima”, “presencia episódica”, de “favorecimiento del favorecedor”, de “escasa entidad” o “carácter esporádico”, por lo que debió ser calificada de complicidad en relación al art. 368 I, es decir, cooperación contingente del tipo básico. De hacerse esta calificación, la pena del art. 368 I se rebajaría en un grado (art. 63 CP), lo que conduce a la misma pena que la señalada en el art. 368 II, pero parece una calificación más correcta desde un punto de vista dogmático.

3º) Finalmente se refiere la STS Ebers a la posibilidad de aplicar el tipo atenuado a dos de los acusados que realizaron conducta ocasional de escasa entidad, y el tipo básico a los demás. Efectivamente no hay inconveniente alguno en realizar esta doble calificación, pues distintas pueden ser las contribuciones a la afectación del bien jurídico.

3.4.3. El error

Probablemente la cuestión más conflictiva de la STS Ebers –y de las otras dos que le siguen- es la referida a la apreciación de un error, a su calificación como error de prohibición o de tipo y, a la determinación de si el error es vencible o invencible. El TS explica por qué se trae a colación este debate no invocado por las partes con las siguientes palabras: *“Algunos datos consignados en los hechos probados, el contexto sociológico así como el debate de que se hace eco la fundamentación jurídica de la sentencia reseñando pronunciamientos contradictorios de diversos Tribunales, alimentaban ese planteamiento”*. Por estas razones se pide informe sobre la aplicación del art. 14 CP, aun no estando señalada vista, en el entendimiento que la posibilidad de aplicar el art. 14 beneficia a las partes. El Fiscal se mostró reacio a apreciar un error, admitiéndose, en su caso, solo la viabilidad de un error de tipo; la defensa consideró aplicable un error invencible de prohibición que debería conducir a la impunidad.

El TS parte de la siguiente consideración: hay un cúmulo de hechos que *“podía(n) hacer pensar a los acusados que la actividad que desarrollaban no solo quedaba fuera del mandato de prohibición que emana del art. 368 CP, sino también que no era frontalmente contraria a la legalidad”*. Con el anterior planteamiento se está llevando el debate al ámbito del error de prohibición, descartándose la existencia de un error de tipo, especificándose que el principio de culpabilidad solo requiere para justificar el castigo que el sujeto conozca la antijuridicidad general, aunque desconozca los particulares de la antijuridicidad penal. Se puntualiza en este sentido que *“Es suficiente el conocimiento genérico de la ilicitud de la conducta; no es necesaria la seguridad de que la acción encaja en un tipo específicamente penal”*.

El debate sobre error de tipo o error de prohibición, más allá de su relevancia dogmática, adquiere importancia cuando el error es vencible. Como es sabido

ambos tipos de error conducen a la impunidad cuando se califican de invencibles, pero tienen distinto tratamiento cuando son vencibles. El art. 14 CP obliga a rebajar la pena en uno o dos grados cuando se trata de error vencible de prohibición, siendo indiferente si el delito admite o no la versión imprudente. Por lo contrario, si estamos ante un error vencible de tipo, la consecuencia varía en función de que quepa o no la versión imprudente: castigo como delito imprudente si el mismo se contempla o absolucón si no existe tipo imprudente.

En lo que al delito de tráfico de drogas se refiere, y siendo el mismo un delito doloso que no tiene un correspondiente delito imprudente, resultaría lo siguiente:

- error vencible de prohibición: impunidad
- error vencible de tipo: rebaja de la pena en uno o dos grados

Para el TS la cuestión a debatir es si los acusados creían que su actividad estaba fuera de la prohibición y no, si creían que tales actividades estaban fuera del tipo. Para sostener esta afirmación, se enumeran argumentos que deben analizarse pormenorizadamente.

En primer lugar, se rechaza en la Sentencia la tesis del Fiscal –error de tipo- de la siguiente manera: “No se trataría solo de la creencia de estar ante un consumo legal en contraste con un consumo ilegal, que es la base de la que parte el Fiscal para reconducir el debate al error de tipo”. Ante esta afirmación debe recordarse lo dicho más arriba sobre el concepto de “consumo ilegal”: consumo ilegal a los efectos del tipo es el consumo ajeno, no el propio.

En este punto creo que el TS hace un razonamiento “aparentemente” lógico, pero erróneo. La referencia del art. 368 al “consumo ilegal” no expresa un elemento de la prohibición; es decir, si el sujeto se con-

funde sobre la ilegalidad –ajenidad- de ese consumo, no se está equivocando sobre la prohibición, sino sobre el tipo. Y ello por la sencilla razón de que el “consumo ilegal” es un elemento del tipo. Dicho en otros términos, los acusados **no se equivocaron sobre si el tráfico de drogas era delito -lo que sin lugar a dudas sabían-, sino que se equivocaron sobre si su conducta cumplía los requisitos del tipo, o sea, sobre si era constitutiva de tráfico de drogas.**

En segundo lugar, afirma el TS en apoyatura de la tesis del error de prohibición lo siguiente

“creer que la notoria prohibición legal de cultivar y distribuir sustancias estupefacientes no abarca en virtud de ciertas interpretaciones judiciales las actividades de esas asociaciones si se atienden a ciertos requisitos, es estar confundido no sobre un elemento fáctico configurador de la conducta típica; ni siquiera sobre una especie de excusa absolutoria o sobre los requisitos de una “anómala” eximente. Versa el conocimiento equivocado sobre el ámbito y alcance de la prohibición”.

Tampoco se puede compartir lo anterior: las interpretaciones judiciales que pudieron inducir a error a los acusados –las que absolvieron en casos de CSC- lo que hacían era aplicar los requisitos de atipicidad de la doctrina del consumo compartido al caso de los CSC. Esas interpretaciones judiciales establecían la exégesis de un elemento del tipo.

Sigue el TS queriendo fundamentar su opción por el error de prohibición con el razonamiento que transcribimos

“actitud muy próxima a la relativa indiferencia frente a esa cuestión: no importarles que pudiese no ser conforme con el ordenamiento jurídico, aunque sí se preocupasen de revestirla de apariencia de esa conformidad, asumiendo el alto riesgo de su ilicitud”

Con esto se está haciendo referencia a la viabilidad de un error vencible de prohibición en los casos en los que el sujeto actúa con indiferencia hacia el Derecho, no existiendo culpabilidad en el acto, pero si con anterioridad, por lo que el sujeto se maneja imprudentemente al realizar la conducta, pero existiendo culpabilidad anterior. La falta de culpabilidad en el acto no permite construir la invencibilidad del error, porque ha habido un planteamiento previo de la ilicitud del hecho, pero después se ha actuado con indiferencia. Se considera que en estos supuestos no cabe alegar la invencibilidad del error. Estándose de acuerdo con lo anterior con carácter general, sin embargo, lo que se cuestiona en este caso es que estemos ante un error de prohibición.

Sigue la STS Ebers razonando sobre la vencibilidad del error en base a una afirmación que no se deriva directamente de los hechos probados, sino que es inferida por el Tribunal: la forma en la que están redactados los Estatutos, sin mención alguna al cultivo y a la distribución y al pago de cuotas, se considera encubridora de la actuación que se quería desarrollar y que se sabía ilegal. Lo anterior no parece correcto puesto que, con independencia de la forma en la que estaban redactados los Estatutos, lo que si es cierto es que existía un “Acuerdo de cultivo colectivo” y que el Reglamento de Régimen Interno contemplaba la pérdida de la condición de socio en una serie de casos que podían suponer riesgo de implicación de terceros. No obstante, la resolución afirma la vencibilidad del error por entender que los acusados tenían la obligación de cerciorarse sobre la licitud de las actividades y no lo hicieron.

Nada de lo argumentado por el TS consigue desdibujar el dato de que existían resoluciones judiciales que habían considerado que las actividades de los CSC no eran delito de tráfico de drogas.

A continuación se adentra la resolución en un tema singularmente relevante: el error inducido por la jurisprudencia

“Tampoco sirve a la tesis de la invencibilidad del error el principio de confianza en la jurisprudencia o decisiones judiciales al que se acude en ocasiones. La doctrina más solvente hace distinguos. Cuando la jurisprudencia es contradictoria se diferencia entre sentencias divergentes de tribunales de distinto rango (hay que estar al criterio del tribunal superior sin que el particular pueda invocar para sostener la invencibilidad de su error el del tribunal inferior). Cuando confluyen sentencias contradictorias de tribunales de igual jerarquía es opinión mayoritaria que el autor que hace suyo el criterio que le es más favorable, asume también el riesgo de violar la ley, de modo que si, no obstante, actúa, lo hace siempre, en principio en error de prohibición evitable, si no con conciencia eventual del ilícito; sin perjuicio de que alguno de esos supuestos pudiera ser tratado como caso de no exigibilidad. De cualquier forma este excurso es innecesario. Solo pretende reforzar conclusiones ya obtenidas: recordemos que lo exigible no es el conocimiento de la ilicitud penal, sino el conocimiento de la ilicitud en general. Los pronunciamientos judiciales dispares existentes y antes reflejados versan tan solo sobre el alcance típico del art. 368 CP, y no sobre la ilicitud de la conducta que no es discutida”.

Respecto del texto transcrito deben hacerse algunas consideraciones.

En primer lugar, las actuaciones que aquí se enjuician se desarrollaron en un momento anterior a la existencia de sentencias del TS que se pronunciasen sobre el particular. Hoy la cuestión es distinta: quienes después de dictarse las tres sentencias del TS, realizan actividades como las que aquí se resuelven, no pueden alegar error de ningún tipo. Estas sentencias marcan un antes y un después.

En segundo lugar, si los pronunciamientos judiciales alegados solo versan sobre la ilicitud penal, el que ahora nos ocupa ha de tener el mismo objeto y, aun-

que se detecte una ilicitud no penal, ello no obstaría para alcanzar un fallo absolutorio.

Por otro lado, el error sobre la Jurisprudencia con pronunciamientos de tribunales de igual rango en favor de la absolución debe retenerse un error invencible, puesto que vencible sería en caso de pronunciamientos contradictorios. Si las sentencias aportadas por la defensa eran todas ellas absolutorias, la vencibilidad del error parecería deducirse de la STS 1377/1997, de 17 de noviembre, más arriba comentada.

En perspectiva de defensa se podría plantear la cuestión de la aplicación retroactiva de una nueva doctrina del TS, pero debe subrayarse que no estamos ante una “nueva doctrina” desfavorable, contraria a una anterior favorable, lo que impediría dicha retroactividad, sino ante la primera doctrina del TS (si se quiere con un antecedente en la misma línea representado por la STS 1377/1997 ya citada). Con todo, manejada esta interpretación como nueva, y no como contraria a una anterior del propio TS, puede argumentarse con la falta de previsibilidad de una respuesta condenatoria.

Se concluye la cuestión del error, afirmando que es de prohibición y vencible, pero apuntándose que esta solución no es generalizable a todos los casos que se puedan plantear³⁰.

Por otro lado podría entrarse a discutir la cuestión del error desde la afirmación de que el elemento del tipo “*consumo ilegal*” es un elemento normativo del tipo—no descriptivo—, toda vez que ese concepto de

30 En este sentido se afirma que “*Se estimará en consecuencia que estamos ante un error vencible de prohibición. Esta no es sin más doctrina generalizable. Es una cuestión de caso concreto, aunque existen unos parámetros sociológicos, políticos y judiciales que, al menos hasta esta sentencia, sí conforman un denominador común de asuntos similares. Pero ello no obsta a que en cada supuesto a la vista de las circunstancias personales y casuística específica se pueda llegar a una respuesta singularizada que no tiene por qué coincidir con la aquí acogida*”.

“*consumo ilegal*” lo extraemos de la legislación administrativa. Este planteamiento no desvirtúa las consideraciones que aquí se han hecho en favor del error de tipo y contra lo afirmado por la STS Ebers. Si los acusados se equivocaron sobre el tipo de consumo que favorecían, considerándolo no ilegal por ser propio —consumo compartido— y no ajeno, su error es de tipo y excluyente del dolo³¹.

3.4.4. Dilaciones indebidas y aplicación de la pena

Se rechaza en la STS la aplicación de la atenuante analógica de dilaciones indebidas que había sido alegada por la defensa. Los argumentos de la resolución son convincentes porque a la vista del calendario de la tramitación, no es posible hablar de una dilación “extraordinaria” (incoación en noviembre de 2011 y sentencia de instancia en junio de 2014), que es lo que exige el CP.

En cuanto a la determinación de la pena aplicable, deben distinguirse las respuestas dadas a unos y otros acusados.

Como ya se ha dicho, para tres de los acusados se aplica el tipo básico del art. 368 I, en la modalidad de sustancia que no causa grave daño a la salud. La pena de la que se parte es de 1 a 3 años de prisión y multa del tanto al duplo. La pena de prisión se podía rebajar en uno o dos grados al estimarse el error vencible de prohibición (art. 14.3 CP), optándose por la menor degradación en base a los mismos argumentos que se han utilizado para considerarse vencible el error, fundamentalmente el entendimiento de la actitud de indiferencia hacia el Derecho y de que se quiso ocultar la verdadera actividad. Lo anterior no es correcto:

31 Sobre el tratamiento del error sobre los elementos normativos del tipo como error de tipo, ver por todos DÍAZ Y GRACÍA CONLLEDO, M., *El error sobre los elementos normativos del tipo penal*, La Ley, 2008, especialmente, págs. 189 y ss.

una cosa es que el error sea vencible por las razones que el TS ha querido manejar y otra, que esas razones vuelvan a jugar para justificar el rechazo de la degradación máxima. De hacerse así, nunca cabría optar por la rebaja en dos grados.

La pena resultante para estos tres acusados, tras la rebaja en un grado, es la comprendida entre 6 meses y 1 año menos 1 día, optando el Tribunal por concretarla en 8 meses de prisión a la vista de que la actividad no era esporádica, de que se extendía a lo largo de varios meses y de que la sustancia ocupada no era toda la que se había manejado (se aplica también la accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo). Verdaderamente, lo que ha ocurrido en este caso es que el Tribunal ni siquiera estaba convencido de que los acusados obrasen en error de prohibición vencible, sino que lo admite por ser más favorable a los mismos, pero intuyendo que no se equivocaban. No otra cosa puede deducirse de estas palabras: *“es manifestación de esa situación anímica muy cercana a la conciencia de la antijuricidad, que si no se ha llegado a afirmar pese a su elevada probabilidad, es por optar por la alternativa de las razonablemente posibles más favorable a los acusados”*.

Tratándose de la multa del tanto al duplo, sobre la misma debería operar la rebaja por razón del error vencible de prohibición. Para su determinación se tiene en cuenta lo siguiente: 1º) Que la rebaja será en un grado y que se fijará la pena concreta en una cantidad ligeramente superior al mínimo de la pena rebajada, tal como se hace para la pena de prisión. 2º) Esa rebaja en un grado conduce a una multa de entre la mitad de su valor y este valor menos 1 Euro. A esta solución se llega aplicando por analogía el mecanismo contemplado para las demás penas, dado que el

CP no establece ninguno para la multa proporcional³². 3º) Ante la ausencia de tasación oficial de la sustancia, debe estarse a los 2 Euros por gramo (valoración hecha por la propia Asociación). Téngase en cuenta que la determinación del valor de la droga es presupuesto imprescindible para establecer la multa³³.

La multa resultante es de 5.000 Euros: 4.754,4 gr incautados, multiplicado por 2 -9.508,8- y rebajado a su mitad –entre un tanto de 4.754,4 y el duplo menos 1 euro que es 9.507,8- incrementándose ligeramente el mínimo hasta 5.000 Euros, manteniéndose cerca del tanto. Este cálculo es conforme a la tesis sostenida por la STS 1119/2005, 27- 9: *“si la pena privativa de libertad se ha impuesto en el mínimo posible, la de multa ha de correr la misma suerte, imponiéndose en el tanto, es decir, en el simple valor de la droga en el mercado. Por ello, si según los hechos probados ese*

32 Se aplica el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 22 de junio de 2008 que establece lo siguiente:

“1.- En los casos de multa proporcional, la inexistencia de una regla específica para determinar la pena superior en grado, impide su imposición, sin perjuicio de las reglas especiales establecidas para algunos tipos delictivos. 2.- El grado inferior de la pena de multa proporcional, sin embargo, sí podrá determinarse mediante una aplicación analógica de la regla prevista en el art. 70 del C.P. La cifra mínima que se tendrá en cuenta en cada caso será la que resulte una vez aplicados los porcentajes legales. 3.- El Art. 370.2, último párrafo del C.P. añade una segunda multa a lo que resulte de aplicar las reglas generales”.

33 Ver SSTS 1452/2005, 13-12, 1001/2006, 18-10, 508/2007, 13-6; sin fijación del valor no es posible imponer la multa (SSTS 145/2001, 30-1, 1197/2004, 25-10, 1540/2005, 13-12 y 1093/2005, 26-9). Por eso se exige que el valor aparezca entre los hechos probados (SSTS 461/2002, 11-3, 92/2003, 29-1, 1463/2003, 7-11, 666/2005, 26-5), sin ser suficiente la mera apreciación policial (STS 1011/2005, 21-9), pero sí el informe de tasación de la Dirección General de la Policía o de la Oficina Central Nacional de Estupefacientes (SSTS 965/2005, 21-7 y 841/2005, 28-6). Sin embargo, no puede deducirse el valor de la droga del dinero incautado al no establecerse que ese dinero correspondiese a la droga intervenida (STS 428/2004, 6-4). Aunque no se haya incautado droga alguna, puede fijarse la multa al constar que se hicieron tres ventas a un precio de entre 60 y 120 Euros (STS 508/2007, 13-6). En el caso de la STS Ebers se tiene en cuenta el valor de la droga manejado por la Asociación, lo que puede considerarse el *“precio final”* a los efectos del art. 377 CP.

valor es el de 261'84 euros, ésta será la cuantía de la multa que ha de ser impuesta”.

En relación a los otros dos acusados, como ya se ha visto, se opta por aplicar el tipo atenuado del art. 368 II, partiéndose de su marco penal de 6 meses a 1 año menos 1 día. Como consecuencia del error vencible de prohibición, se rebaja en un grado (3 meses a 6 meses menos 1 día), fijándose la pena en su límite mínimo de 3 meses de prisión (con la accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por igual tiempo). No hay pena de multa (probablemente se ha querido entender que no era posible atribuir una cantidad de lo incautado a estos dos acusados).

3.5. Los Votos Particulares

La STS Ebers fue objeto de tres Votos Particulares que se analizan a continuación.

Voto Particular del Magistrado Conde-Pumpido Tourón (al que se adhieren en su totalidad los Magistrados Giménez García y Ferrer García y, parcialmente, el Magistrado Martínez Arrieta). Se disiente de la Sentencia de la mayoría en dos extremos: límites de la tipicidad y error que analizamos a continuación por separado.

1. Debieron expresarse con mayor precisión los límites de la tipicidad en los casos de CSC para asegurar la predictibilidad de las resoluciones judiciales. Siendo necesario adaptar a la nueva realidad de los CSC la doctrina de la atipicidad del consumo compartido, el TS debió cumplir su función uniformadora, teniendo en cuenta las nuevas circunstancias sociales. Por otro lado, a la vista de que se han producido “*supuestos abusivos*”, es necesario establecer “*limitaciones que, adaptando la doctrina del consumo compartido a la realidad social actual, eviten sin embargo la posibilidad de supuestos abusivos, notoriamente excluidos*

del espíritu y finalidad de la mencionada doctrina jurisprudencial”. Según esta opinión la atipicidad se puede afirmar con los siguientes requisitos:

- Autosuministro de consumidores habituales, mayores de edad y capaces, con un largo período de carencia desde la incorporación hasta el suministro.
- Consumo en lugar cerrado de la agrupación.
- Hasta **treinta** miembros identificables por agrupación.
- No superar la entrega de cantidades superiores a las de consumo inmediato y consumo diario, limitándose el cultivo en base a ello y con exclusión de ánimo de lucro.

No es necesario subrayar que con estos requisitos, la conducta que se desarrolla en muchos CSC sería delictiva, al menos por lo que se refiere al número de personas.

2. El error apreciado era invencible de prohibición, por lo que debió llegarse a sentencia absolutoria. Sobre este extremo no hay explicación alguna en este Voto Particular y debe buscarse en otro de los Votos al que se adhiere el autor del presente.

3. A pesar de lo anterior, se afirma con claridad que “*el caso enjuiciado excede de dichos límites* (de la atipicidad para el consumo y cultivo compartido). Es decir, las conductas que se realizaban en la Asociación Ebers eran típicas de delito de tráfico de drogas y antijurídicas, pero no culpables al darse un error de prohibición invencible.

Voto Particular del Magistrado Giménez García (al que se adhieren los Magistrados Conde-Pumpido Tourón y Ferrer García).

1. Como en el Voto anterior, se considera que las conductas que se realizaban en la Asociación Ebers eran típicas de delito de tráfico de drogas y antijurídicas por no poder ser encajadas en la doctrina del consumo compartido, que queda desbordada, al ser posible el acopio para seis meses en el domicilio, con dosis diarias de 2 gramos y con 290 socios. Se rechazan los argumentos de la sentencia de instancia.

2. El requisito de que los socios sean adictos –recogido en la Sentencia- debe entenderse desde el punto de vista de no introducir a una persona en el consumo, pero siendo suficiente que se trate de consumidores de fin de semana.

3. Debió apreciarse un error de prohibición invencible. En apoyatura de esta afirmación se manejan los siguientes argumentos:

1º) Debe rechazarse la imputación de la Sentencia de que los Estatutos eran ambiguos; de los mismos se deduce que se trataba de una actividad asociativa que buscaba el consumo compartido e inmediato, sin existir precio. El silencio estatutario sobre el consumo diario de 2 gramos, su precio de 2 euros y la posibilidad de acopio de 6 meses no supone “simulación asociativa”, al quedar clara cuál era la finalidad de la asociación. Se señalan como datos que avalan esta conclusión, la necesidad de que los socios se identificasen, que estuviesen inscritos en un registro y las causas de pérdida de la condición de socio.

2º) La inscripción de la Asociación en el Registro de Asociaciones del País Vasco, supone “una creencia invencible en la licitud de la actividad”.

3º) La duda generada por la existencia de sentencias de Audiencias absolutorias y condenatorias no puede generar la calificación de error vencible, pues ninguna era del Tribunal Supremo, único que genera doctrina jurisprudencial.

4. No puede afirmarse la culpabilidad por estarse ante un supuesto de inexigibilidad de una conducta distinta. De no aceptarse la existencia de un error invencible de prohibición, debió considerarse la inexigibilidad como causa general de inexistencia de culpabilidad. Considera este Voto que, a la vista de la situación hoy existente sobre el consumo organizado del cannabis en España (más de 1000 CSC y más de 150.000 consumidores que optan por esta forma de acceder a la sustancia) y de la constitución legal de Ebers, no era exigible a los acusados acudir a fuente jurídica alguna que les sacase de su error. No es este un argumento potente en el Voto que examinamos.

5. Revisión en casación de sentencias absolutorias para concluir con condena. Se refiere el Voto Particular a distintas Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (dictadas contra España y contra las resoluciones previamente adoptadas por el TS y por el TC), que exigen que el acusado sea personalmente oído para ser condenado en la segunda instancia cuando fue absuelto en la primera, en base a que la inferencia de elementos subjetivos no es una cuestión jurídica, sino fáctica. De ahí se deduce que “En definitiva, hoy es un lugar pacífico en la doctrina del Tribunal Constitucional como de esta Sala que en lo referente a la concurrencia de los elementos subjetivos del delito --el dolo en su doble acepción de conocimiento y consentimiento--, forman parte de los hechos, la naturaleza de hechos subjetivos no le priva de su naturaleza fáctica --por eso hemos dicho que deben constar en el *factum*--, por ello cuando en apelación o en casación se quiere revisar la razonabilidad de los juicios de inferencia en clave absolutoria alcanzados por el Tribunal de instancia, con la finalidad de arribar a una conclusión condenatoria será preciso oír nuevamente a la persona absuelta en la instancia porque la apreciación del elemento subjetivo del injusto alberga un componente fáctico que hace imprescindible oír al absuelto antes de dictarse sentencia condenatoria en apelación contra él”. Se insiste que en el caso analizado la cuestión era la inexistencia de dolo –falta de conocimiento y de consentimiento-,

lo que no es una cuestión jurídica como pretende la Sentencia de la mayoría. En los hechos probados en instancia se afirma que no hay prueba de la intención de distribución ilícita de drogas, por lo que no habiendo sido oídos los acusados, procedía la absolución.

Como ya se ha señalado más arriba, este es un argumento fuerte que podría utilizarse en un posible recurso de amparo.

Voto Particular de los Magistrados Martínez Arrieta y Palomo del Arco.

Estos Magistrados se adhieren al Voto del Magistrado Conde-Pumpido en el extremo referido a la ausencia en la Sentencia de la construcción de los requisitos de atipicidad; no así en lo relativo al error de prohibición invencible. Se entiende que la Sentencia debió partir de los requisitos del consumo compartido para adaptarlos a la realidad del consumo compartido que se da en los CSC –y no solo resolver el caso concreto- ejerciendo la función propia de un Tribunal de casación que interpreta las normas para asegurar la igualdad ante la ley.

3.6. Conclusiones que pueden extraerse de los Votos disidentes analizados y de los argumentos de la Sentencia Ebers.

1º) Tipicidad. Ninguno de los Magistrados discrepantes considera que en el caso concreto de la Asociación Ebers la conducta fuese atípica o conforme a derecho. Existe unanimidad en la sala segunda en que las actividades de este CSC son típicas, lo que quiere decir, de futuro, que cualquier supuesto igual o similar en lo material (elevado número de socios, distribución de cantidades superiores a las de consumo inmediato, posibilidad de acopio y retirada de la sustancia para su consumo fuera del local de la asociación) será considerado típico conforme al delito de tráfico de drogas.

2ª) Atipicidad. Es posible plantearse que solo se considerarán atípicas, en el caso concreto, las prácticas de Asociaciones que reúnan los requisitos señalados en el Voto Particular del Magistrado Conde Pumpido. Estos requisitos parece que se discutieron en la deliberación del Pleno de 8 de julio de 2015; debió alcanzarse un cierto consenso en que tales requisitos permitían hablar de atipicidad, por adaptación de la doctrina del consumo compartido, pero tal acuerdo no se quiso reflejar en la Sentencia de la mayoría. El hecho de que estén reflejados en el Voto, a modo de complemento y no de forma antagonista con la Sentencia, indica tal acuerdo. De futuro será defendible en el TS que una Asociación no realizará conducta delictiva cuando sea de consumidores habituales, identificables y determinados, mayores de edad y capaces, que se incorporan al consumo tras un prolongado período de carencia, que consumen en lugar cerrado, no superándose el número de treinta –aproximadamente-, manejándose cantidades no superiores a las de consumo diario y, en la que se comparten gastos, pero sin que exista ánimo de lucro. Fuera de estos requisitos, con carácter general, procederá la condena por tráfico de drogas.

3ª) La discusión sobre la concurrencia de error de tipo o de prohibición y su entendimiento como vencible o invencible, podría adaptarse a las siguientes pautas, salvo que se sea capaz de llevar a la jurisdicción argumentos mejores de los hasta ahora manejados:

- los razonamientos que se hacen en esta Sentencia sobre error de prohibición vencible pueden trasladarse a hechos iguales acaecidos antes de septiembre de 2015; si se trata de hechos posteriores, el error será inadmisibles;
- improcedencia del error de tipo (a pesar de que entendemos que se trataba de un error de tipo; pero este extremo no se acoge en ninguno de los Votos Particulares);

- procedencia del error de prohibición, en principio vencible; sobre esta cuestión volveremos al analizar la Sentencia Pannagh en la que se ha hecho un “corta y pega” equivocado e irreflexivo de los razonamientos del error contenidos en la Sentencia Ebers. De haberse hecho una correcta aplicación de estos razonamientos, se habría alcanzado la solución del error invencible y, con ello, la impunidad;

- la solución de error invencible de prohibición en supuestos análogos a Ebers, siempre referidos a hechos anteriores a septiembre/diciembre de 2015, es de difícil prosperabilidad. Partiendo de Salas ordinarias de cinco Magistrados, se requieren tres para hacer mayoría y la tesis de la invencibilidad ha sido sostenida en Voto disidente por tres Magistrados (Conde Pumpido, Ferrer y Giménez, pero este último se ha jubilado y ha sido sustituido por Llerena Conde en enero de 2016). En este punto debe insistirse en que en otros supuestos la invencibilidad del error puede construirse sobre la base de antecedentes propios de absoluciones o archivos.

4ª) Sobre la necesidad de que la Sala elabore una doctrina del consumo compartido adaptada a los CSC, han sido cinco los Magistrados que se han mostrado partidarios (Conde Pumpido, Ferrer, Giménez, Martínez Arrieta y Palomo). Con todo, la Sentencia Ebers dice renunciar a esa tarea, pero realmente los requisitos pueden extraerse de sus Fundamentos, faltando solo la concreción de los 30 socios y el prolongado período de carencia que exige uno de los Votos. En realidad, puede entenderse que tal doctrina está anunciada y, creo, que antes o después se explicitará en una Sentencia que asumirá lo anunciado en los Votos Particulares.

5o) Sobre la cuestión de la condena en casación en casos de absolución en la instancia, solo tres Magistrados (Conde Pumpido, Ferrer y Giménez; este último jubilado) plantean la improcedencia de la decisión mayoritaria. En todo caso, la cuestión ha sido recurrida al TC por lo que deberá estarse a la Sentencia futura.

4. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 596/2015, de 5 de octubre – caso Three Monkeys- .

Interesa ahora establecer las diferencias que puedan observarse entre esta Sentencia y los hechos a los que se refiere y la Sentencia Ebers y sus hechos.

En primer lugar, el caso Three Monkeys fue resuelto por una Sala de cinco Magistrados, apoyada por cuatro de esos cinco, mientras que el Magistrado Giménez formuló el mismo Voto Particular ya hecho a la Sentencia Ebers.

Los acusados eran tres: presidente, secretario y tesorero. Por lo que se refiere a la Asociación, la misma estaba inscrita en el Registro Nacional de Asociaciones ante la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior. Como fines estatutarios se señalaba lo siguiente:

“En espacios privados y en el ámbito estrictamente privado, debidamente registrados y con obtención de las oportunas licencias municipales en caso necesario, se llevará a cabo, adoptando las medidas de seguridad necesarias, por profesionales altamente cualificados en biología y agronomía, y por expertas contratadas, y con total control y transparencia, y en plena colaboración con las autoridades, el cultivo, distribución entre socios, y consumo por éstos con fines lúdicos o medicinales o de cualquier otra índole, de plantas medicinales, especialmente de la planta Cannabis Sativa L y sus preparados o derivados, provenientes de los cultivos colectivos de la Asociación Three Monkeys España”.

Los socios pagaban una cuota anual, señalando sus necesidades mensuales, más una cantidad en el mo-

mento del consumo. Se incautó una cantidad de 1483 gr –que la Sentencia no suma- en distintas presentaciones y con distintos grados de pureza, distinguiéndose entre marihuana y hachís. No se hizo tasación del valor de la sustancia incautada. El número de socios no queda establecido en la Sentencia.

La sección XXII de la Audiencia Provincial de Barcelona absolvió a los tres acusados en Sentencia de 10 de marzo de 2013, que fue recurrida por el Fiscal por inaplicación de los arts. 368, 515-1 o, 517-1 o y 520 CP. El TS afirma lo siguiente:

“El asunto sometido a la consideración de la Sala es en todo semejante al ya resuelto por esta Sala en el Pleno Jurisdiccional de 8 de julio del presente año, habiéndose dado traslado, previamente a las partes, en aquel caso, de acuerdo con el art. 897-2o de la LECriminal a los efectos de que manifestasen lo procedente sobre la actual aplicación del art. 14 del Cpenal. En el presente caso, aunque no se dio el traslado - potestativo- previsto en el art. 897-2o de la LECriminal en relación a la posible aplicación al caso de autos de la existencia de un error, la Sala, dada la total identidad del presente caso con el ya enjuiciado en el Pleno Jurisdiccional citado, tendrá en cuenta la tesis del error del art. 14 Cpenal a la hora de resolver el recurso formalizado, todo ello con la finalidad de evitar dilaciones sin que ello suponga indefensión alguna para las partes, y porque tal norma les favorece”.

En esta segunda Sentencia del TS se sigue en todo la doctrina contenida en la de Pleno ya analizada; pero debe señalarse que los casos no son iguales en aspectos importantes que se enumeran ahora:

1º) No consta en hechos probados el número de socios que tenía la Asociación Three Monkeys, lo que debería impedir el traslado, sin más, de algunos de los razonamientos que hace la Sentencia Ebers referidos al elevado número de socios, quedando acredi-

tado en este último caso que eran, en noviembre de 2011, alrededor de 290. En el caso Three Monkeys se ignora el número de socios, por lo que parte de los razonamientos del caso Ebers no pueden admitirse.

2º) No consta en hechos probados que los socios saliesen del local con sustancia, ni si era posible el acopio; estos datos en la Sentencia Ebers fueron capitales para condenar, pues de ellos se deducía la imposibilidad de garantizar que no hubiese riesgo de difusión; pero nada aparece sobre tales extremos en la STS Three Monkeys, por lo que falta cualquier indicio de riesgo de difusión. Este riesgo es, precisamente, el que exige la tipicidad del art. 368. En definitiva, se ha condenado sin que se haya probado el riesgo exigible para ello. En la Sentencia absolutoria de instancia se recoge en los Fundamentos –no en los hechos probados- que a los socios se les advertía verbalmente de que no podían salir del local para consumir.

3º) En el caso Three Monkeys se reconocía en los Estatutos que la Asociación tenía, entre otros fines, el de cultivar para atender el suministro de los socios; en el caso Ebers, la ausencia de este reconocimiento en los Estatutos de la Asociación, seguido del efectivo cultivo, llevó al TS a declarar un ánimo de ocultamiento de una actividad que se sabía ilegal, con la consecuencia de construir un error vencible y rechazar el invencible. Tampoco en este extremo es aprovechable la doctrina de la Sentencia Ebers, por lo que el traslado de su doctrina no puede fundamentar la condena en el supuesto de Three Monkeys.

En resumen, los dos casos no son iguales, ni tan siquiera “en todo semejantes”, como pretende el TS, por lo que la traslación, haciendo “copia y pega” de los Fundamentos de la Sentencia Ebers a esta que nos ocupa es muy cuestionable.

Seguimos con la Sentencia Ebers; en relación al cultivo se afirma no puede ampararse en la doctrina del consumo compartido porque

“mientras el consumo compartido se caracteriza por el consumo de droga en un momento episódico, el cultivo compartido supone y exige una cierta permanencia, ya que se desarrolla durante un cierto tiempo, su producto se reparte entre los partícipes, sin que exista un consumo colectivo puntual, sino dilatado en el tiempo, perdurabilidad que no aparece en la doctrina de esta Sala del “consumo compartido”. Por ello, la sentencia de instancia ha extendido hasta límites, que consideramos inadmisibles, la teoría del consumo compartido”.

Se considera que la cantidad de sustancia incautada y el número de socios –hecho no probado- son datos relevantes para fundamentar la condena y que la ausencia de ánimo de lucro y el carácter no clandestino de la actividad deben tener la consideración ya hecha en la Sentencia de Pleno. No en vano se dice en esta Sentencia Three Monkeys lo siguiente: “En nuestra argumentación seguiremos el discurso jurídico de la STS 484/2015 de 7 de septiembre, que compartimos plenamente”. Y en efecto así se hace para concluir que

“La magnitud de las cantidades manejadas, el riesgo real y patente de difusión del consumo, la imposibilidad de constatar con plena certidumbre la condición de consumidores o usuarios de la sustancia, así como de controlar el destino que pudieran dar al cannabis sus receptores desbordan no solo los términos más literales en que se desarrolla esa doctrina (que no es lo fundamental como recuerda la sentencia de instancia atinadamente), sino sobre todo su filosofía inspiradora”.

También se adoptan las consideraciones de la Sentencia Ebers en lo que se refiere a la condena en segunda instancia cuando se absolvió en la primera, al error vencible de prohibición y a la improcedencia de castigar por asociación ilícita o por organización criminal. Tratándose de la condena en casación, debe

repararse que en el caso Three Monkeys ni tan siquiera se acudió a dar trámite de informe a las partes como se había hecho en el caso Ebers, por lo que resulta, todavía más cuestionable la solución condenatoria.

Por lo que se refiere a la pena, se parte del marco del tipo básico del art. 368 I, no planteándose la procedencia del subtipo atenuado; se rebaja en un grado por error vencible de prohibición y se supera en poco el límite mínimo (con los mismos razonamientos vistos en la Sentencia de Pleno), alcanzándose una pena de prisión de 8 meses, más la correspondiente accesoria; no se impone la pena de multa por falta de cuantificación del valor de la sustancia.

Como ya se ha indicado, el Voto Particular del Magistrado Giménez reproduce en todo el que formuló a la Sentencia Ebers, incluido lo relativo a la afirmación de que las conductas enjuiciadas son constitutivas de delito de tráfico de drogas, no pudiéndose acoger a la doctrina del consumo compartido.

5. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 788/2015, de 9 de diciembre –caso Pannagh-.

La Sentencia a la que ahora nos referimos resuelve el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección sexta, de 27 de marzo de 2015, por la que se absolvía a los acusados en relación a las actividades de la Asociación de Usuarios/as de Cannabis Pannagh, inscrita en el Registro General de Asociaciones del País Vasco en 2003.

Consta en los Hechos Probados que en los días 14 y 15 de noviembre de 2011 se produjeron entradas y registro en la sede de la Asociación, en una finca rústica de cultivo y en un trastero alquilado por la Asociación, incautándose 78.56912 gr de marihuana y 800 gr de hachís. En el momento de la intervención policial estaban identificados más de 300 socios. En los registros se encontró documentación acreditativa del arrendamiento de 12 fincas rústicas dedicadas al cultivo del cannabis.

El día 14 de noviembre fueron interceptados en la calle tres socios que portaban marihuana procedente del local de la Asociación; uno llevaba 4,753 gr; otro, 9,878 gr; el tercero tuvo en su poder un total de 39 gr, parte retirado por la mañana y parte, por la tarde tras acudir a la Asociación a que le repusiesen lo que se le había incautado horas antes.

Cada socio podía disponer de 2 gr diarios por 2 euros el gramo. El valor del total de la sustancia incautada era de 481.176 euros.

Como en el caso Ebers –no así en el caso Three Monkeys- se acordó conferir audiencia a las partes en virtud del art. 897.2 LECrim para que manifestasen lo que estimasen conveniente sobre la eventual aplicación

del art. 14 CP, quedando en suspenso la deliberación. El Ministerio Fiscal en su recurso señala la imposibilidad de reconducir la actividad de cultivo de la Asociación a la doctrina del “consumo o cultivo compartido”, recordando que en los registros se incautaron 78.56912 gr de marihuana y 800 gr de hachís, cuyo precio estimado en el mercado negro sería de algo más de 370.000 euros. En cuanto a la ausencia de ánimo de lucro, Ministerio Fiscal y Tribunal Supremo hacen las mismas consideraciones vistas en el asunto Ebers.

Sobre la existencia de un debate social y político sobre el cannabis, las distintas legislaciones mundiales y la situación legal en España, se reproducen literalmente las afirmaciones de la Sentencia Ebers.

La Sentencia Pannagh afirma que el caso analizado desborda la doctrina del consumo compartido, en su literalidad y en su espíritu, porque en absoluto se conjura el riesgo de difusión (a la vista de que existía un almacenamiento masivo y de las “cantidades manejadas, el riesgo real y patente de difusión del consumo, la imposibilidad de constatar con plena certidumbre la condición de consumidores o usuarios de la sustancia, así como de controlar el destino que pudieran dar al cannabis sus receptores”), añadiéndose lo siguiente:

“No se trata de imputar a los responsables de la Asociación el mal uso por parte de algunos socios o el incumplimiento de sus compromisos; es que precisamente esa incapacidad de controlar inherente a la estructura creada comporta el riesgo de difusión que quiere combatir el legislador penal. Por supuesto que a los directivos de la Asociación no se les puede atribuir responsabilidad por el hecho de que un socio haya hecho entrega a persona no consumidora de parte de la sustancia; o si la vende traicionando sus obligaciones asociativas. Pero sí son responsables de crear la fuente de esos riesgos incontrolables y reales cuando

se manejan esas cantidades de sustancia que se distribuyen a doscientas noventa personas cuyas actitudes o motivaciones no pueden fiscalizarse. Hay un salto cualitativo –y no meramente cuantitativo, como pretende el Tribunal a quo-, entre el consumo compartido entre amigos o conocidos, –uno se encarga de conseguir la droga con la aportación de todos para consumirla de manera inmediata juntos, sin ostentación ni publicidad-; y la organización de una estructura metódica, institucionalizada, con vocación de permanencia y abierta a la integración sucesiva y escalonada de un número elevado de personas. Esto segundo –se capta intuitivamente- es muy diferente. Aquello es asimilable al consumo personal. Esta segunda fórmula, en absoluto. Se aproxima más a una cooperativa que a una reunión de amigos que comparte una afición perjudicial para la salud, pero tolerada. Estamos ante una actividad nada espontánea, sino preconcebida y diseñada para ponerse al servicio de un grupo que no puede considerarse “reducido” y que permanece abierto a nuevas y sucesivas incorporaciones”.

En lo que sigue, la Sentencia Pannagh reproduce las consideraciones de la Sentencia Ebers referidas a la no concurrencia del delito de asociación ilícita y del delito de organización criminal y a la posibilidad de condenar tras sentencia absolutoria sin modificar los hechos probados, pero si las apreciaciones jurídicas. También en la Segunda Sentencia se hace traslación de los Fundamentos de la Sentencia Ebers en dos extremos: aplicación del subtipo atenuado del art. 368 a dos de los acusados y error vencible de prohibición.

Respecto al tipo atenuado nos remitimos a lo ya dicho al comentar la Sentencia Ebers; la situación fáctica es equivalente, puesto que se trataba de socios que, mediando contrato de trabajo, realizaban labores de limpieza, selección, pesaje y empaquetado. La pena que se aplica en este caso es de 6 meses menos 1 día de prisión, al apreciarse el error de prohibición

vencible, sin imponerse multa.

En relación a los otros dos acusados (que en algún momento habían ocupado cargos directivos en la Asociación), se aprecia error vencible de prohibición y se les condena conforme al tipo agravado de notoria importancia a una pena de prisión de 1 año y 8 meses y a una pena de multa de 250.000 euros, con responsabilidad penal subsidiaria por impago de 20 días. Se aplica, por tanto el tipo contemplado en el art. 369.1, 5a) de notoria importancia que se expresa en los siguientes términos: “*Fuese de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior*”. Procede imponer una pena superior en grado a la contemplada en el art. 368, lo que nos lleva a un marco penal de 3 años y 1 día de prisión a 4 años y 6 meses; este marco se reduce al concurrir error vencible de prohibición, optándose por la degradación simple (por las mismas razones vistas en el caso Ebers) resultando uno de 1 año y 6 meses a 3 años menos 1 día, optándose por aplicar algo más del mínimo, es decir, 1 año y 8 meses.

Por lo que se refiere a la multa, hay que tener en cuenta que la contemplada en el art. 369.1 es del tanto al cuádruplo (no del tanto al duplo establecido en el art. 368); la Sentencia aplica la degradación simple por error vencible, para alcanzar “*una cantidad comprendida entre la mitad de su valor (el tanto) y éste disminuido en un euro*”. Se recuerda que en este caso –a diferencia de lo que ocurría en el caso Ebers- “*los hechos probados, a diferencia de otros supuestos como el tomado en cuenta por nuestra STS n.o 484/2015, sí contienen valoración de la droga apprehendida. Consta en el factum la tasación oficial: 481.176 euros. Por lo tanto la cifra que parece adecuada al caso y a las circunstancias de los condenados, es la de 250.000 euros*”.

Respecto de un “quinto acusado” que resultó absuelto en la Sentencia de la Audiencia, para el que el Ministerio Fiscal interesaba la condena, se reproduce,

por no requerir comentario alguno, lo decidido por el TS: *“hemos de excluir de la condena referida al acusado por el Ministerio Fiscal, a quien efectivamente la acusación pública le atribuye “como tesorero de la asociación Pannagh, entrar a formar parte de la misma el día 1 de abril de 2011, participando en todas las actividades de la sociedad, con conocimiento exacto de las cuentas de la misma, así como de la venta y cultivo de la mencionada sustancia”. Sin embargo, los hechos probados de la sentencia de instancia ni siquiera le nombran. En toda la sentencia sólo aparece en el fundamento jurídico segundo, citándolo con motivo de que declaró en el acto del juicio oral, que: “comenzó a consumir cannabis en 1999, era socio desde 2007 y tesorero de la Asociación “; y en el fallo, donde se le absuelve de todos los delitos igual que a los demás acusados. El Ministerio Fiscal en el texto de su recurso, reconociendo lo dicho, lo atribuye a una omisión involuntaria del Ponente, y solicita su condena junto con los demás, como interesó en la instancia. Sin embargo, no podemos compartir esta posición. Si se trató de una omisión involuntaria debió haberse solicitado su subsanación, de acuerdo con las previsiones del art. 267 de la LOPJ. El resultado absolutorio total, sin duda difuminó la conveniencia de haber exigido el complemento de la resolución con la inclusión fáctica del acusado. Y, como ya vimos en su momento, con la STS 462/2013 de 30 de Mayo, debemos recordar que la doctrina sobre la revisión de las sentencias absolutorias en la instancia del Tribunal Constitucional, ha ido consolidándose, desde la primera sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, la STC 167/2002, así como la de esta Sala y siguiendo ambas en este aspecto al TEDH. Actualmente se mantiene que se han establecido severas restricciones a la posibilidad de rectificar en vía de recurso los aspectos fácticos de sentencias absolutorias con la finalidad de consignar un nuevo relato de hechos probados al que unir un pronunciamiento condenatorio contra quien había resultado absuelto en la instancia. Por otra parte, la utilización de elementos fácticos de la fundamentación jurídica, para completar en contra del reo los hechos probados, ha repeti-*

do esta Sala que no es admisible”. Evidente resulta la conclusión alcanzada por la Sentencia de casación.

Finalmente nos referimos a la cuestión del error de prohibición. Ya hemos dicho que la Sentencia Pannagh traslada a su fundamentación la contenida en la Sentencia Ebers, lo que parecería lógico si se tratase de dos situaciones idénticas o equiparables. Pero lo cierto es que no parece así. Aunque nada se recoge en la Sentencia, es más que probable que en el informe de la defensa, evacuado tras el traslado conferido en base al art. 897.2 LECrim, se hiciese referencia a una serie de datos que extraemos del comunicado que la Asociación Pannagh hizo tras la condena de sus socios y directivos. Son los siguientes:

“Se dice que los condenados actuaron “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”, olvidando el hecho de que las actividades de Pannagh ya fueron consideradas penalmente irrelevantes por la Audiencia Provincial de Bizkaia en 2006 (Auto no 218/06) y por la de Álava en 2012 (Auto no 377/12), habiendo sido en ambos casos devuelta la marihuana incautada. Por tanto, los hoy condenados no tenían una “infundada esperanza”, sino la certeza, basada en antecedentes judiciales, de que su conducta no era delictiva.

También se dice que hubo *“ocultación de los fines reales de la asociación” e “indiferencia”* ante la posible ilegalidad. Se ignoran así las iniciativas de solicitud de amparo promovidas por Pannagh ante diversas instituciones, como el Ararteko o el Parlamento Vasco, que entre otras cosas dieron lugar a la creación de una ponencia parlamentaria en éste último, a pesar de que tanto estas iniciativas como los autos de las Audiencias Provinciales constan en las diligencias practicadas durante la fase de instrucción y en las alegaciones presentadas por la defensa en la fase de recurso”.

Siendo ciertas estas afirmaciones, si las mismas fueron suministradas al TS, no se comprende porque nada se dice en la Sentencia. Si la Asociación contaba ya con dos Autos de archivo y devolución de la sustancia, es posible hablar de error invencible de prohibición (o de tipo). La invencibilidad en este caso se funda en que dos Tribunales ya han conocido el funcionamiento de esa concreta Asociación y lo han considerado no delictivo. Aquí no se trata de que exista para otros casos jurisprudencia menor contradictoria –sobre este extremo construye el TS en las otras dos sentencias la vencibilidad del error-; aquí se tenían dos archivos que afectaban a la misma Asociación. La diferencia es capital, pero la Sentencia Pannagh no ha querido reparar en ella (se insiste, lo dicho es válido si tales Autos de archivo se incluyeron en el Informe solicitado a la luz del art. 897.2 LECrim).

6. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 563/2016, de 27 de junio –caso María de Gracia Club-

El presente Informe analiza la **Sentencia del Tribunal Supremo 563/2016, de 27 de junio –caso María de Gracia Club-**, cuarta en la que el Tribunal enjuicia los comportamientos que se realizan en Asociaciones de consumidores de cannabis. El anterior Informe, que ahora ampliamos, se refería a las tres primeras resoluciones (Sentencias del Tribunal Supremo 484/2015, de 7 de septiembre –caso Ebers, dictándose por el Pleno Jurisdiccional de la Sala-; 596/2015, de 5 de octubre –caso Three Monkeys-y 788/2015, de 9 de diciembre –caso Pannagh-); en las tres hubo condena y apreciación de error de prohibición vencible.

En esta última resolución 563/2016 que ahora nos ocupa, se alcanza la absolución al considerarse que existía error de prohibición que era, en este caso concreto, invencible, lo que se afirma sin oponerse a la tesis sostenida en las tres anteriores resoluciones, cuya doctrina general –se dice- sigue considerándose válida. Como veremos más adelante, no queda claro que esta cuarta resolución mantenga la vigencia de la doctrina acogida en la Sentencia 484/2015 del Pleno.

Analizamos la última de las cuatro Sentencias siguiendo el mismo esquema visto en la primera de ellas (STS Pleno, caso Ebers).

6.1. Composición de la Sala

La que ahora nos ocupa en una Sentencia dictada por una sala de cinco Magistrados, uno de los cuales (Soriano Soriano) firma un Voto Particular. Al menos tres de los Magistrados intervinientes tuvieron que formar mayoría, presumiblemente Conde-Pumpido, Ferrer García y Giménez García, dado el contenido de

los Votos Particulares que formularon a la Sentencia Ebers. Respecto del Magistrado Varela Castro, desconocemos si votó con la mayoría o en contra (se puede votar contra la mayoría y, sin embargo, no formulara Voto Particular).

Se afirma en la Sentencia lo siguiente: *“en el presente caso, la composición del Tribunal que ha conocido del presente recurso, de acuerdo con el turno preestablecido, se ha conformado por cinco Magistrados, varios de ellos, en concreto tres firmantes del Voto Particular a la sentencia 484/2015 de 7 de Septiembre del Pleno Jurisdiccional en el que se pronunciaron en el sentido de concurrir un error invencible de prohibición”*.

6.2. Los Hechos y la calificación jurídica en instancia

La Sentencia recurrida procede de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección V, y está fechada el 5 de mayo de 2015; era absolutoria y fue recurrida por el Ministerio Fiscal.

Los hechos que se declaran probados en instancia son, sucintamente, los siguientes:

- En noviembre de 2011, los dos acusados, junto con otras personas, constituyen la Asociación “María de Gracia Club”, ocupando los cargos de Presidente y Vocal. La inscripción en el Registro de Asociaciones de la Generalitat se produjo en febrero de 2012, *“previo informe, que no resultaba desfavorable de la Fiscalía Provincial de Barcelona”*.

- En febrero y marzo de 2012 se produjeron en las inmediaciones del local social distintas incautaciones de sustancia en cantidades no determinadas a distintas personas, unas socias y otras respecto de las que se afirma *“sin que se halle probado que los expresados no fueran socios”*.

- En mayo se practicó una entrada y registro en el local de la Asociación que dio lugar a la incautación de bolsas de marihuana con distintos pesos y purezas.

Los hechos probados afirman que en la actuación de la Asociación no había ánimo de lucro y que no se ha acreditado la existencia de riesgo para la salud de los socios o de terceros, “*ni peligro de difusión a terceros de las sustancias mencionadas que tenía la asociación a disposición de los socios para ser consumida en su sede social*”.

El recurso del Ministerio Fiscal denunciaba inaplicación de los arts. 368. 1o y 515.1o y 517. 1o y 2o del Código Penal.

6.3. Referencia a la Sentencia del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 484/2015, de 7 de septiembre –caso Ebers-. El “hecho diferencial” en el caso María de Gracia Club

En la resolución que nos ocupa se hace un repaso de la Sentencia Ebers y de sus tres Votos Particulares, subrayándose que “*por un elemental deber de coherencia su decisión debe ser mantenida para futuros casos cuando coincidan los elementos fácticos que justificaron la decisión de la Sala*”; a lo que se añade que “*Obviamente son posibles los cambios de jurisprudencia, pero siempre que aparezcan debidamente justificados y razonados*”. Con esto ya se anticipa que la solución que se va a alcanzar es distinta de la condenatoria de la Sentencia del Pleno; y ello porque

“verificamos en este control casacional que entre la causa juzgada en el Pleno Jurisdiccional y la presente causa, existe un dato diferencial que consideramos que tiene la potencialidad suficiente como para justificar una decisión diferente con lo que la aplicación de la doctrina del Pleno al presente caso no sería procedente al no ser casos idénticos, lo que permitiría una discrepancia con la doctrina del Pleno sin quebrantar el deber de

lealtad y de coherencia con la doctrina del Pleno de la Sala en este tema que, además, tiene una especial relevancia social”.

A nuestro entender, en los párrafos transcritos hay una cierta confusión en la forma de expresar cuestiones que merecen ser tratadas diferentemente. Por un lado, se afirma la necesidad de mantener la doctrina del Pleno para casos coincidentes y, por otro, se dice que el cambio de jurisprudencia es posible si está razonado. Conviene aclarar que solo se puede hablar de cambio en la jurisprudencia sí, ante iguales hechos, se modifica la doctrina anterior justificadamente; por lo contrario, cuando se está ante hechos distintos, la no aplicación de la doctrina con la que se resolvió el primero, no supone en absoluto un cambio jurisprudencial, sino resolución individualizada de supuestos distintos con distinta respuesta jurídica. Si los casos no son idénticos, no habrá discrepancia con la doctrina del Pleno, sino simplemente, inaplicación de la misma por no ser procedente su aplicación.

A pesar de lo que se acaba de señalar, se insiste en la resolución que el distinto fallo no supone quiebra alguna de la Sentencia del Pleno, ni apartamiento injustificado del mismo, sino que se trata de supuestos diferentes. Con todo y, a pesar de lo repetidamente indicado, no es posible olvidar que tres de los Magistrados que deciden en esta cuarta Sentencia ya manifestaron su oposición al Pleno en sus Votos Particulares y, en aquella ocasión, obviamente no se estaba ante “un caso distinto”, sino ante el mismo caso. Es decir, para estos tres Magistrados, la calificación en el caso Ebers de error de prohibición vencible era incorrecta, ya que ellos postularon en su opinión discrepante la existencia de un error invencible; siendo así, en la Sentencia del caso María de Gracia Club, el “hecho diferencial” sobre el que pivota el fallo, no parece tan “diferencial” para justificar la invencibilidad, dado que sin darse ese “hecho diferencial” en el caso Ebers los referidos tres Magistrados optaron, también, por la invencibilidad.

6.4. Delito de tráfico de drogas. Los Estatutos y las consecuencias que se derivan de su reglamentación. El dictamen no desfavorable del Ministerio Fiscal como “hecho diferencial”

Se refiere el TS a la gran similitud que existe entre el contenido de los Estatutos de la Asociación Ebers –la que fue objeto de la primera resolución- y la que le ocupa – María de Gracia Club-, si bien en aquella era posible un acopio de 6 meses y en esta, solo de 1 mes. Cabe destacar que en el formulario de solicitud de admisión como socio de María de Gracia Club se afirma que si se saca sustancia de la Asociación debe guardarse en “lugar íntimo, protegido por el art.18 C. E. y no sacarlo de ese lugar hasta que llegue nuevamente a un espacio privado. La policía no tiene derecho de registrar las partes o lugares íntimos de las personas a no ser que tengan autorización judicial o de la persona concreta”.

La parte más relevante de esta Sentencia está en la comparación de su supuesto de hecho con el del caso Ebers. En este sentido, se pregunta el Tribunal lo siguiente

“¿Donde está el dato diferencial y relevante para justificar una respuesta absolutoria vía error invencible de prohibición, sin que suponga una contradicción con lo decidido en la sentencia 484/2015 del Pleno de la Sala, que en relación a la “Asociación EBERS” concluyó con sentencia condenatoria, si bien apreciando un error vencible de prohibición?”

Y la respuesta es que en este caso la inscripción en el Registro de Asociaciones de la Generalitat fue acordada por la Dirección General competente, previo Dictamen no desfavorable del Ministerio Fiscal que conoció por traslado de la solicitud de inscripción. La no oposición del Fiscal a la inscripción es el “hecho diferencial”. Sin embargo, este hecho no se proyecta

sobre los elementos que dan vida al consumo compartido, como supuesto de atipicidad, puesto que el Tribunal entiende que en este caso tampoco puede afirmarse ese consumo compartido, sino sobre el error de prohibición que aquí debe apreciarse como invencible. En dicho Informe del Fiscal se afirmaba lo siguiente

“pese al hecho de que en los Estatutos de la Asociación se explicita la finalidad de efectuar una actividad (especialmente el cultivo de la planta Cannabis Sativa L) que puedan suscitar problemas de valoración penal, no puede inferirse, sin más, la comisión del ilícito que se menciona; pues tal y como aparecen expuestas y redactadas no es posible advertir una vocación de favorecimiento y facilitación del consumo ilegal de estupefacientes, no solo por no ser acordes con el resto de los fines anunciados sino también por los condicionamientos previstos para su realización (espacio no público, reservado a socios, todos ellos mayores de edad...). Por tales razones, en este estado inicial de la vida de la Asociación no es de apreciar la existencia de hechos constitutivos de delito; pero tales consideraciones no implican descartar que, si en el desarrollo de su actividad fueran realizados actos subsumibles en el art. 368 del CP, pueda entonces ser apreciada la existencia de un delito contra la salud pública. Así, por lo que respecta al cultivo, por más que en los Estatutos se constriña el mismo a un espacio privado (y para autoconsumo, realización de estudios e investigación), no cabe descartar que en supuestos concretos (que en esta fase no concurren) pueda ser estimado el delito que se menciona, máxime atendiendo a que el denominado “espacio privado” será de uso “colectivo”, aún reducido a los miembros de la Asociación”.

Sigue el escrito del Fiscal haciendo referencia a la naturaleza de delito de peligro abstracto que tiene el tráfico de drogas, trayendo a colación la STS 17 de

noviembre de 1997 (a la que nos referíamos en el Informe principal). Se razona que el peligro abstracto no requiere la concreción de ese peligro, “sino exclusivamente de la abstracta adecuación al mismo que ha establecido el legislador”.

Concluye el Fiscal que, no obstante no oponerse a la inscripción, “cualquier actividad que pudiera llevar a cabo que incurra en las conductas tipificadas como delito en los arts. 368 y ss del Código Penal, motivarán la correspondiente actuación policial y justificará el ejercicio por el Ministerio Fiscal de las acciones penales pertinentes por tales delitos contra la salud pública, dado que, aunque resulte constituida legalmente, su dedicación posterior a la actividad ilícita obligará a considerarla como agrupación criminal, debiendo ser disuelta y exigidas responsabilidades a los integrantes de la misma, en los términos previstos en los arts. 369 bis en relación con el art. 129.1.b), 570 bis, art. 570 ter y art. 570 quáter, todos ellos del Código Penal”.

Pocos comentarios merece el escrito del Ministerio Fiscal: no pudiéndose afirmar ex ante una “vocación de favorecimiento y facilitación del consumo ilegal de estupefacientes”, procede no oponerse a la inscripción de la Asociación. Téngase en cuenta que las conductas aparentemente típicas de cultivo, elaboración, promoción de otro modo del consumo ilegal y posesión, no pueden castigarse si falta la finalidad de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal –es decir, el de terceros-.

Lo anterior no obsta al establecimiento de una advertencia: si en el curso de las actividades de la Asociación se detectase el favorecimiento de un consumo ilegal, procedería iniciar acciones penales.

Lo relevante a los efectos del error es que los acusados hayan actuado en el convencimiento de que se seguían cumpliendo las condiciones que permitieron la inscripción, dado que, bajo esas condiciones, su actuación no tenía relevancia penal. A esta cuestión

parece referirse la Sentencia 562/2016 en una argumentación final que se deja apuntada, pero que no se integra en el razonamiento que conduce a afirmar la invencibilidad del error. Más adelante nos referiremos a este extremo.

6.5. El error de prohibición

La Sentencia que ahora nos ocupa, tras repasar la doctrina de la anterior sobre el caso Ebers en materia de error de prohibición, afirma que a la vista del informe no desfavorable del Ministerio Fiscal y dado que los absueltos en instancia lo conocían “*no tenían ninguna exigencia de indagar o buscar otra fuente fidedigna de información para asegurarse de la licitud de la Asociación...Claramente no le era exigible ninguna otra conducta o indagación.*”. Con lo anterior se quiere dar respuesta a la afirmación que se contiene en la Sentencia Ebers relativa a la carga que los acusados tienen de verificar la licitud de la actividad que van a llevar a cabo, por lo que incumpléndose esa carga no puede invocarse un error invencible.

Lo más sorprendente es que en esta cuarta Sentencia se afirme que la apreciación del error de prohibición invencible en base al “*hecho diferencial*”, “*justifica una decisión diferente sin riesgo de incurrir en contradicción con la doctrina sentada en aquella sentencia por la mayoría de la Sala, doctrina que debe ser seguida para los casos iguales que se pudieran presentar en el futuro*”. Y la sorpresa está en que tres de los magistrados que ahora forman mayoría en la Sentencia María la Gracia Club son autores de los Votos Particulares del caso Ebers que sostuvieron allí la invencibilidad del error. Lo anterior quiere decir que, a efectos de estos tres Magistrados, el “*hecho diferencial*” no es tan diferencial, puesto que ya antes y sin darse tal elemento diferencial sostuvieron la invencibilidad.

Cierto es que se podría mantener que cuando la Sentencia que analizamos se refiere a la “*doctrina* (del

caso Ebers) que debe ser seguida para los casos iguales”, podría no estarlo haciendo por razón del error, sino por razón del rechazo a la tesis del consumo compartido. Lo anterior tendría lógica ya que estos tres Magistrados, como todos los demás de la Sala están de acuerdo en que los casos de Asociaciones como las que han sido enjuiciadas se quedan fuera de tal doctrina. Pero ocurre que, una vez afirmado el error de prohibición invencible y rechazada la atipicidad por consumo compartido, al final de la Sentencia se dice lo siguiente

“es evidente que las intervenciones policiales con ocupación de dosis de marihuana a socios que la obtuvieron en la Asociación, o la incautación de cáñamo en la propia Asociación, son actividades que representan la razón de ser de la Asociación respecto de lo que el Ministerio Fiscal en su informe no efectuó ningún reparo.

Más aún, incluso podría afirmarse que en sintonía con el informe del Ministerio Fiscal, antes citado, podría argumentarse la falta de tipicidad de los hechos denunciados, lo que solo dejamos apuntado”.

No es fácil saber qué se quiere dejar apuntado:

-¿La atipicidad previamente negada? No parece que la Sentencia pueda incurrir en tal contradicción.

-¿Qué el Fiscal con su Informe indicaba que las conductas a las que se iba a dedicar la Asociación eran atípicas? Tampoco parece que se pueda afirmar tal cosa porque el Fiscal tuvo cuidado en decir que en el momento de redactarse su escrito no había tacha de ilegalidad penal, pero que podía incurrirse en la misma en el futuro. No siendo posible dar respuesta a lo que se deja apuntado, lo cierto es que la absolución se produce por entenderse que el error de prohibición fue invencible.

6.6. El Voto Particular

Considera el Magistrado firmante que el recurso del Fiscal debió estimarse en lo que se refiere a la apreciación de un delito de tráfico de drogas al no darse los requisitos de atipicidad del consumo compartido. Como ya se ha señalado, lo cierto es que la Sentencia de la mayoría pasa por este extremo de puntillas y de forma no clara o contradictoria.

Se afirma que procedía apreciar un error de prohibición vencible en el delito de tráfico de drogas y que debía absolverse por organización criminal siguiendo la Sentencia del Pleno 484/2015; todo ello “en evitación de agravios comparativos y ante la identidad esencial con la sentencia del Pleno jurisdiccional”.

En el Voto Particular se repasa la normativa referida al cannabis y, al hilo del recurso del Ministerio Fiscal, nos recuerda las exigencias jurisprudenciales de la figura del consumo compartido como supuesto de atipicidad, para combatir los razonamientos de la sentencia de la Audiencia, asumiéndose los del Fiscal, considerando que la Sentencia del Pleno es un “modelo a seguir”. Se traen a colación algunas de las afirmaciones de la resolución Ebers sobre la cantidad de droga manejada en la Asociación; sobre el salto cualitativo –y no solo cuantitativo- que implica una Asociación respecto de un grupo de amigos consumidores; sobre la facilitación del consumo en la estructura asociativa.

Finalmente, se refiere el Voto Particular al “hecho diferencial” de la Sentencia a la que se opone, o sea, al Informe del Ministerio Fiscal no oponiéndose a la inscripción; se considera por el Magistrado discrepante que tal dictamen “no solo no justifica la conducta de los acusados, sino que les advierte de en caso de incurrir en actuaciones susceptibles de ser subsumidas en los tipos penales que castigan el tráfico de drogas procedería con todo rigor aplicando la

legalidad punitiva”. Partiendo de esta idea, se afirma que los fundadores de la Asociación no podían desconocer la regulación de la Ley 17/1967 y del Real Decreto 1275/2011 y que los Estatutos exigían la acomodación de las actividades a la doctrina del Tribunal Supremo sobre consumo compartido. Se recuerda también que “los **requisitos o exigencias para justificar una situación de consumo compartido han de concurrir simultáneamente**, sin perjuicio de que su interpretación permita cierta flexibilidad”, aunque, en todo caso, dicha interpretación ha de ser restrictiva y excepcional. Se concluye en el Voto que la conducta enjuiciada era delictiva y que no se está ante un supuesto de creencia equivocada de que la actuación fuese conforme a Derecho.

Finaliza la opinión discrepante recordando que los acusados no alegaron el error de prohibición y que los Hechos Probados no recogen una situación de error que permita sustentar la absolución.

7. SENTENCIAS DICTADAS CON POSTERIORIDAD A LAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Se hace aquí referencia a resoluciones de tribunales inferiores o juzgados que se han dictado tras haberse formulado la nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre la relevancia penal de las conductas realizadas en los CSC. Nos referimos a tres Sentencias.

1ª) Sentencia 482/15, de 28 de diciembre del Juzgado de lo Penal 21 de Madrid, referida a la Asociación La Santa. Le Club.

Se trataba de una Asociación constituida en 2011 que suministraba a sus socios marihuana, previo encargo, entregando estos su precio y una cuota mensual de 10 euros para atender a los gastos; el consumo debía realizarse en el interior del local. En noviembre de 2012 se produjo una intervención policial, encontrándose sustancia por valor de 5459,72 Euros. Los socios eran 197, de los cuales 26 eran medicinales³⁴; el control de acceso al local se hacía mediante huella dactilar. En 2012, el acusado –Presidente de la Asociación- había sido puesto a disposición judicial cinco veces, habiéndose producido distintas intervenciones consentidas; no así la última, en la que el acusado pidió la correspondiente orden judicial, ante lo cual los agentes desistieron. Las actuaciones iniciadas en distintos Juzgados de Instrucción terminaron en archivo y devolución de la sustancia o llegaron a juicio, resultando absuelto el acusado. Todo lo anterior llevaba al acusado a pensar que su actividad no era delictiva. El día de la intervención de la que trae origen la causa, los agentes entraron en el local tirando la puerta abajo y sin autorización judicial.

Tras dictarse la primera Sentencia del Tribunal Supremo, ha cesado la dispensación de sustancia.

Se trata de un caso claro de **error invencible** –ya se considere que es de tipo o de prohibición-, debiéndose hacer los mismos razonamientos que hemos mantenido en el caso Pannagh: el acusado no se planteaba, en abstracto, que la dispensación de marihuana a través de un CSC era conforme a Derecho, sino que, en su caso concreto, los anteriores archivos y absoluciones le llevaron a considerar, con seguridad absoluta, que su comportamiento no era delictivo, aunque lo pudiese ser el de otros sujetos de otros CSC, sin sombra de duda alguna de la que derivar la presencia de un error vencible.

Este razonamiento se adopta en la Sentencia, apreciándose un error de prohibición invencible que conduce a la absolución. Concretamente, se sostiene que hubo error de subsunción referido a un elemento normativo del tipo –“consumo ilegal”-, que debe tratarse como error de prohibición. Se analiza la doctrina contenida en la Sentencia Ebers, a la que por error se data el 4 de febrero de 2015 –fecha del señalamiento- y no el 7 de septiembre de 2015 –fecha de la Sentencia-, pero no cabe duda de que se hace referencia a esta resolución y a sus Votos Particulares, concretamente, al del Magistrado Giménez García, cuyas consideraciones ser hacen propias para fundamentar la existencia de un error invencible. En el Voto Particular se subrayaba con razón que solo a partir del pronunciamiento del Tribunal Supremo hay doctrina jurisprudencial –y con ello, se entiende, imposibilidad de construir un error invencible-; en la Sentencia que ahora nos ocupa se insiste en que en el momento de la intervención en la Asociación La Santa Le Club faltaba esa doctrina, lo que podría estar indicando la imposibilidad de aplicarla retroactivamente).

Con todo, se insiste, el dato más relevante no es la inexistencia de doctrina jurisprudencial en general, sino la propia experiencia previa del acusado, tal como hemos visto en el caso Pannagh, si bien las soluciones han sido distintas en uno y otro supuesto.

³⁴ La mayoría de los datos relevantes que se manejan en los Fundamentos no están recogidos en los Hechos Probados.

2ª) Sentencia 360/2015, de 21 de diciembre, del Juzgado de lo Penal 3 de Donostia.

Se parte de una intervención en una plantación de cannabis de 323 plantas y 115 ramas de cogollos en proceso de secado, alcanzándose una tasación de 89.113,84 Euros. La fecha de la intervención fue 4 de enero de 2013. En los cultivos no había medidas de seguridad que impidiesen la difusión de la sustancia al margen de los socios. El cultivo se destinaba al suministro entre los socios de A.C.E.E.-A.U.

En esta resolución se asume la doctrina contenida en el caso Ebers, entendiéndose que los supuestos son similares y que la conclusión debe ser que la actividad no puede ampararse en la doctrina del consumo compartido. Se insiste en el argumento de que no se trata de imputar a los responsables de la asociación el mal uso por parte de los socios, sino el haber creado la fuente de los riesgos incontrolables derivados de la cantidad de sustancia y de la existencia de al menos, 120 socios. En cuanto a la concurrencia de error, se asume el razonamiento de la Sentencia Ebers: error vencible de prohibición, aunque la pena se rebaja en dos grados –no en uno como hiciese la Sentencia Ebers- a la vista de las circunstancias distintas que se aprecian en el caso de A.C.E.E.-A.U: no se consentía el acopio, ausencia de incautaciones fuera del local, colaboración con la policía y menor número de socios. De lo anterior se deriva una pena para cada uno de los acusados –representantes de la Asociación- de 3 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual tiempo y multa de 22.279 Euros.

Esta Sentencia es susceptible de recurso de apelación.

3ª) Sentencia de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de marzo de 2016.

Se refiere esta Sentencia a la Asociación La Mesa Barcelona, fundada e inscrita en 2012. Se afirma en los Hechos Probados que esta inscripción no se correspondía con actividad asociativa alguna: no había socios que acudiesen a consumir –según la defensa había 1200 socios que consumían 80 gr diarios, pero este extremo no se acredita-, ni se pagaban cuotas y solo pretendía dar cobertura a un cultivo ilícito de marihuana destinada al tráfico ilegal y a la distribución a terceros. Con los anteriores datos puede afirmarse que estamos ante un supuesto que nada tiene que ver con los anteriores de CSC analizados.

El 7 de noviembre de 2013 se incautaron 19,825 kilos de marihuana (4200 plantas). El precio estimado en el primer semestre de 2013 era de 1093 euros. La Sentencia aprecia la agravación de notoria importancia al superarse los 10 kilos que para la marihuana se señalan en el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2001.

Se trae a colación la Sentencia Ebers, para señalar que los hechos no coinciden con los de una Asociación de consumo de cannabis. Se aprecian los delitos de tráfico de drogas en cantidad de notoria importancia y de asociación ilícita del art. 515.1o, en relación con el art. 517. 1 y no se admite error alguno al faltar el presupuesto básico para invocar cualquier equivocación. La Sentencia es susceptible de recurso de casación.

Se insiste, este caso no tiene nada que ver con los cinco analizados en este Informe.

ANEXOS

Cuadro de magistrados que han formado sala para cada una de las sentencias, con indicación de ponentes, de autores de votos particulares y de adhesiones totales o parciales a los votos particulares

Magistrados	STS 484/2015 EBERS, Pleno jurisdiccional	STS 596/2015 THREE MONKEYS, 5 magistrados	STS 788/2015 PANNAGH, 5 magistrados
MARCHENA	*		*
CONDE -PUMPIDO	* <u>Voto particular 1</u> Adhesión al VP2		
MARTINEZ ARRIETA	* <u>Voto particular 3</u> Adhesión parcial al VP1	*	
SANCHEZ MELGAR	*	* Ponente	
SORIANO	*		*
MAZA	*	*	
COLMENERO	*		
MONTERDE	*		* Ponente
BERDUGO (baja en 2016)	*	*	
VARELA CASTRO	*		*
JORGE BARREIRO	*		
DEL MORAL GARCÍA	* Ponente		
PALOMO DEL ARCO	* <u>Voto particular 3</u>		
FERRER GARCIA	* Adhesión VP1 Adhesión VP2		
LLARENA CONDE (nombrado en enero de 2016 para sustituir a Giménez García)			
Saavedra (emérito)			*
Giménez García (emérito, baja en 2016)	* <u>Voto particular 2</u> Adhesión VP1	* <u>Voto particular</u>	
Granados (emérito)			
Andrés Ibáñez (emérito)			

* Magistrados que ha formado Sala

Sobre la composición de Salas y reparto de ponencias en la Sala Segunda del Tribunal Supremo para el año 2016, ver Acuerdo de 12 de noviembre de 2015, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 2 de noviembre de 2015, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la composición y funcionamiento de las Salas y Secciones y asignación de ponencias que deben turnar los Magistrados en 2016 (BOE 30-11-2015, núm.286).

