



Roj: **STS 2745/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2745**

Id Cendoj: **28079120012018100354**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/07/2018**

Nº de Recurso: **834/2015**

Nº de Resolución: **352/2018**

Procedimiento: **Penal. Procedimiento abreviado y sumario**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 834/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 352/2018

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 12 de julio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 834/2015 interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** contra sentencia de fecha 27 de marzo de 2015 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Vizcaya en causa seguida contra Domingo , Indalecio , Piedad y Ángela en causa seguida por un delito contra la salud pública e integración en grupo criminal y asociación ilícita. Ha sido parte recurrida Domingo representado por el procurador Luis Pozas Osset y bajo la dirección letrada de D.ª María José Carrera González.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 6 de Bilbao incoó procedimiento Abreviado con el nº 2477/2012 contra Domingo , Indalecio , Piedad y Ángela en causa seguida por un delito contra la salud pública e integración en grupo criminal y asociación ilícita. Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección Sexta) que, con fecha 27 de marzo de 2015, dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados:**

" **ÚNICO.** - Se declara probado que en fecha 22 de febrero de 2003, por acuerdo de los acusados D. Domingo , Dª Piedad y tres personas mas, se constituyó la Asociación de Usuarios/as de Cannabis Pannagh, con domicilio en Bilbao, cuyo objeto era la constitución de los fines previstos en el artículo 2 de los Estatutos que, para disciplinar el régimen interno de la asociación y su desenvolvimiento, fueron aprobados en el mismo acto fundacional, incorporándose el texto de los mismos al acta de constitución, habiéndose acordado en dicho acto



también designar la Junta Directiva y sus componentes con indicación de los cargos que desempeñaban siendo D. Domingo presidente y D^a Piedad una vocal. El Sr. Domingo se ha mantenido en el cargo de presidente hasta la última Junta Directiva y la Sra. Piedad en el última Junta Directiva era Secretaria de la misma. La Asociación de Usuarios/as de Cannabis Pannagh fue inscrita con número de registro G.V.:AS/B/10623/2003 en el Registro General de Asociaciones del País Vasco en virtud de lo acordado por resolución de fecha 20 de junio de 2003 del Director de Estudios y Régimen Jurídico, previo análisis de la documentación presentada entre la que se encontraban los Estatutos de la Asociación y el acta de constitución. En la inscripción de constitución de la Asociación consta expresamente su denominación, sus fines estatutarios, su domicilio social, su ámbito territorial, su patrimonio fundacional y los órganos de gobierno. Con posterioridad se han inscrito en el Registro de Asociaciones los cambios de los componentes de la Junta Directiva y los cambios del domicilio social, constando registrado como último domicilio el de calle Luzarra nº 18, 4º A de Bilbao. La Asociación de Usuarios/as de Cannabis Pannagh tiene un libro registro de sus socios en el que en relación con cada socio consta su nombre y apellidos, su DNI, su domicilio, la fecha de ingreso, el tipo de cuota y su número de socio. Los fines estatutarios de la Asociación de Usuarios/as de Cannabis Pannagh son: El estudio sobre el cáñamo y sus posibles aplicaciones culturales, científicas y terapéuticas, Evitar el peligro para la salud de sus usuarios inherente al mercado ilegal de cannabis mediante actividades encaminadas a la prevención de los riesgos asociados a su uso, Promover el debate social sobre su situación legal y la de sus consumidores, así como hacer valer los derechos constitucionales de los que éstos son titulares y denunciar las arbitrariedades que en su observación pueden cometer las distintas administraciones y poderes públicos o cualquier persona. Para ser socio era necesario solicitarlo por escrito, estar avalado por un miembro de la Asociación, ser mayor de edad y gozar de plena capacidad de obrar, compartir los fines y objetivos de la Asociación y ser consumidor de cannabis o haber sido diagnosticado de alguna enfermedad para la cual la eficacia del uso terapéutico o paliativo de los cannabinoides haya sido probada científicamente, correspondiendo a la Junta Directiva resolver sobre la admisión o inadmisión, teniendo obligación los socios de prestar concurso activo para la consecución de los fines de la Asociación, contribuir al sostenimiento de los gastos con el pago de las cuotas que se establezcan por la Junta directiva, acatar y cumplir los Estatutos y los acuerdos validamente adoptados por los órganos rectores de la Asociación y acatar y cumplir las normas recogidas en el Reglamento de régimen Interior.

En aplicación del artículo 2 de los Estatutos de la Asociación y con la finalidad de evitar los riesgos del mercado ilegal mediante una fórmula que permitiera el acceso a los socios a cannabis con garantías de calidad sin vulnerar las disposiciones legales aplicables al caso, se estableció y se aceptó por los socios, la actividad de cultivo para consumo privado de los socios en la que para participar era imprescindible haber adquirido la condición de socio, los socios participantes sostenían los gastos de la actividad de forma proporcional a su participación en ella, cada socio participaba en función de la previsión de consumo que él mismo determinaba para periodo semestral de cultivo, el cultivo solo alcanzaba a cubrir el conjunto de las previsiones que los socios habían realizado para el periodo, el total de cada periodo de cultivo se dividía entre el total de socios participantes en ese periodo atendiendo a la categoría concreta que a cada socio le correspondía según su previsión, el cuidado del cultivo se llevaba a efecto por socios colaboradores y en orden a excluir cualquier posibilidad distinta del autoconsumo privado la participación de cada socio no podía exceder de la correspondiente a 2 gramos por día.

El día 4 de noviembre de 2011 por miembros la Policía Municipal de Bilbao se inició una investigación de la Asociación Pannagh y tras las vigilancias y seguimientos realizados en días sucesivos, el día 14 de noviembre de 2011 se llevó a efecto la entrada y registro de la sede de la Asociación Pannagh sita el la calle Luzarra nº 18, 4º A) de Bilbao y el día 15 de noviembre de 2011 sobre las 02.15 horas tuvo lugar la entrada y registro del trastero que en el edificio de la calle Ibaizabal 41-43 de Galdakao tenía alquilado la citada Asociación y sobre las 19.15 horas tuvo lugar la entrada y registro de la finca rustica de Zamudio "Sandoni Auzoa" alquilada por la citada asociación.

En la entrada y registro de la sede de la Asociación Pannagh sita el la calle Luzarra nº 18, 4º A) de Bilbao fueron encontrados los siguientes efectos:

- Cinco cajas conteniendo 10.035,3 gramos de sustancia vegetal verde que dio positivo a las reacciones de identificación de CANNABIS (Marihuana).
- Diecisiete cajas con múltiples bolsas conteniendo un total de 22.253,6 gramos de sustancia vegetal verde que dio positivo a las reacciones de identificación de CANNABIS (Marihuana).
- Un frasco con polvo color verde conteniendo 2,58 gramos que dio positivo a las reacciones de identificación de CANNABIS (Marihuana).
- Una bolsa con polvo verde con 1,127 gramos que dio positivo a las reacciones de identificación de CANNABIS (Marihuana).
- Una bolsa con sustancia vegetal marrón con 118,7 gramos que dio positivo a las reacciones de identificación de CANNABIS (Marihuana).



- Dieciséis tabletas con polvo marrón prensado con un peso de 800 gramos que dio positivo a las reacciones de identificación de CANNABIS (Marihuana).
- Un saco de papel con sustancia vegetal verde con un peso de 767,4 que dio positivo a las reacciones de identificación de CANNABIS (Marihuana).
- Libros y documentos de la citada asociación, entre ellos el libro registro de los socios de la Asociación de Usuarios/as de Cannabis Pannagh.
- Dietario del año 2011 con anotaciones relativas a las entregas de sustancias a los socios y entregas de dinero por parte de los socios para el pago de cuotas anuales o al retirar la sustancias.
- Justificantes de transferencias y relación de plantaciones
- Doce contratos de arrendamientos de varias fincas rústicas para plantaciones con los preceptivos justificantes de transferencia. En los contratos por la parte arrendataria intervino el Sr. Domingo en su calidad de presidente de la Asociación Pannagh.
- Justificantes bancarios por un importe de 40.232 euros en concepto de compra de semilla para el cultivo de marihuana.
- 3.289 euros
- Una catilla de la B.B.K. con el nº NUM000 , con un saldo de 108.880,71 euros a fecha 14 de noviembre de 2011.
- Ocho talonarios de recibos
- Cuatro básculas de precisión
- Plano realizado a mano de invernaderos
- Portafolios con cantidad y calidad de la sustancia.

En la finca rustica de Zamudio "Sandoni Auza" se encontró:

- Doce bolsas con sustancia vegetal verde con un peso total de 21.456,8 que dio positivo a las reacciones de identificación de CANNABIS (Marihuana).
- Una bolsa conteniendo 156,6 gramos de sustancia vegetal verde que dio positivo a las reacciones de identificación de CANNABIS (Marihuana).

En el trastero de la CALLE000 nº NUM001 - NUM002 de Galdakao se encontraron once cajas conteniendo múltiples bolsas con sustancia vegetal verde con un peso de 23.724,1 gramos que dio positivo a las reacciones de identificación de CANNABIS (Marihuana).

Durante la mañana del día 14 de noviembre de 2011 D. Jesús María tras salir del local de la Asociación de Usuarios/as de Cannabis Pannagh de la que era socio, fue seguido e interceptado en la calle Maurice Ravel y se le ocupó dos bolsas de plástico transparente conteniendo sustancia que analizada dio positivo a marihuana y en la tarde del citado día volvió al local de la asociación donde comunicó el incidente policial en el que le confiscaron la sustancia estupefaciente y tras registrarse esta incidencia se le entregaron dos bolsas de las mismas características que le fueron ocupadas en la vía pública por los agentes, siendo el peso total de las cuatro bolsas de 39 gramos de sustancia vegetal que dio positivo a las reacciones de identificación de CANNABIS (Marihuana). El mismo día 14 de noviembre a D. Carlos , socio de la Asociación Pannagh, se le ocupó una bolsita de las mismas características, conteniendo 9,878 gramos de sustancia vegetal verde que dio positivo a las reacciones de identificación de cannabis (marihuana) y a D. Heraclio , socio de la Asociación Pannagh, se le ocupó una bolsa conteniendo 4,735 gramos de sustancia vegetal verde que dio positivo a las reacciones de identificación de cannabis (marihuana).

La marihuana es una sustancia estupefaciente que no causa grave daño a la salud, sometida a control internacional, incluida en la Lista I y IV del Convenio Único de Estupefacientes de 1961. El hachis es una sustancia estupefaciente incluida en la Lista I y IV del Convenio Único de Estupefacientes de 1961. El precio estimado de un gramo de marihuana en la fecha de los hechos en el mercado ilícito era de 4,72 euros y el total de la sustancia incautada alcanzaría a 481.176 euros.

Los socios de la Asociación de Usuarios/as de Cannabis Pannagh eran consumidores de cannabis y, tras la constitución de la Asociación, para hacerse socios habían presentado una solicitud por escrito, fueron avalados por una persona ya socia de Pannagh y aceptaron cumplir los Estatutos de la Asociación y las normas de régimen interno, observar los fines sociales y respetar las decisiones de sus órganos y fueron admitidos cuando con el cultivo de la sustancia se podía atender sus previsiones de consumo.



La cantidad de sustancias estupefacientes intervenida procedía del cultivo compartido realizado conforme a las previsiones de consumo de los socios consumidores de marihuana participantes que estaban debidamente identificados y estaba destinada al consumo de dichos socios conforme a los fines y reglas de Asociación y el acuerdo de los socios. En el momento de la intervención policial la asociación contaba con más de trescientos socios debidamente identificados que obtenían el cannabis que consumían en el modo indicado.

Los acusados D^a Ángela y D. Rosendo , ambos mayores de edad, además de socios de la Asociación de Usuarios/as de Cannabis Pannagh, en virtud de contrato de trabajo, realizaban labores de limpieza, selección, pesaje y empaquetado al vacío la sustancia estupefaciente en cantidades de cierta entidad para su conservación y no realizaban la entrega de la sustancia estupefaciente a los socios correspondiente a la previsión de consumo de cada uno de ellos ni el control de dichas entregas a los socios, actividades estas que eran realizadas por los acusados Sr. Domingo y Sra. Piedad .

No ha quedado acreditado que los acusados constituyeran una asociación con apariencia de legalidad para, bajo la cobertura formal de una asociación sin ánimo de lucro inscrita, cultivar cannabis, preparar y distribuir la sustancia estupefaciente obtenida a terceras personas a cambio de dinero, ni que para encubrir la entrega de la sustancia a estas personas se les realizara un carné de socio en el momento de la entrega de la sustancia. No ha quedado acreditado que los acusados hubieran entregado marihuana o hachis a personas que previamente no hubieran sido socios de la Asociación de Usuarios/as de Cannabis Pannagh. No ha quedado acreditado que las cantidades obtenidas con el pago por los socios de las cuotas anuales y al retirar la sustancia estupefaciente tuvieran otro destino que el de sufragar los gastos propios de la asociación y los relativos al cultivo, recolección y conservación de la sustancia estupefaciente para entregarla a los socios para su autoconsumo según lo acordado. No consta que los acusados tuvieran la intención de que la sustancia estupefaciente fuera difundida entre quienes no fueran socios ni que consintieran o aceptaran que los socios destinaran la sustancia estupefaciente a destino distinto de su propio consumo."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a los acusados D. Domingo , D. Indalecio , D^a Piedad , D. Rosendo y D^a Ángela de los delitos contra la salud pública, de integración en grupo criminal y de asociación ilícita y declaramos de oficio de las costas procesales causadas.

Notifíquese la presente resolución a los acusados personalmente y a las demás partes personadas, haciéndoles saber que la misma no es firme y que, contra ella, pueden interponer Recurso de Casación preparándolo ante esta Sala dentro de los cinco días siguientes a la última notificación de esta sentencia."

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el **Ministerio Fiscal** que se tuvo por anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, **el Ministerio Fiscal** formalizó el recurso de casación alegando un **único motivo** por infracción de ley, al amparo del n° 1 art. 849 LECrim por inaplicación de los arts. 368 y 369.1.5, CP ; y por inaplicación de los arts. 515.1 ° y 517.1 ° y 2° CP ; o alternativamente por inaplicación de los arts. 570 ter. 1, en relación con el art. 570 quarter 1 CP .

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Con fecha 9 de diciembre de 2015 se dictó sentencia que declaró haber lugar parcialmente al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Ministerio Fiscal. La segunda sentencia contenía la siguiente parte dispositiva: "Que debemos condenar y **condenamos** a los acusados D. Domingo , y D^{ña} Piedad , como **autores de un delito contra la salud pública**, en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, y con la apreciación de un error vencible de prohibición, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las **penas** a cada uno de ellos de **1 año y 8 meses de DE PRISIÓN**, con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y **MULTA DE 250.000 euros**, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 20 días.

Asimismo debemos absolver y absolvemos a D. Indalecio del mismo delito contra la salud pública, en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, de que fue acusado, declarando de oficio las costas de la instancia.

Debemos **condenar y condenamos** a D. Rosendo , y a D^{ña} Ángela , como **autores de un delito contra la salud pública** en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud, y con apreciación tanto de la modalidad atenuada de escasa entidad del hecho, como de un error vencible de prohibición, a las **penas** a

cada uno de ellos de **6 meses menos 1 día de prisión**, con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena.

Asimismo debemos absolver y absolvemos a D. Domingo , a D^{ña} Piedad , a D. Indalecio , a D. Rosendo , y a D^{ña} Ángela de los delitos de **asociación ilícita y grupo criminal** de los que, en régimen de alternatividad, eran acusados.

Procede declarar de oficio la mitad de las **costas** procesales de la instancia. El resto debe ser distribuido en proporción a las condenas recaídas.

Procede el **decomiso** de la sustancia, efectos y dinero ocupados; procediendo igualmente la **destrucción** de la sustancia tóxica ocupada, incluidas las muestras obtenidas para su análisis".

SÉPTIMO.- Con fecha 22 de enero de 2016 se presentó en el Registro General de este Tribunal escrito del procurador D. Luis Fernando Pozas Osset, en nombre y representación de los condenados promoviendo incidente de nulidad (art. 241.1 LOPJ). Por virtud de lo acordado en diligencia de ordenación de fecha 27 de enero de 2016 pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal a los efectos señalados en el art. 241 LOPJ , emitiendo éste informe en el que se oponía a la petición de nulidad.

OCTAVO.- Esta Sala Segunda dictó auto de fecha 15 de febrero de 2016 rechazando la nulidad interesada.

NOVENO.- Con fecha 23 de abril de 2018 el **Pleno del Tribunal Constitucional** dictó sentencia estimando el **recurso de amparo** nº 1889/2016 promovido por Domingo , Rosendo , Piedad y Ángela contra la sentencia de casación de esta Sala. La parte Dispositiva de tal sentencia acuerda:

"Otorgar el amparo a don Domingo , don Rosendo , doña Piedad y doña Ángela , y, en su virtud:

1º Declarar que se han vulnerado los derechos de los demandantes a un proceso con todas las garantías y a la defensa (art. 24.2 CE).

2º.- Declarar la nulidad de las dos sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2015 y del Auto de 15 de febrero de 2016 que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones, dictadas en el rollo de casación núm 834/2015, retro trayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la primera de las sentencias, para que el Tribunal Supremo proceda de modo respetuoso con los derechos fundamentales reconocidos".

DÉCIMO.- Recibida la sentencia en esta Sala Segunda se ha realizado nuevo señalamiento para Fallo, celebrándose la deliberación y votación prevenidas el día 11 de julio último.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La anulación por el Tribunal Constitucional de la sentencia dictada por esta Sala resolviendo el presente recurso de casación como consecuencia de la estimación de una demanda de amparo (STC 37/2018, de 23 de abril) y la retroacción al momento anterior al dictado de la primera de las sentencias de casación nos devuelve a un muy concreto escenario procesal: necesidad de dictar sentencia resolviendo el recurso de casación interpuesto pendiente de recibir respuesta (al haber sido privada de eficacia la inicial). No solo es que se acuerde así en la parte dispositiva de la sentencia constitucional, sino que además esa ha de ser la regla -dictado de la correspondiente resolución por esta Sala- en cualquier otro supuesto parificable (anulación de una sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo al estimarse un recurso de amparo frente a ella) tal y como proclamó el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 15 de diciembre de 2000 (art. 264 LOPJ según su redacción entonces vigente).

La situación ante la que nos encontramos es en todo similar a la analizada en la STS 91/2018, de 21 de febrero (Pleno) con motivo de la anulación de otras resoluciones de este Tribunal de contenido muy similar y por idéntica razón. La mayor parte de los argumentos de la nueva STC son clónicos de los contenidos en la que anulaba aquélla. Por tanto también la presente resolución (el *iter* procesal ha sido paralelo en ambos asuntos) beberá inevitablemente de los razonamientos contenidos en la citada sentencia del Pleno de esta Sala Segunda que van a ser reproducidos con algunas ligeras variaciones impuestas por matices apenas relevantes.

Otro pronunciamiento del TC (STC 36/2018, también de 23 de abril) resuelve de la misma forma otra demanda de amparo de contenido similar contra otra sentencia previa de esta Sala Segunda.

El Alto Tribunal (STC 37/2018, de 23 de abril) ha anulado las dos sentencias dictadas en este rollo: tanto la de casación como la segunda que era consecuencia de la estimación de un motivo por infracción de ley (art. 902 LECrim), así como, lógicamente, el auto que rechazaba el incidente de nulidad previo al amparo



formulado frente a aquéllas. Por tanto hemos de dictar sentencia resolviendo el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal.

La sentencia del TC indicada conviene, en todo caso, que la primera de las resoluciones de este Tribunal (la sentencia de casación) no era censurable desde la perspectiva constitucional. La anula junto a la segunda por estimar que no son separables o escindibles a esos efectos, al advertir que también la primera sentencia menciona la apreciación de un error de prohibición. Esa primera sentencia podía haber prescindido de anticipar qué catalogación habría que otorgar a ese error (si vencible o invencible). Se le confería relevancia a los únicos efectos de excluir una de las tipicidades invocadas por el Fiscal (asociación ilícita/grupo criminal). Tildar al error de evitable o inevitable, en nada afecta al argumento de esa primera sentencia.

El Tribunal Constitucional entiende vulnerados los derechos a un proceso con todas las garantías y de defensa como consecuencia de que en la segunda sentencia, tras considerar concurrente un error de prohibición, se descarta que el mismo fuese *invencible* sin haber oído directamente a los acusados.

Recojamos el pasaje de la referida sentencia del que se desprenden estas apreciaciones:

«La aplicación de los criterios expuestos al presente caso permite ya anticipar la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho de defensa en relación con el conocimiento que los acusados tenían o debían tener sobre el carácter prohibido de su conducta, no así en relación con la consideración de la conducta como típica.»

a) *Aplicando tal parámetro y atendidas las circunstancias concurrentes, es de observar, en torno a la garantía de la inmediación como pilar central de la valoración de las pruebas personales, como afirma el Ministerio Fiscal, que no ha existido una alteración sustancial de los hechos probados, ni tampoco una reconsideración de prueba personal, en la conclusión alcanzada por el Tribunal Supremo al calificar los hechos probados como subsumibles en el tipo penal descrito en el artículo 368 CP y descartar que fuera de aplicación la doctrina del consumo compartido. En efecto, se ha expuesto en los antecedentes que la Sentencia de instancia absolvió a los demandantes al considerar que los hechos probados encajaban en la excepción de atipicidad de "autoconsumo compartido". Planteada por el Ministerio Fiscal, en el recurso de casación, una discrepancia en la subsunción jurídica, al entender, que en atención al relato de hechos probados, no era de aplicación la doctrina del consumo compartido, el Tribunal Supremo se limitó a resolver una divergencia estrictamente jurídica, esto es, la discusión y la decisión casacional versaron sobre la concurrencia o no de los presupuestos exigidos en la jurisprudencia para apreciar la atipicidad penal derivada del consumo compartido. De tal modo que **la subsunción de la conducta probada en el tipo finalmente aplicado por el Tribunal Supremo -que no consideró que concurrían las condiciones para apreciar la exclusión de la tipicidad por consumo compartido-, se desarrolló al margen de cualquier reinterpretación o revisión de los hechos probados, y por ello, extramuros del alcance de la garantía de inmediación.***

Por otra parte, tampoco era indispensable contar con una audiencia pública de los acusados, al haberse limitado el Tribunal Supremo a efectuar una interpretación diferente en derecho a la del órgano judicial a quo en cuanto a un conjunto de elementos objetivos, (STEDH de 10 de marzo de 2009, asunto Igual Coll c. España , § 36), resolviendo el debate estrictamente jurídico que le había sido planteado por el Ministerio Fiscal en su recurso de casación. El Tribunal Supremo, al fundamentar el encaje de la conducta probada en el tipo penal, se limitó a un aspecto puramente jurídico, y en tales circunstancias, tampoco el derecho de defensa de los acusados exigía que hubieran sido oídos por el Tribunal Supremo, que fue el primero en condenarles, pues tal audiencia de los recurrentes nada hubiera aportado sobre la divergencia de naturaleza estrictamente jurídica planteada (STEDH de 27 de junio de 2000, asunto Constantinescu c. Rumanía , §§ 58 y 59 y STC 45/2011, de 11 de abril , FJ 4).

b) *Distinta conclusión debemos alcanzar en relación con la segunda de las cuestiones suscitadas, esto es, la relativa al respeto de la exigencia de inmediación en la valoración de pruebas personales y del deber de audiencia de los acusados como garantías específicas del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho de defensa respectivamente por el Tribunal Supremo al efectuar la inferencia sobre el conocimiento de la antijuridicidad de los recurrentes subyacente a la calificación como vencible o invencible el error de prohibición en el que incurrieron los recurrentes.*

El caso planteado presenta las mismas singularidades que el abordado en la STC 146/2017 <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/25533>> , y que son las siguientes: i) el error de prohibición no había sido alegado por los recurrentes ante la Audiencia Provincial, como tampoco lo había sido en el recurso de casación; ii) la cuestión del error es analizada de oficio, en tanto que beneficiosa para los acusados, con posterioridad a estimar el primer motivo del recurso de casación, esto es, tras considerar que la conducta era típica y en consecuencia anular la Sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial; iii) el Tribunal Supremo es quien abre un trámite para que las defensas de los acusados y el Ministerio Fiscal informen sobre si concurren los presupuestos del error previsto en el artículo 14 CP .



Son precisamente estas vicisitudes, y especialmente, el carácter favorable de la apreciación del error vencible de prohibición, lo que llevó a que el Tribunal Supremo descartara la vulneración del derecho de defensa, por no haber dado la posibilidad de oír a los acusados. Por otra parte, constituyen precisamente esas peculiaridades una de las razones que llevaron a apreciar que concurría en este asunto una especial trascendencia constitucional porque el recurso podía dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna.

Debe coincidir con el Ministerio Fiscal en que de haber limitado el Tribunal Supremo su actuación al primer motivo casacional: la tipicidad o atipicidad de la conducta probada, la condena de los inicialmente absueltos no hubiera merecido reproche constitucional alguno ni desde la garantía de inmediación ni desde la perspectiva del derecho de defensa conforme a la doctrina expuesta.

El razonamiento por el que la segunda Sentencia del Tribunal Supremo descarta el carácter invencible del error de prohibición y estima que concurre el error de prohibición vencible se sustenta en la inferencia llevada a cabo a partir de unos hechos base reflejados en los hechos probados tomando en consideración el contexto sociológico, el debate suscitado en pronunciamientos judiciales y el tenor de los estatutos de la asociación afectada. Ahora bien, el Tribunal Supremo, aunque formalmente no modifica el relato de hechos probados de la Sentencia de instancia -que había detenido su juicio en el elemento de la tipicidad penal- lo completa al introducir un nuevo elemento fáctico que imposibilita la exención de la responsabilidad penal y que a la postre será determinante de la condena en la segunda de las Sentencias. Es precisamente en esta segunda Sentencia en la que el Tribunal Supremo llega a la convicción de que los recurrentes se representaron como posible la antijuridicidad de su actividad y que no trataron de despejar esa duda, lo que le lleva a apreciar el error de prohibición como vencible y excluye, por dicha razón, su invencibilidad. Ahora bien, para alcanzar tal conclusión el Tribunal Supremo orilló cualquier ponderación de las declaraciones personales practicadas ante la Audiencia Provincial; en concreto, eludió valorar las declaraciones de los coacusados, en las que, según se refiere en los escritos de alegaciones presentados por sus defensas ante el Tribunal Supremo, manifestaron su convicción de estar actuando dentro de la legalidad.

Por otra parte cuando el Tribunal Supremo abre el debate sobre la conciencia de la antijuridicidad de la conducta y solicita a las partes que le informen sobre la concurrencia de un error del artículo 14 CP, se introduce en una realidad jurídico penal intrínsecamente vinculada con la culpabilidad de los acusados, decantando su decisión no por la solución que exonera de la responsabilidad penal interesada por la defensa de los acusados -lo que hubiera determinado una respuesta penal absolutoria, como la de la instancia, carente por ello de esta específica problemática constitucional-, sino por una exoneración parcial, al considerar que el error padecido por los acusados era vencible, lo que a la postre lleva a que se condene a los inicialmente absueltos...

... en orden a la determinación de los efectos del otorgamiento del amparo, pese a que es en la segunda Sentencia del Tribunal Supremo en la que se concretan las vulneraciones de los derechos fundamentales indicadas, dicha Sentencia forma con la primera, de la que trae causa -y en cuyo fundamento duodécimo ya se adelanta la apreciación de un error de prohibición vencible- un conjunto inescindible del que resulta la revocación de la previa absolución sin atender las exigencias de inmediación y de audiencia personal de los acusados como garantías específicas vinculadas al derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho de defensa (art. 24.2 CE). Por lo que para el pleno restablecimiento de los recurrentes en sus derechos resulta procedente la anulación de las dos Sentencias del Tribunal Supremo y del Auto desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones en tanto que no reparó dichas vulneraciones, **retro trayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la primera de ellas, para que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal con respeto al contenido de los derechos fundamentales ya mencionados, así como de la interdicción de reformatio in peius**" (énfasis añadido).

Desde esa realidad procesal se entenderá fácilmente que esta nueva sentencia reitere todos los argumentos de la anulada que no se ven materialmente afectados por la nulidad decretada por el Tribunal Constitucional, así como los plasmados en la sentencia de Pleno 91/2018. Nada nuevo -ni desde el punto de vista legislativo, ni desde el jurisprudencial- puede incidir en la valoración de este Tribunal de la cuestión jurídica que se le planteaba. O, mejor, si algo ha variado es precisamente para enriquecer o robustecer las razones que se vertían en aquella sentencia justificando que la conducta enjuiciada es incardinable en el art. 368 CP. Un nutrido grupo de resoluciones de esta Sala reiteran esa apreciación (por citar las más recientes, además de la 91/2018, SSTS 563/2016, de 27 de junio; 571/2016 de 29 de junio, 698/2016, de 7 de septiembre, 966/2016, de 21 de diciembre, ó 571/2017, de 11 de julio). Y, además, contamos ahora con el criterio del Tribunal Constitucional que refrenda desde su exclusiva óptica (sin adentrarse, por tanto, en temas de legalidad) esa interpretación. Lo hace no solo en la sentencia de amparo ahora analizada, sino también en la STC 144/2017, de 14 de diciembre, emanada del Pleno de tal órgano, que anula una norma legal de la Comunidad Foral Navarra que cuando resolvimos inicialmente el recurso se presentaba como eventual argumento favorable a la tesis de



los recurridos (atipicidad de la conducta). A ella se unió en fechas recientes la STC 29/2018, de 8 de marzo, sentencia de carácter interpretativo, que declara que el art. 83 de la Ley del Parlamento Vasco 1/2016, de 7 de abril de atención integral de adicciones y drogodependencias es constitucional solo si se interpreta en términos que no impliquen difusión de cannabis en el marco de una asociación y en congruencia con la doctrina contenida en la STC 144/2017.

SEGUNDO.- La Audiencia Provincial de Bizkaia (Sección Sexta) reputa que los hechos probados no son constitutivos del delito contra la salud pública objeto de la acusación, al no haberse acreditado una vocación al tráfico ni una intención en los acusados de promover, favorecer o facilitar consumo ilegal de drogas ni de difundir drogas a terceras personas, lo que determina también la absolución de los delitos de integración en grupo criminal y asociación ilícita.

Argumenta la sala de instancia que: "La constitución de una Asociación y número elevado de socios, que participan en el *cultivo compartido* para obtener sustancia estupefaciente para su propio consumo, no constituye obstáculo para apreciar la atipicidad, toda vez que los socios partícipes son personas que están debidamente identificadas, son consumidoras de cannabis y existe medidas de control establecidas desde el cultivo hasta la entrega de las sustancias estupefacientes para asegurar su destino al consumo de los socios, medidas de control y seguridad que han sido aceptadas por los socios para conseguir marihuana de calidad y fiable para su autoconsumo, siendo los socios los máximos interesados en el cumplimiento de todas las condiciones y de que no exista difusión de las sustancias estupefacientes a terceros, lo que originaría el fracaso del sistema y graves perjuicios".

Y los jueces *a quibus*, citando su anterior sentencia nº 42/14, de 16 de junio, señalan que: "el mayor número de personas que acuerdan ese cultivo hace necesario actuar de otro modo, con unas previsiones de cultivo, de producción, elaboración, y transmisión distintas y con una organización completamente distinta de la producción y de la entrega a quienes suscriben ese acuerdo de cultivo y se acude a la previsión de una organización estable con una estructura asociativa con sus cargos y con sus estatutos correspondientes, se encomienda a quienes ostentan estos cargos la gestión de la explotación y de la distribución, alejado de cualquier atisbo de clandestinidad, requisitos todos ellos que concurren en el presente caso".

En el *cultivo* compartido, sostiene el tribunal de instancia, al igual que en el *consumo* compartido, no se identifica finalidad de tráfico.

En síntesis entiende que la actividad de la asociación, aun con especiales características, constituye un supuesto de lo que denomina *cultivo compartido* que, como variante del consumo compartido, sería, según dicho órgano, tan atípico como lo es el cultivo para consumo personal.

Ello presenta una nota peculiar: mientras que el consumo compartido se caracteriza por el consumo de la droga en un momento episódico, al cultivo compartido es inherente cierta permanencia. El cultivo se desarrolla durante un período de tiempo y su producto se reparte entre los partícipes, sin que, lógicamente, se produzca un consumo en grupo puntual, sino dilatado o prolongado en el tiempo. Esa perdurabilidad no aparece en el caso de los acopios para fiestas o celebraciones, con los que habitualmente se relaciona el consumo compartido.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal, por su parte, niega que la doctrina del consumo compartido sea extensible a un supuesto como el reflejado en los hechos probados. Destaca que la primera actividad que recoge el art 368 CP es *el cultivo*. Y que la sentencia admite que existe una "previsión de consumo", donde manifiesta el socio la cantidad que prevé para consumo en el plazo de 6 meses; y que existe un "cultivo colectivo", en base al cual, la Asociación Pannagh puso en funcionamiento un sistema de cultivo de cannabis que le permitió una producción con la que atender a las necesidades de consumo de los socios.

Añade el Ministerio público que entre la documentación recogida en el acta de entrada y registro de la Asociación, se encuentra el arrendamiento de 12 fincas rústicas para la plantación de marihuana. Los contratos figuran a nombre de Domingo. Con posterioridad la sustancia tóxica era preparada envasada y entregada a los socios para su consumo, con una previsión regular del mismo. Se estableció un límite máximo a dispensar de 2 gramos diarios. El precio de cada gramo dispensado era de 2 euros y cada socio pagaba una cantidad de 10 euros por la inscripción, lo cual significa que cada socio podía disponer de 360 grs cada 6 meses, de modo que para 320 socios declarados en la sentencia (aunque según el registro podían llegar a 600), son 115.200 grs cada semestre), lo cual supone un cultivo elaboración y consumo que exceden los límites jurisprudenciales referidos al consumo compartido y hace imposible aceptar como tal la actividad de la Asociación Pannagh, teniendo en cuenta la difusión a terceros de una manera regular. Del propio relato de hechos probados queda acreditada la actividad real de la Asociación: la cantidad incautada durante el registro, llevado a cabo en 14-11-2011 en la Asociación fue de 78.56912 grs de cannabis y 800 grs de hachís; y el precio estimado de esta cantidad en el mercado ilícito es de 370.846246 euros. Ninguno de estos datos permite calificar la conducta de "consumo compartido".



Repasando los requisitos del llamado "consumo compartido", el Fiscal precisa que el primero consiste en que los consumidores, ciertos y determinados que comparten el estupefaciente, sean adictos o meros consumidores habituales o esporádicos, lo que no consta entre los 320 socios, ni tampoco que ninguno de ellos padeciera enfermedad que requiriera el consumo de la finalidad terapéutica, ni que existiera control alguno sobre la realidad de la condición o enfermedad, o autorización sanitaria para su tratamiento.

El segundo exige que el consumo compartido se desarrolle en lugar cerrado. Se trata de evitar que terceros desconocidos puedan inmiscuirse y ser partícipes en la distribución o consumo (Cfr SSTS 210/2008, de 22 de abril ; 761/2013, de 15 de octubre). Del acta de entrada y registro se desprende claramente que no se trataba de sustancia sin preparar que los consumidores liaban en el momento para su consumo inmediato. En el registro se ocupan cantidades empaquetadas y listas para su distribución.

La consignación en los hechos probados de la ocupación fuera del local asociativo a diversas personas de determinadas cantidades de cannabis, algunas no desdeñables, es dato adicional no inocuo que el Fiscal hace valer.

Se aduce así, que no puede considerarse que no existe riesgo de difusión de la sustancia repartida cuando los socios de la entidad pueden hacer lo que tengan por conveniente con la sustancia: consumirla en el local de la Asociación; llevársela para su consumo en cualquier lugar, como la vía pública; o incluso proceder a su transmisión o venta a terceros; y nada se ha acreditado que hubiera hecho la propia entidad o sus responsables para neutralizarlo aparte de efectuar el registro y pagar las cuotas, resultando por ello afectado el bien jurídico protegido.

Y, también, se considera que se incumple el requisito de que el consumo compartido esté referido a un pequeño núcleo de drogodependientes, como acto esporádico íntimo, sin trascendencia social (Cfr STS 216/2002, de 11 de mayo), de tal forma que por muy amplia que pudiera ser la interpretación de la doctrina jurisprudencial, es difícil imaginar que pudiera dar cobijo a un grupo de 320 personas como el que integra la masa social de la Asociación -con un total de 600 miembros registrados-.

Con ello, también resulta imposible considerar "insignificante", o cuando menos "mínima y adecuada para su consumo en una sola sesión o encuentro" (Cfr STS 187/2014, de 10 de marzo), la cantidad de droga que debe reunir la asociación para atender a sus necesidades. Antes al contrario, precisando la asociación de unos 115.200 grs cada semestre para atender la demanda de 320 socios, podríamos estar ante acopios semestrales de hasta 11 veces la cantidad de notoria importancia (10.000 grs) establecida por la Sala Segunda en su Acuerdo no jurisdiccional de 19-10-2011.

Resalta el Ministerio Público, que, frente a la insistencia de la sentencia de que "los socios sostenían los gastos de la actividad o de que nunca se repartieron beneficios, existiendo concordancia entre los gastos y los ingresos", el **ánimo de lucro la atención de una ganancia económica** no es requisito del delito del art. 368, en cuanto no es elemento del tipo (Cfr. STS 534/2013, de 12 de octubre).

CUARTO- Asiste toda la razón al Ministerio Público cuando destaca que el **ánimo de lucro** no es requisito del delito del art. 368. Empezaremos por esa cuestión.

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.



Con este excurso no se quiere decir que no juegue ningún papel esa frecuente motivación lucrativa en la valoración de estas conductas. Goza de relevancia pero tan solo como signo externo y elocuente (aunque no imprescindible) de la *alteridad* que es presupuesto de la punición de estas actividades.

El autoconsumo está excluido del radio de acción del art. 368 CP . El autoconsumo colectivo, que no deja de ser una modalidad de consumo personal acompañado, también lo está por extensión lógica y natural de aquella premisa.

Pues bien, un factor de identificación de lo que es consumo compartido para diferenciarlo de lo que es una acción de facilitación del consumo ajeno puede estribar precisamente en la exigencia de una contraprestación económica que vaya más allá del coste y que redunde en beneficio de quien aporta la droga para la ingesta conjunta. Será claro indicador de que su conducta excede del estricto autoconsumo compartido. Comercia y eso acredita la alteridad. Ya no es un grupo reducido que conjuntamente compra y consume. Y es que, en efecto, aunque la denominación *consumo compartido* está consagrada, seguramente, como se ha propuesto, sería más exacto hablar de "compra compartida" o "bolsa común".

Ahora bien, de ahí no cabe extraer la peregrina consecuencia de que el ánimo de lucro tenga significación decisoria a efectos del bien jurídico en los términos que parece conferirle la Audiencia Provincial que se preocupa mucho de enfatizar la ausencia de móviles lucrativos en los acusados.

QUINTO.- Tras este argumento incidental sobre un tema muy puntual, retomemos el discurso general sobre la materia que suscita el recurso del Fiscal, aparcando la cuestión del ánimo de lucro una vez relativizada su trascendencia.

Es una obviedad decir que la función de un Tribunal de Justicia es aplicar la legalidad vigente. También lo es advertir que el ordenamiento jurídico presenta una *textura abierta* por decirlo con feliz expresión de uno de los más conocidos teóricos del derecho del siglo XX. La interpretación de una norma legal es mucho más que una operación mecánica y aséptica. Aparecen implicadas herramientas y factores y criterios (como la *realidad social* a que se refiere el art. 3 del Código Civil) que pueden derivar, según se combinen, a soluciones no siempre coincidentes. El órgano judicial, sin perder la conciencia de esa ocasional versatilidad y relativa elasticidad de la interpretación, ha de indagar cuál es el sentido de la ley para ajustarse al criterio legislativo rectamente identificado.

No ignora esta Sala el debate social y también político sobre la cuestión implicada tras el asunto que se examina. No es función de un Tribunal interferir en ese debate, que sobrepasa el ámbito nacional y en el que se contraponen posiciones y se barajan argumentos en favor y en contra de soluciones que propugnan mayor tolerancia en oposición a estrategias prohibicionistas. Menos todavía es función suya la adopción de decisiones que están en manos de otros poderes del Estado.

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 tolerancia, acompañada de rigurosos controles y reglamentación, que huyese del prohibicionismo absoluto.

Es ese un debate que ni puede ser solipsista, ni puede dar las espaldas a una política criminal supranacional. En esta materia esa política ni es predominantemente interna; ni descansa en exclusiva en los parlamentos nacionales. Esta característica es predicable de manera singular del ámbito de la Unión Europea. No puede España escapar a movimientos normativos internacionales en los que está inmersa y de los que ella misma es agente y parte (vid. además de las recomendaciones periódicas 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 suscrita con motivo de la XIX Reunión Plenaria de la Conferencia de Ministerios de Justicia de los Países Iberoamericanos donde, además de insistirse en la diferencia a efectos penales entre el tráfico y el consumo, se aconseja la despenalización del uso terapéutico de los derivados del cannabis con acompañamiento de una estricta regulación).

Por otra parte, ese debate no encuentra su escenario más adecuado de desarrollo en los tribunales de justicia llamados a aplicar la legislación vigente con todas las herramientas interpretativas que proporciona el ordenamiento y que se revelan especialmente necesarias en relación a tipos legales como el que hemos de examinar ahora de contornos y perfiles poco nítidos, casi desbocados según plástica expresión de algún comentarista, pero siempre respetando con fidelidad lo que se aparece como voluntad clara e inequívoca de la ley; sin traicionarla haciéndola decir lo que no dice; o ignorando lo que dice.



En el marco legal vigente es donde han de buscarse las respuestas al supuesto que se nos somete a consideración que, además, no es un caso solitario como demuestran entre otros factores, los ya relativamente numerosos pronunciamientos de este Tribunal.

Ese marco tiene su pieza central en el art. 368 CP . Pero no es la única: la legislación administrativa sobre drogas tóxicas o estupefacientes ha de ser tomada también en consideración. No en vano el tipo contiene una referencia normativa (consumo *ilegal*).

Al mismo tiempo, la normativa convencional o supranacional se erige en referente insoslayable.

SEXTO .- A **nivel internacional** es de cita obligada la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única, de Naciones Unidas. La toxicomanía constituye un mal grave para el individuo y entraña un peligro social y económico para la humanidad, declara el Convenio. El cannabis está inequívocamente incluido entre las sustancias cuyo consumo se pretende combatir.

Tanto esa Convención de 1961 (art. 36) , como la posterior de Viena de 1988 (art. 3) obligan a los países firmantes a **adoptar las medidas necesarias para que el cultivo y la producción, fabricación, extracción, preparación, posesión, ofertas en general, ofertas de venta, distribución, compra, venta, despacho de cualquier concepto, corretaje, expedición, expedición en tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes** ,no conformes a las disposiciones de esta Convención o cualesquiera otros actos que en opinión de la Parte puedan efectuarse en infracción de las disposiciones de la presente Convención, **se consideren como delitos si se cometen intencionalmente** y que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión u otras penas de privación de libertad.

En la Unión Europea, instrumento básico es 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*. El proceso de revisión a que está sometida esa norma no afecta a lo que es determinante para abordar la cuestión que aquí debemos estudiar.

Sobran, por conocidas, consideraciones sobre el valor de una Decisión Marco y la forma en que vincula a los Estados miembros.

A los efectos que interesan ahora, resulta esencial la lectura de su art. 2:

«1. Cada uno de los Estados miembros adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las siguientes conductas intencionales cuando se cometan contrariamente a Derecho:

a) la **producción** , la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la **distribución** , la venta, la **entrega** en **cualesquiera condiciones** , el corretaje, la expedición, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de drogas;

b) **el cultivo de la adormidera, del arbusto de coca o de la planta de cannabis;**

c) *la posesión o la adquisición de cualquier droga con el objeto de efectuar alguna de las actividades enumeradas en la letra a);*

d) *la fabricación, el transporte o la distribución de precursores, a sabiendas de que van a utilizarse en la producción o la fabricación ilícitas de drogas o para dichos fines.*

2. *Las conductas expuestas en el apartado 1 no se incluirán en el ámbito de aplicación de la presente Decisión marco si sus autores han actuado exclusivamente con fines de consumo personal tal como lo define la legislación nacional*».

Si mediante el art. 368 CP se reputa debidamente incorporada al ordenamiento interno esa Decisión, no es fácil armonizar con los contundentes términos de ese precepto una interpretación a tenor de la cual una actividad consistente en el cultivo de cannabis para su distribución periódica a los miembros de una asociación en número superior a trescientos escape a la prohibición penal que propugna la Decisión. Bien es cierto que el párrafo segundo habilita a los Estados para excluir los casos en que los autores actúan con fines de consumo personal *tal como lo defina la legislación nacional* (la enmienda propuesta por el Parlamento Europeo a ese artículo en el proceso de modificación aludido no cambiaría esencialmente los términos de la cuestión). Subsiste un margen de apreciación para las legislaciones internas que pueden amplificar más o menos lo que significa actuar con fines de consumo 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* . Admitamos a efectos exclusivos de argumentación que una y otra cosa son factibles. Pero habría



que convenir, al menos, que no estaríamos ante una interpretación diáfana, no exenta de dudas o cristalina del concepto normativo *exclusivoconsumo personal*. Si queremos apartarnos de la interpretación tradicional y más clásica del *consumo o cultivo* compartidos como conductas impunes hasta los extremos a que llega la sentencia de instancia sería paso previo ineludible la activación del mecanismo de la *cuestión prejudicial* para recabar la opinión vinculante del Tribunal supranacional habilitado para interpretar esos términos de la norma europea y la dudosa compatibilidad con ellos de un *consumo asociativo* concebido de manera tan amplia.

La no persecución en algunos miembros de la Unión de supuestos solo relativamente asimilables (Países Bajos, significativamente) en determinadas circunstancias es posible a causa y con base en un principio de oportunidad que rige en su proceso penal y en la forma de funcionamiento de su Fiscalía. Los comportamientos que se desarrollan en un *coffeeshop* están regulados en el art. 11 de la *Dutch Opium Law* en condiciones severas (cuyo incumplimiento da lugar a prisión). El art. 2, párrafo 2 de la Decisión marco, sirvió a Holanda para evitar la rectificación de su política de drogas (producción máxima de 5 plantas de cannabis para uso personal, o posesión de 5 gr. cannabis) que ha permitido incluso la apertura de un club social de cannabis con reglamentación muy estricta (vid. S. Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de diciembre de 2010, C-137/09 asunto *Marc Michel Josemans*). Las reglas e instrucciones previstas en la *Opium Law* deben ser respetadas. El suministro y la producción, son perseguibles en todo caso. En los dos últimos años se vienen imponiendo políticas y normativas más restrictivas. Y no es dable la posesión en esos locales de una cantidad superior a 500 gr de marihuana.

El necesario abordaje global que se ha mencionado justifica hacerse eco aunque sea someramente de algunas otras tendencias en el **derecho comparado**.

No se desconoce la despenalización del comercio de cannabis en algunos países.

Uruguay es un muy significado ejemplo. Su Ley nº 19.972 regula la producción, distribución y venta de cannabis. Se tolera su plantación, cultivo y cosecha doméstica, entre otros fines, para el consumo personal o compartido. Como tal se entiende el cultivo de hasta seis plantas y el producto de la recolección hasta un máximo de 480 gramos. Queda igualmente legitimada la plantación, cultivo y cosecha de plantas por clubes de *membresía*, que funcionarán bajo control del denominado Instituto de Regulación y Control del Cannabis. Deben estar autorizados por el Poder Ejecutivo de acuerdo a la legislación y en las condiciones definidas reglamentariamente. El número de socios no puede sobrepasar los cuarenta y cinco. Podrán plantar hasta noventa y nueve plantas de cannabis de uso psicoactivo y obtener como producto de recolección un máximo de acopio proporcional al número de socios y conforme a la cantidad que se estableciere para el consumo no medicinal de dicha sustancia -40 gramos mensuales por usuario-.

Varios Estados de USA han legalizado el uso recreativo de la marihuana y en mayor número, para exclusivo uso medicinal. Las normas respectivas presentan diferencias. Coinciden en fijar un límite a la cantidad de sustancia que puede ser cultivada, vendida o transportada legalmente. En Oregón (donde la normativa entró en vigor en julio de 2015) se permite el cultivo de 4 plantas y la tenencia para el consumo personal de hasta 8 onzas (1 onza son 28,3495231 gramos). Además, se exige licencia para la producción, tratamiento y venta de marihuana. Este tipo de autorización específica se impone también en el Estado de Colorado, donde el número de plantas que se pueden cultivar se eleva a seis. Una onza es la cantidad máxima que se puede portar o entregar gratuitamente a un tercero (siempre que sea mayor de 21 años).

En todo caso la distribución y venta ilegal de marihuana sigue conformando un delito federal de acuerdo con la *Controlled Substances Act* (CSA). El Departamento de Justicia publicó el 29 de agosto de 2013 una guía dirigida a los Fiscales Federales en la que se incluyen los criterios a seguir ante esta realidad, confiando en que los controles establecidos por las respectivas normas estatales protegerán debidamente los intereses federales en juego.

Colombia legalizó el uso de cannabis pero solo con fines medicinales.

En Canadá se tramita una normativa que legalizaría en determinadas condiciones el consumo de cannabis previéndose su aprobación por el Senado en pocos días.

El supuesto de hecho aquí contemplado no quedaría amparado por ninguna de esas legislaciones. No lo perdamos de vista.

SÉPTIMO.- En la esfera de la **normativa administrativa** hay que atender a las disposiciones de la Ley 17/1967, de 8 de abril, *por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes, y adaptándolas a lo establecido en el convenio de 1961 de las Naciones Unidas*. Según su art 2 "*se consideran estupefacientes las sustancias naturales o sintéticas incluidas en las listas I y II de las anexas al Convenio Único de mil novecientos sesenta y uno de las Naciones Unidas, sobre estupefacientes y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito*



internacional, con arreglo a dicho Convenio y en el ámbito nacional por el procedimiento que reglamentariamente se establezca" (Real Decreto 1194/2011, de 19 de agosto).

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

Su propaganda u oferta están igualmente prohibidas (art. 18) a salvo las correspondientes autorizaciones.

La Ley de Seguridad Ciudadana (BOE 3 de diciembre 2014) contiene también alguna referencia no relevante para resolver este recurso.

A **nivel autonómico y local** el cuadro normativo se ha enriquecido aunque a veces en términos no siempre armonizables, al menos en apariencia, con la legislación estatal, lo que ha dado lugar a la correspondiente reacción jurisdiccional.

La Ley Foral Navarra 24/2014, de 2 de diciembre, reguladora de los colectivos de usuarios de cannabis de Navarra proporcionaba cobertura legal a la distribución de cannabis entre los agrupados en una asociación (arts. 22 y 23). Tales disposiciones han sido anuladas por la STC 144/2017, de 14 de diciembre ya aludida:

«... es el artículo 149.1.6 CE el que tiene más estrecha relación con la materia que aquí nos ocupa, dada la tipificación penal de determinadas conductas relacionadas con el consumo de drogas y estupefacientes, consideradas contrarias a la salud pública. Siendo así que la invasión competencial que se imputa a la Ley Foral 24/2014 recurrida consiste en la regulación de un instrumento (los clubes de cannabis) a través del cual se facilita el abastecimiento, dispensación y consumo de cannabis, aunque estemos ante una normativa autorizadora o habilitante (no represiva, ni punitiva, ni restrictiva de bienes jurídicos en el sentido que es propio de las normas penales y administrativas sancionadoras), se trata de una regulación con incidencia innegable sobre la delimitación del tipo penal correspondiente. Si, en determinados supuestos, las asociaciones de usuarios de cannabis que la norma autonómica contempla pudieran llegar a normalizar actividades que, como la promoción y facilitación del consumo ilegal de estupefacientes, son delictivas, ello supondría que dicha norma, por el solo hecho de permitir y regular tales asociaciones, estaría incidiendo en los tipos penales, cuya definición es de exclusiva competencia estatal y que el legislador autonómico no puede ni alterar, ni concretar, ni delimitar. Aun no tratándose, pues, de una norma penal propiamente dicha, si autorizara comportamientos contemplados en la legislación penal como delictivos, estaría la Ley que nos ocupa menoscabando el ejercicio de la competencia estatal. En definitiva, las consecuencias que, más intensamente en el ámbito penal, puedan derivarse de determinadas actividades de las asociaciones de usuarios de cannabis reguladas en la Ley impugnada, determinan que hayamos de considerar título prevalente en este caso el del artículo 149.1.6 CE .

A mayor abundamiento, debe tenerse presente que la consecuencia principal de la Ley impugnada no es otra que el de establecer una cobertura legal para las actividades de consumo de cannabis, invocando el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, el de asociación, para así evitar cualquier consecuencia incriminatoria, ya lo sea en vía penal o en la vía administrativa sancionadora...

... llegamos a la conclusión de que la Ley Foral 24/2014 invade la competencia exclusiva estatal en materia de legislación penal, puesto que efectivamente regula, con incidencia sobre el tipo penal definido en la legislación estatal, el consumo, abastecimiento y dispensación de cannabis, en el marco de las asociaciones de usuarios a las que se refiere».

La Ley 1/2016, de 7 de abril de Atención Integral de Atenciones y Drogodependencia del País Vasco ha visto encorsetada la interpretación de su art. 83 . No puede entenderse lo dispuesto en tal precepto como habilitación para crear asociaciones en cuyo seno se distribuya marihuana (STC 29/2018, de 8 de marzo).

EL Parlamento de la Generalidad de Cataluña aprobó igualmente la Ley 13/2017, de 6 de julio, de las asociaciones de consumidores de cannabis. Su vigencia está suspendida al haberse admitido a trámite el recurso interpuesto por el Gobierno de la nación ante el Tribunal Constitucional (4 de diciembre de 2017).

Existen también como disposiciones de inferior rango. Ahora resulta innecesario mencionarlas.

OCTAVO.- Volvamos al ordenamiento penal. El art. **368 CP** castiga, el tráfico de drogas tóxicas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas con una amplitud que ha sido justamente tildada de desmesurada e inmatizada: *"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** "*.

Se quiere abarcar todo el ciclo de la droga diseñándose un delito de peligro abstracto.



La STS 1312/2005, de 7 de noviembre, explica cómo el objeto de protección es especialmente inconcreto. La salud "pública" no existe ni como realidad mensurable ni como suma de la salud de personas individualmente consideradas. El objetivo, del legislador, más que evitar daños en la salud de personas concretas, es impedir la difusión de una práctica social peligrosa para la comunidad por el deterioro que causaría en la población

El **consumo ilegal** es el concepto de referencia del tipo penal. En sí mismo no está incluido como conducta punible; pero es lo que se pretende evitar castigando toda acción encaminada a promoverlo, favorecerlo o facilitarlo. Entre esos actos se mencionan expresamente el cultivo, la elaboración o el tráfico.

Acotar qué ha de entenderse como *consumo ilegal* es, en consecuencia, punto de partida básico en la interpretación del tipo. Ese elemento normativo nos remite a legislación extrapenal. Desde su análisis se llega enseguida a la constatación de que *consumo ilegal* (es decir, *no conforme a la legalidad* aunque en determinadas circunstancias no sea objeto de sanción) es " *toda utilización o ingesta de la droga por diversas vías orgánicas que no sea aquella que esté expresamente autorizada por tener finalidad terapéutica o positiva para la salud*" (STS 670/1994, de 17 de marzo). Si se entendiese de otra forma el *consumo ilegal*, vaciaríamos el tipo penal: todo el ciclo de la droga tiene siempre como puerto de destino una acción de *autoconsumo* (salvo supuestos nada frecuentes que, precisamente por ello, en algunos casos pudieran no estar cubiertos por la tipicidad del art. 368: vid STS 469/2015, de 30 de junio). Que ese autoconsumo no sea punible no lo convierte en legal.

Lo explica el citado precedente jurisprudencial: "*Al negar el carácter ilegal del autoconsumo el recurrente está confundiendo la ilicitud genérica de un acto dentro del ordenamiento jurídico con la ilicitud penal, cuando esta es sólo es una parte de aquella ilicitud acotada por las definiciones típicas de la ley punitiva, esto es, la antijuricidad tipificada. De la propia estructura del tipo del art. 344 del C.P. cae por su peso que por "consumo ilegal" de las sustancias tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos cuya promoción, favorecimiento o facilitación veta el precepto, tutelando el bien jurídico de la salud del consumidor, ha de entenderse toda utilización o ingesta de la droga por diversas vías orgánicas que no sea aquella que esté expresamente autorizada por tener finalidad terapéutica o positiva para la salud. La tesis del recurrente de que por el hecho de que el autoconsumo no está sancionado penalmente, es un consumo legal, por lo que toda entrega o facilitación de la droga a un consumidor no puede entenderse como favorecimiento del consumo ilegal que exige el tipo del art. 344, vaciaría de contenido dicho precepto penal y desampararía el bien jurídico que pretende tutelar, que se vería puesto en peligro con actos que no podrían ser reprimidos cuando, por el contrario, es precisamente ese consumo por los drogodependientes lo que, en defensa de la salud pública, se pretende combatir con la norma prohibitiva y sancionadora de su promoción, favorecimiento y facilitación que se incluye en el citado artº. 344.*

El carácter ilegal o de ilicitud genérica y en el terreno administrativo del consumo de drogas deviene de los compromisos internacionales, adquiridos por España al suscribir y ratificar los Convenios sobre represión del tráfico de Drogas de 1936; el Convenio Único sobre estupefacientes de 1961 y el Convenio sobre Uso de Sustancias Sicotrópicas de 1971, que tienen carácter de Derecho interno desde su publicación (artº. 96.1 C.E). Estos Convenios sólo consideran lícito el consumo de tales sustancias para usos médicos o de investigación científica (artº 1.2 del Convenio de 1961). Para cumplir la aplicación interna de lo convenido, la Ley 17/1967, ya citada en otro lugar de esta resolución, impone en su artº. 1º un control del Estado sobre el ciclo de producción y distribución de aquellas sustancias y expresamente determina que todas las incluidas en la Lista IV de las anexas al Convenio son "géneros prohibidos". De ahí que la tenencia o consumo de tales géneros, fuera de los supuestos expresamente autorizados y sin cumplir las prevenciones administrativas que tales supuestos contemplan, constituyan un ilícito administrativo, el alcance, forma o conveniencia de cuya sanción pueda debatirse, pero sin que sea discutible la ilegitimidad en su caso de los actos que conculquen aquellas normas administrativas, como es el consumo indiscriminado y fuera de las pautas reguladoras del mismo de aquellas sustancias. La propia procedencia de su comiso y destrucción, aunque sean ocupadas en poder de un autoconsumidor que no comete ilícito penal, revela el carácter ilícito de su posesión ya que en definitiva se trata de géneros prohibidos.

En conclusión, y para dar respuesta a la petición expresa de los recurrentes, debemos declarar que todo consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas que no entre en los supuestos expresamente autorizados por los Convenios y las normas administrativas vigentes en España, constituye un "consumo ilegal" a los efectos de cumplir el tipo del art. 344 del C.P., como destinatario de las conductas de promoción, favorecimiento o facilitación que tal tipo prevé y sanciona penalmente " (énfasis añadido).

El art. 368 CP no sanciona el consumo, pero sí toda actividad que lo promueve.

El cultivo es una de las acciones expresamente mencionadas. Cuando su objetivo final es ese consumo contrario a la legalidad, se convierte en conducta típica. Aunque hay que apresurarse a recortar la excesiva consecuencia -el cultivo no autorizado siempre es delictivo- que de forma precipitada podría extraerse de esa aseveración.



No es así: al igual que todas las actuaciones personales que van destinadas al propio consumo (*ilegal, pero no penalmente prohibido*) son atípicas en nuestro ordenamiento, aunque supongan facilitar o promover un consumo ilegal (la adquisición, la solicitud, incluso la producción...), también el cultivo es atípico cuando no se detecte *alteridad* presupuesto de la intervención penal: facilitar o favorecer el consumo *de otros*. El cultivo para el exclusivo consumo personal es contrario a la legalidad, pero carece de relieve penal.

El cannabis, como es sabido, es uno de los estupefacientes con ciclo natural de cosecha. Los actos de cultivo del mismo son punibles sólo en cuanto tiendan a facilitar la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo indebido por terceros.

NOVENO.- La desmesurada amplitud, ya aludida, con que se describe la conducta castigada en el tipo penal, combinada con la consideración como impune del consumo propio (por más que no pueda definirse como *legal* desde el punto de vista general del ordenamiento jurídico), así como la necesidad, confesada o no, de limitar el alcance del precepto punitivo embridando su aptitud gramatical para acoger acciones muy dispares, ha llevado a considerar atípico no sólo el consumo particular, sino también el practicado en grupo aunque se identifiquen actos de auxilio o facilitación *recíproca* (singularmente, encargarse de la adquisición de la sustancia) entre los integrantes del colectivo que siempre ha de ser reducido.

Si particularizamos los requisitos reiterados por el TS para aplicar esta doctrina, las posibilidades de proyectarla a iniciativas asociativas como la ahora analizada son muy escasas. Lo pone de manifiesto el recurso del Fiscal. La Sala de instancia bienintencionadamente ha estirado esa doctrina del consumo compartido hasta llegar a romper sus costuras.

Ni en su fundamento ni en sus requisitos pormenorizados puede servir esa doctrina de cobertura para iniciativas asociativas de distribución del cannabis.

Nos detendremos después en ella.

Antes recordemos que se cuenta con un precedente jurisprudencial referido específicamente a una asociación de similar naturaleza. La STS 1377/1997, de 17 de noviembre, abordó hace ya más de quince años un supuesto semejante ofreciendo una respuesta tan inequívoca como contundente. Merece la pena recordar los hechos probados de aquella sentencia. Los responsables de la asociación fueron condenados, después de haber sido absueltos por la Audiencia que había considerado que su actividad *"no reunía la idoneidad necesaria para la difusión de la sustancia típica cultivada a terceros ajenos a aquellos que dominaron el hecho del co-cultivo"*.

La Asociación estaba inscrita en el correspondiente Registro de Asociaciones de la Generalitat de Catalunya. En sus estatutos se explicitaban como fines entre otros, al estudio biológico del Cannabis Sativa y la creación de un foro de debate público en relación a todas las cuestiones que se derivan del consumo de dicha sustancia. Se excluía expresamente como fin de la Asociación el fomento o difusión del consumo de Cannabis.

"En fecha cinco de marzo de 1993, -relataba el hecho probado- en el seno de una Asamblea General, a la que asistieron ciento cincuenta socios, se debatió la oportunidad de promover el arriendo de una finca con la finalidad de cultivar planta de cáñamo índico que contuviera principio activo de tetrahidrocannabinol destinada al autoconsumo de los miembros de la referida Asociación. Dicha propuesta fue finalmente aprobada, acordándose igualmente que sería cada socio el que llevaría individualmente a cabo la plantación y cultivo de dos plantas de cáñamo y que una vez se recolectara la cosecha que se obtuviera se repartiría igualmente y con intervención de notario entre los socios participantes." La sentencia rememora que uno de los acusados *"elevó al Fiscal Delegado de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña para la prevención y represión del tráfico ilícito de drogas... una suerte de memoria explicativa de las actividades de la Asociación y en concreto de la plantación de cáñamo índico de la finca de Riudecoms, que dio origen a la incoación de unas diligencias respecto a las cuales recayó Decreto de archivo, en cuanto se reputaba que los hechos puestos de manifiesto no revestían los caracteres de delito, en consideración a que "la referencia de 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"*.

La sentencia sienta la siguiente afirmación: *"Es claro que los acusados sabían lo que hacían y por lo tanto conocían los elementos del tipo, pues en su memoria explicativa de las actividades de la asociación expusieron su actividad de plantación de cáñamo índico en la finca de Riudecoms, como consta en los hechos probados. 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"*.

Antes explica que, aunque la Audiencia demuestra un digno esfuerzo argumental que no se puede pasar por alto, se percibe, sin embargo, que el Tribunal a quo no ha tenido en cuenta que el delito definido por las diversas acciones del art. 344 CP. es un delito de peligro abstracto. Estos delitos son aquellos que incriminan conductas peligrosas según la experiencia general y que resultan punibles sin necesidad de poner concretamente en peligro



el bien jurídico protegido. para decirlo con palabras de un reconocido autor en estos delitos "la evitación de los peligros concretos y las lesiones es, por lo tanto, sólo el motivo legislativo, sin que su existencia sea un presupuesto de la tipicidad".

Desde este punto de vista, 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 cuestión de la idoneidad de la que se habla en la sentencia, consiguientemente, no depende de la concreción del peligro, sino exclusivamente de la abstracta adecuación al mismo que ha establecido el legislador. De estas consideraciones se deduce que el juicio sobre la idoneidad realizado por la Audiencia es impropio de la comprobación de la tipicidad de un delito al que esta Sala en repetidas oportunidades ha considerado como un delito de peligro abstracto".

DÉCIMO.- La filosofía que inspira la doctrina sobre atipicidad del consumo compartido -"compra conjunta" o "bolsa común" son quizás, como se dijo, denominaciones más precisas- no es extrapolable a un supuesto como el que se está analizando.

Repasemos las directrices de esa doctrina de la mano de la STS 360/2015, de 10 de junio ; una de las muy abundantes que, con unos matices u otros, con el acento puesto en unas cuestiones o en otras, se atienen a las líneas maestras de esa enseñanza jurisprudencial:

"Es doctrina reiterada de esta Sala, que de la misma forma que el autoconsumo de droga no es típico, el consumo compartido o autoconsumo plural entre adictos no constituye una conducta penalmente sancionable (STS 1102/2003, de 23 de julio , 850/2013, de 4 de noviembre y 1014/2013, de 12 de diciembre , entre otras).

La atipicidad del consumo compartido, doctrina de creación jurisprudencial y que constituye una consecuencia lógica de la atipicidad del autoconsumo, es aplicable cuando concurren cuatro circunstancias o requisitos:

1º) Que se trate de consumidores habituales o adictos que se agrupan para consumir la sustancia. Con esta limitación se pretenden evitar supuestos de favorecimiento del consumo ilegal por terceros, que es precisamente la conducta que sanciona expresamente el tipo, salvo los que ya fuesen consumidores habituales de la sustancia en cuestión.

2º) El consumo de la misma debe llevarse a cabo "en lugar cerrado". La finalidad de esta exigencia es evitar la promoción pública del consumo y la difusión de la sustancia a quienes no forman parte de los inicialmente agrupados.

3º) Deberá circunscribirse el acto a un grupo reducido de adictos o drogodependientes y ser éstos identificables y determinados.

4º) No se incluyen en estos supuestos las cantidades que rebasen la droga necesaria para el consumo inmediato. En consecuencia, solo se aplica a cantidades reducidas, limitadas al consumo diario.

En términos similares se pronuncian la Sentencia 1472/2002, de 18 de septiembre o la STS 888/2012, de 22 de noviembre , en las que se señalan seis condiciones para apreciar este supuesto de atipicidad, que en realidad son los mismos requisitos ya mencionados, aunque alguno se desdobra:

a) En primer lugar, los consumidores han de ser todos ellos adictos, para excluir la reprochable finalidad de divulgación del consumo de esas sustancias nocivas para la salud (STS de 27 de Enero de 1995).

b) El consumo debe producirse en lugar cerrado o, al menos, oculto a la contemplación por terceros ajenos, para evitar, con ese ejemplo, la divulgación de tan perjudicial práctica (STS de 2 de Noviembre de 1995).

c) La cantidad ha de ser reducida o insignificante (STS de 28 de Noviembre de 1995) **o, cuando menos, mínima y adecuada para su consumo en una sola sesión o encuentro .**

d) La comunidad que participe en ese consumo ha de estar integrada por un número reducido de personas que permita considerar que estamos ante un acto íntimo sin trascendencia pública (STS de 3 de Marzo de 1995),

e) Las personas de los consumidores han de estar concretamente identificadas, para poder controlar debidamente tanto el número de las mismas, en relación con el anterior requisito, cuanto sus condiciones personales, a propósito del enunciado en primer lugar (STS de 31 de Marzo de 1998).

f) Debe tratarse de un consumo inmediato (STS de 3 de Febrero de 1999).

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.

Tal sentencia acaba por afirmar la tipicidad en virtud de la relevante cantidad de droga ocupada que excedía de la destinada a un consumo inmediato o diario. Además *"los recurrentes no afirman que la droga ocupada hubiese sido adquirida mediante un fondo común para su consumo en un acto concreto por un pequeño número de adictos previamente identificado, sino que la califican como sobrante de una fiesta ya realizada, y dispuesta para consumos ulteriores por visitantes de la casa, que variaban de una vez a otra. Es decir por 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.*

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.

En definitiva, lo que se sanciona es la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal, y los actos de cultivo, elaboración o tráfico no son más que modos citados a título ejemplificativo, pero no exhaustivo, de realizar esta finalidad típica, a la que también puede estar destinada la posesión, aunque no necesariamente. O bien cualquier otro modo idóneo para alcanzar esta finalidad o resultado, como la donación o el transporte que lógicamente también sería "típico" (énfasis añadido).

UNDÉCIMO.- 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.

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, uno de los objetivos que se propone 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 centenares de 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.

Uno de los requisitos exigidos para considerar la atipicidad del consumo compartido, es la exclusión de actividades de almacenamiento masivo, germen, entre otros, de ese "peligro" que quiere desterrar el legislador.

Se hace por todo ello muy difícil admitir que no se considere favorecimiento del consumo la apertura de esa modalidad de asociación a un número indiscriminado de socios.

Ningún pronunciamiento jurisprudencial, ni aun los más flexibles, han amparado el aprovechamiento colectivo de una plantación fuera de los estrictos términos antes expuestos. 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 paradójicas: negar la incardinación de supuestos como éste en el art. 368, a lo mejor llevaría a aflorar otras tipicidades (legislación especial de contrabando).

DUODÉCIMO.- El anterior desarrollo no obsta a que puedan 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 un colectivo. 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 un largo 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 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.

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

Sí traspasa las fronteras penales la conducta concretada en organizar un sistema de cultivo, acopio, o adquisición de marihuana o cualquier otra droga tóxica o estupefaciente o sustancia psicotrópica con la finalidad de repartirla o entregarla a terceras personas, aunque a los adquirentes se les imponga el requisito de haberse incorporado previamente a una lista, a un club o a una asociación o grupo similar. También cuando la economía del ente se limite a cubrir costes.

La filosofía que late tras la doctrina jurisprudencial que sostiene la atipicidad del consumo compartido de sustancias estupefacientes puede alcanzar a la decisión compartida de cultivo de la conocida como marihuana para suministro en exclusiva a un grupo reducido de consumidores en condiciones congruentes con sus principios inspiradores que hacen asimilable esa actividad no estrictamente individual al cultivo para el autoconsumo. Se distancia así esa conducta tolerable penalmente de una producción, punible por estar puesta al servicio del consumo de un número de personas indeterminado *ab initio* y abierta a incorporaciones sucesivas de manera más o menos indiscriminada y espaciada, mediante la captación de nuevos socios a los que solo se exige la protesta de ser usuarios para incluirlos en ese reparto para un consumo no necesariamente compartido, inmediato o simultáneo.

Evaluar cuándo aquella filosofía que vertebra la atipicidad de la "compra compartida" puede proyectarse sobre supuestos de cultivo colectivo es una cuestión de caso concreto y no de establecimiento seriado de requisitos tasados que acabarían por 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. Pueden apuntarse indicadores, factores que iluminan a la hora de decidir en cada supuesto y que son orientadores; pero no es función de la jurisprudencia (como sí lo sería de una hipotética legislación administrativa de tolerancia) establecer una especie de listado como si se tratase de los requisitos de una licencia administrativa, de forma que la concurrencia, aunque fuese formal, de esas condiciones aboque a la inoperancia del art. 368; y la ausencia de una sola de ellas haga nacer el delito. Eso significaría desenfocar lo que se debate de fondo: perfilar la tipicidad del art. 368. Se castiga la promoción del consumo ajeno, pero no la del propio consumo. La actividad que, aun siendo colectiva, encaje naturalmente en este segundo ámbito, por ausencia de estructuras puestas al servicio del consumo de terceros, no son típicas.

Desde esas premisas son indicadores que favorecerán la apreciación de la atipicidad el reducido número de personas que se agrupan informalmente con esa finalidad, el carácter cerrado del círculo; sus vínculos y relaciones que permiten conocerse entre sí y conocer sus hábitos de consumo y además alcanzar la certeza, más allá del mero compromiso formal exteriorizado, de que el producto se destina en exclusiva al consumo individual de quienes se han agrupado, con la razonable convicción de que nadie va a proceder a una redistribución o comercialización por su cuenta; los hábitos de consumo en recinto cerrado. Quedaría definitivamente ratificada esa estimación, aunque no sea este dato imprescindible, si el cultivo compartido va seguido de un consumo compartido. La ausencia de cualquier vestigio de espíritu comercial u obtención de ganancias por alguno o por varios; la absoluta espontaneidad y por supuesto voluntad libre e iniciativa propia de quienes se agrupan, (lo que permite excluir los supuestos en que se admite a un menor de edad que carecerá de madurez para que su consentimiento en materia perjudicial para la salud como ésta pueda considerarse absolutamente informado y por tanto libre) son otros factores de ponderación.

No se trata tanto de definir unos requisitos estrictos más o menos razonables, como de examinar cada supuesto concreto para indagar si estamos ante una acción más o menos oficializada o institucionalizada



al servicio del consumo de terceros (aunque se la presente como modelo autogestionario), o más bien ante un supuesto de real cultivo o consumo compartido, más o menos informal pero sin pretensión alguna de convertirse en estructura estable abierta a terceros. Algunas orientaciones al respecto pueden ofrecerse, pero en el bien entendido de que finalmente habrá que dilucidar caso a caso la presencia o no de esa condición de *alteridad*, aunque aparezca camuflada bajo una ficticia apariencia de autogestión.

El número poco abultado de los ya consumidores de cannabis concertados que adoptan ese acuerdo de consuno; el encapsulamiento de la actividad en ese grupo (lo que no excluye una adhesión posterior individualizada y personalizada de alguno o algunos más nunca colectiva ni fruto de actuaciones de *proselitismo*, propaganda o captación de nuevos integrantes); así como la ausencia de toda publicidad, ostentación -consumo en lugares cerrados- o trivialización -tal conducta, siendo atípica, no dejará de ser ilícita-, ayudarán a afirmar la atipicidad por asimilación al cultivo al servicio exclusivo del propio consumo.

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

Tratándose de consumo, que no de cultivo, compartido habrá que estar a las pautas reiteradas en la jurisprudencia bien entendidas, es decir, no como requisitos *sine qua non*, sino como criterios o indicadores que orientan en la tarea de discriminar entre el autoconsumo colectivo y la facilitación del consumo a terceros. Lo decisivo no es tanto el ajustamiento exacto a esos requisitos, a modo de un listado reglamentario, cuanto la comprobación de la afectación del bien jurídico en los términos en que el legislador quiere protegerlo. Si no, degradaríamos el bien jurídico -salud pública- convirtiendo anómalamente el delito en una especie de desobediencia a la jurisprudencia. El ataque a ese bien jurídico penalmente tutelado no depende tanto de que se hayan *cumplimentado* formalmente todas esas exigencias o no, de modo que si faltase cualquiera de ellas (local cerrado; consumo inmediato...) ya necesariamente quedaría invadido el campo penal, como de otros rasgos de mayor fuste de los que aquellos son meros indicadores.

El recurso del Fiscal merece ser acogido aunque solo parcialmente con la consecuencia de dictar una segunda sentencia tras la casación de la emanada de la Audiencia.

DÉCIMO TERCERO.- La segunda parte del configurado como único motivo del recurso se basa también en una supuesta **infracción de ley**, al amparo del art. 849.1 de la LECrim por la indebida inaplicación de los arts. 515.1 y 517.1 ° y 2° CP, delito de **asociación ilícita**; o bien, alternativamente, de los arts. 570 quater 1, delito de integración en **grupo criminal**.

La sentencia de instancia descarta ambas tipicidades disyuntivas invocadas con un razonamiento bien simple y más que suficiente a la vista de lo que se había resuelto en cuanto al delito contra la salud pública, si la actividad no es constitutiva de delito, decae el fundamento de esas dos infracciones que exigen como presupuesto que el objetivo de los responsables sea la comisión de ilícitos penales.

El Ministerio Fiscal sostiene que la actuación del Presidente, del Tesorero, y de la secretaria de la Asociación constituyen un delito de asociación ilícita, toda vez que su actividad supone un abuso del ejercicio de tal derecho que lesiona el bien jurídico protegido en los arts 515 y 517 CP. Y que del relato de hechos probados se puede concluir que la Asociación se crea ocultando sus verdaderos fines, puesto que su verdadero fin es el cultivo de la marihuana para luego venderla a los socios, sin que exista control alguno sobre el destino de la cantidad vendida.

La cuestión se ha de resolver como hicimos al enfrentarnos a igual petición en el anterior recurso de casación. Es suficiente constatar que, como se argumenta en la segunda sentencia que debemos dictar, se entiende apreciable un error de prohibición. En estas dos infracciones (arts. 515 y 570 ter CP) el carácter *delictivo* (no meramente *ilícito*) de los hechos que se promueven asociativa o colectivamente constituye un elemento típico. La asociación para ser delictiva ha de tener por objeto cometer algún delito o promoverlo después de su constitución (art. 515.1 CP). El Grupo criminal ha de perseguir la perpetración de delitos o faltas. Ninguna de las dos figuras penales consiente la forma culposa. Por tanto el error, aun en la hipótesis de que fuese *evitable*, lleva *inevitablemente* a ratificar el pronunciamiento absolutorio de la instancia bien que con argumentación diferente (art. 14.1 CP), y sin que ello suponga prejuzgar sobre el fondo respecto de esas tipicidades alegadas.

DÉCIMO CUARTO.- En su escrito impugnando el recurso la defensa invoca la conocida doctrina constitucional limitadora de las posibilidades de revisión de sentencias absolutorias al margen de la inmediatez. El hito inicial en nuestro ordenamiento de ese estándar hay que situarlo en la STC 167/2002, de 18 de septiembre .



Se ha reiterado luego en más de un centenar de pronunciamientos del TC (entre muchas otras, SSTC 21/2009, de 26 de enero , o 24/2009, de 26 de enero , 80/2013 o 120/2013).

El tema no merece mayor desarrollo desde el momento en que ha sido zanjado por el TC en su sentencia 146/2017, de 14 de diciembre varias veces citada y recaída en este asunto concreto: ninguna objeción desde esa perspectiva puede hacerse a la valoración en casación como típicos de los hechos que la Audiencia consideró probados. Queda al margen de la doctrina referida lo que es valoración estricta de cuestiones jurídicas.

DÉCIMO QUINTO.- Las costas del recurso deben declararse de oficio (art. 901 LECrim).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por **EL MINISTERIO FISCAL** , contra Sentencia dictada por la Sección Sexta **por estimación parcial del motivo único de su recurso y en su virtud casamos y anulamos dicha Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya** con declaración de las costas de este recurso de oficio.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 834/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 12 de julio de 2018.

Esta sala ha visto causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Bilbao, fallada posteriormente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección Sexta), y que fue seguida por un delito contra la salud pública e integración en grupo criminal y asociación ilícita contra Domingo , Indalecio , Piedad y Ángela , se ha dictado sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO. - Se dan por reproducidos los Antecedentes y Hechos Probados de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- Los hechos que se declaran probados son constitutivos de un delito contra la salud pública del art. 368.1º CP en la modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud, tal y como se ha razonado en la anterior sentencia a cuya fundamentación hay que remitirse.

SEGUNDO.- Aunque no había sido invocada, en la deliberación y a tenor tanto del hecho probado como de la fundamentación de la sentencia de instancia se suscitó la eventualidad de apreciar en los acusados una situación de **error** que pudiera atraer la aplicación del art. 14 CP . 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 evocando pronunciamientos contradictorios de diversos Tribunales existentes en aquel momento, nutrían ese planteamiento.

Para no sustraer esa cuestión, favorable para los acusados, a la consideración de las partes, evitando su aparición sorpresiva en esta segunda sentencia sin que ni acusación ni defensa hubiesen tenido ocasión de hacer llegar sus apreciaciones y argumentos, se decidió conferir la audiencia que habilita el art. 897.2 LECrim .

TERCERO.- El Ministerio Fiscal rechaza toda situación de error .

Las defensas arguyen que concurriría un error de prohibición invencible.

El error se situaría en la percepción equivocada por parte de los acusados de que la actividad que llevaban a cabo de distribución de la droga entre sus asociados, compartiendo los gastos de cultivo e infraestructura entre todos, y con la convicción de que todos eran ya consumidores de esa sustancia y asumían seriamente el compromiso de destinar lo recibido a su exclusivo personal consumo, estaba tolerada por el ordenamiento jurídico. La doctrina de esta Sala -que expresamente invocan sus estatutos- sobre el consumo compartido, aunque interesadamente manipulada y tergiversada en una interpretación *pro domo sua*; el apoyo de algunas resoluciones judiciales, que son mencionadas en la sentencia de instancia y fueron aportadas, negando relevancia penal a hechos similares; la constancia de asociaciones de análogas características distribuidas por diversas zonas de nuestra geografía; el debate, también político, del que eran reflejo algunas iniciativas legislativas (ley de Navarra) no desautorizadas en el momento en que se desarrollan los hechos enjuiciados, o alguna normativa de rango inferior, podía hacer pensar a los acusados que la actividad no solo quedaba fuera del mandato de prohibición que emana del art. 368 CP , sino también que no era frontalmente contraria a la legalidad.

Hay que admitir como posible esa situación de error. Desde ese punto de partida, carecemos en casación, sin haber presenciado la prueba ni haber oído directamente a los acusados, de facultades para descartar que ese error pudiera ser invencible. Nos vemos abocados por ello a una decisión absolutoria.

No es un tema que hubiese sido planteado en la instancia. Por ello no parece admisible el reenvío a la Audiencia para que decida sobre un extremo ajeno al debate desarrollado ante ella.

A la vista del momento procesal en que nos encontramos la única salida viable es, así pues, la absolución.

Ese pronunciamiento absolutorio no impide dar el destino previsto en las leyes y reglamentos a la sustancia intervenida (art. 635.5º y 742 LECrim).

CUARTO.- Por fin, en cuanto a Indalecio , ha de entenderse igualmente procedente la absolución aunque por las razones contenidas en la sentencia que ha sido anulada por el Tribunal Constitucional y que ahora se considera conveniente reproducir en cuanto que, pese a poder considerarse que en ese particular la sentencia anterior no ha sido afectada por el recurso de amparo, la falta de toda indicación en la sentencia constitucional aconseja reiterar ese pronunciamiento cuyas razones de fondo son singulares. Se decía en la anterior sentencia y ahora se reitera:

"...hemos de excluir de la condena referida al acusado por el Ministerio Fiscal **D . Indalecio** , 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 repetido esta Sala que no es admisible".

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- Que debemos **absolver y absolvemos** a los acusados Domingo, y Piedad, Indalecio, Rosendo, y Ángela de los **delitos contra la salud pública**, por el que venían acusados, así como por los delitos de **asociación ilícita y grupo criminal** de los que, en régimen de alternatividad, eran igualmente acusados.

2.- Se declaran de oficio las costas causadas.

3.- Debe darse en todo caso a la sustancia intervenida el destino legal.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gomez Miguel Colmenero Menendez de Luarca Luciano Varela Castro

Antonio del Moral Garcia Vicente Magro Servet

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. Antonio del Moral Garcia A LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL RECURSO Nº 834/2015 Y AL QUE SE ADHIERE EL EXCMO. SR. D. Manuel Marchena Gomez.

Coincidimos íntegramente con el contenido de la sentencia de casación. Únicamente discrepamos de la solución final alcanzada en la segunda sentencia por razones puramente procesales y no de fondo, razones que ya nos llevaron a formular un voto particular de idéntico contenido, que ahora venimos a reproducir, a la sentencia 91/2018 dictada por el Pleno de esta Sala.

En cuanto al fondo, si guardamos fidelidad como debemos (art. 5.1 LOPJ y 164.1 CE) al criterio del Tribunal Constitucional, no estamos en condiciones legalmente aptas para, proclamada la concurrencia de un error de prohibición en los acusados, evaluar si el mismo habría de tener efectos exoneradores por ser invencible, o meramente atenuatorios, por haber podido ser superado con una actitud indagatoria previa exigible. Solo un Tribunal que haya oído directamente a los acusados (y, en su caso, haya presenciado otras eventuales pruebas personales que pudieran estar relacionadas con ese punto) estaría en condiciones de descartar la inevitabilidad del error; o, desde el reverso, afirmar una culpabilidad bien que atenuada.

En la encrucijada procesal en que nos encontramos -que puede repetirse en ocasiones futuras- se abren dos caminos:

a) El asumido por la mayoría conduce a una absolución no por razones de fondo -no se declara probado que el error sea invencible-; sino por razones procesales: no estando en condiciones de decidir sobre tal extremo ha de optarse por la absolución.

b) La otra vía se nos antoja procesalmente más correcta. Tiene apoyo en precedentes. Y resulta más lógica si pensamos en una deseable salida procesal para situaciones futuras procesales similares. Consiste en reenviar el asunto a la Audiencia de instancia para que dicte nueva sentencia partiendo en todo caso (i) del carácter típico de los hechos (lo que ha llevado a la casación) y (ii) de la presencia de un error (art. 14 CP) en los acusados (que se estimó concurrente por esta Sala en premisa sobre la que ya no cabe *marcha atrás* por vedarlo la prohibición de *reformatio in peius*). La decisión del Tribunal *a quo* sobre la catalogación del error como vencible o invencible, adoptada desde su contacto directo con toda la prueba y especialmente con las manifestaciones de los acusados, no solo respetaría las exigencias constitucionales sino que, a su vez, podría ser objeto de impugnación ante esta Sala por la parte que se considerase agraviada siempre, obviamente, que no lo impidiese la naturaleza de la casación (no podíamos así revisar *contra reo* valoraciones probatorias).



Nos parece más coherente y acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva de todas las partes este encauzamiento de la situación procesal planteada.

Es esa la solución asumida en ocasiones precedentes ante situaciones en lo sustancial idénticas a la presente: necesidad de resolver *ex novo* cuestiones que reclaman una valoración probatoria (directa o indirecta; explícita o implícita) al dictar la segunda sentencia tras estimar un recurso de casación de la acusación por infracción de ley del art. 849.1º (v.gr.: elementos relacionados con la concurrencia de atenuantes o eximentes; un error como el aquí analizado...). Que la cuestión estuviese ya suscitada en la instancia por la defensa de forma oficial (una calificación alternativa); oficiosa pero expresa (una alusión en su informe); o no (surja por iniciativa de oficio de este Tribunal de casación al recuperar la instancia en el momento de dictar segunda sentencia) no cambia los términos de la cuestión.

Considerar que es dato decisivo que el tema implicado y no resuelto por la Audiencia al inclinarse por una absolución por otras razones luego desacreditadas en casación (prescripción, atipicidad, ausencia de una condición de perseguibilidad...) haya sido expresamente planteado nos abocaría a una asimetría perversa e injustificada o a autolimitarnos indebidamente. En efecto, ejemplificando con el caso que ahora se nos presenta: si en la instancia las defensas hubiesen suscitado la cuestión del error, lo correcto sería devolver el conocimiento a la Audiencia para resolver esa cuestión. No parece técnica asumible desde ningún punto de vista dictar segunda sentencia necesariamente absolutoria pese a considerarse que la conducta es típica, al no poder decidir sobre la naturaleza del error sin intermediación. Eso acabaría aniquilando la eficacia de todo recurso de casación contra sentencias absolutorias por razones estrictamente jurídicas reduciéndola a un efecto doctrinal proyectado solo hacia el futuro y sujeto siempre a la asunción que los órganos inferiores hiciesen del criterio jurisprudencial (STC 37/2012, de 19 de marzo).

En cambio, si no se ha planteado la cuestión en la instancia, la disyuntiva será maniquea: (i) o, pese a surgir dudas, prescindimos *contra reo* de ese elemento y dictamos segunda sentencia condenatoria; (ii) o lo introducimos, en cuyo caso necesariamente hemos de asignarle efectos exculpatorios pese a no existir datos suficientes, por ser la única salida procesal viable.

No hay razones para no equiparar ambas situaciones.

Nuestro sistema impugnativo se caracteriza por una "recuperación de la instancia" cuando se procede a la casación. Este Tribunal asume el dictado de una segunda sentencia (art. 902 LECrim). Al recobrar la instancia ha de resolver todos los temas "imprejuzgados". Cuando estimándose un recurso de la acusación particular se priva de eficacia a la absolución decretada, (v. gr., por prescripción), salvo casos de imposibilidad manifiesta (ausencia de hechos probados por ejemplo), la segunda sentencia ha de resolver sobre la tipicidad, posibles atenuantes, individualización penológica... En esas tareas esta Sala no está ejerciendo una función revisora sino situándose en el papel de Tribunal de instancia y resolviendo sobre la pretensión articulada a través de las conclusiones definitivas, sin más limitaciones que las que tenía la Audiencia Provincial que conoció del juicio oral y en su caso, las derivadas de la prohibición de la *reformatio in peius* (art. 902 LECrim) o las que impone el principio de intermediación (jurisprudencia constitucional y europea). Ese diseño de la casación puede dejar malparado el derecho a la doble instancia, pero es el elegido por el legislador al dar en este punto prioridad al objetivo de celeridad en la resolución de los asuntos.

La posición que esta Sala asume en nuestro modelo de casación al dictar una segunda sentencia combinada con la doctrina sobre intermediación y derecho de defensa surgida de Estrasburgo y asumida por nuestro Tribunal Constitucional aconseja la solución que aquí propugnamos. No resulta ni exótica, ni extravagante. De hecho, pese a que el art. 901 bis a) de nuestra vetusta LECrim solo concibe el reenvío con retroacción para la estimación de motivos por quebrantamiento de forma, la venimos adoptando en muchos supuestos del art. 852 LECrim , y en otros, más esporádicos pero no insólitos, enmarcados en el art. 849 LECrim , como demuestra la consulta de cualquier repertorio.

Evocamos uno de ellos.

Esa fórmula, en efecto, fue utilizada en la STS 698/2016, de 7 de septiembre , que a su vez enlazaba con algún otro precedente.

Estos son los argumentos manejados:

"La respuesta legal ordinaria y canónica ante la estimación de un motivo por infracción de ley ha de ser según nuestro régimen procesal el dictado de una segunda sentencia que sustituya a la anterior y en la que esta Sala ha de asumir el papel de Tribunal de instancia en la aplicación del derecho, haciendo prevalecer sobre el criterio de la Audiencia el plasmado en la sentencia de casación y extrayendo congruentemente las consecuencias jurídicas pertinentes (y entre ellas, la penalidad concreta a imponer). Se aparta así de otros modelos de casación que



culminan con la anulación de la sentencia y reenvió al Tribunal de instancia para nueva sentencia adaptada a las pautas fijadas en casación.

No siempre es posible ese final -segunda sentencia- al estimar un motivo del art. 849 LECrim .

Hay supuestos en que la divergencia con el criterio jurídico de la Audiencia no puede desembocar de forma directa y sin escalones intermedios en un pronunciamiento completo total, so pena de hurtar a la primera instancia algunas zonas del debate, y escamotear a las partes la posibilidad de discutir en vía de recurso esos puntos controvertidos intermedios que pueden aparecer en el tramo discursivo que va desde el tema solventado en casación hasta todos los pormenores del pronunciamiento resolviendo definitivamente la cuestión. En esos casos, excepcionales, habrá que optar por el reenvío previsto para los quebrantamientos de forma y en algunos supuestos del art. 852 LECrim .

Hay casos en que aparece de manera diáfana que es esa la única salida viable si se quiere preservar un adecuado orden procesal. Cuando una sentencia que absuelve; v.gr., por prescripción del delito, sin fijar hechos probados con precisión o sin analizar la prueba o eventuales problemas de tipicidad por considerarlo innecesario a la vista de la constatación de los periodos de paralización es anulada por el Tribunal de casación al estimar que la prescripción se había interrumpido y que, por tanto, estaba indebidamente aplicado el art 113 CP e indebidamente inaplicado el art. 114 CP , obligar a dictar segunda sentencia de fondo a la Sala de casación es inviable. No solo se hallaría en la imposibilidad de hacerlo en algunos casos (no puede fijar los hechos probados sin haber presenciado la prueba), sino que, además y sobre todo en los puntos que resolviese directamente, sin previo pronunciamiento de la Audiencia, estaría privando a las partes tanto de la posibilidad de impugnar, como de la oportunidad de que la Audiencia resolviese en primera instancia de una forma más favorable a sus intereses.

En otros casos siendo menos evidente es también ese el camino más acorde con la legalidad interpretada armónicamente: casación de una absolución por atipicidad, cuando se alegaba también, v.gr., la concurrencia de una eximente completa que era controvertida (o cualquier atenuante debatida; o incluso, cuestiones de responsabilidad civil sobre las que pueden concurrir criterios contrapuestos).

Cuando los hechos probados han quedado fijados en su integridad, sin dejar puntos sin analizar (por razón de que no era necesario a la vista de la decisión absolutoria que se iba a adoptar); y además no hay puntos controvertidos (un grado de ejecución imperfecto compartido por acusaciones y defensa, por ejemplo), no existirá obstáculo alguno para dictar segunda sentencia en este Tribunal, decidiendo también esos otros extremos que quedaron pendientes y en los que asume el papel de órgano de instancia constreñido solo por las pretensiones de la acusación en el juicio oral y lo decidido en la sentencia de casación. Es la situación más frecuente.

Sin embargo cuando en los hechos probados no se ha resuelto sobre algún extremo fáctico, aunque sea secundario, por relevarse intrascendente a la vista de la solución dada por la Sala de instancia; o cuando se trata de un tema controvertido (por ejemplo, la defensa reclamaba una eximente y el Fiscal la rechazaba), no sería ordenado que resolviese esta Sala directamente sin un previo pronunciamiento de la instancia que fue omitido por esa razón: lo que era prescindible, ahora se toma imprescindible.

Recordemos una de las ocasiones en que esta Sala ha concluido la estimación de un motivo de casación por infracción de ley del art. 849.1º LECrim sin dictar segunda sentencia, sino devolviendo las actuaciones a la Audiencia para que ésta se pronunciase sobre temas que habían quedado sin decidir como consecuencia de la absolución que el Tribunal Supremo anula. Pensamos en la STS 404/2003, de 21 de marzo que representa un ejemplo paradigmático:

"...hay que estimar los recursos del Ministerio Fiscal y Abogado del Estado, pero parcialmente, porque en el estado actual del procedimiento es imposible para esta sala dictar aquí en casación sentencia de fondo, absolutoria o condenatoria, porque lo impide la naturaleza devolutiva de esta clase de recursos.

Tiene que haber un pronunciamiento anterior, suficientemente argumentado, hecho por el tribunal que conoció en la instancia del enjuiciamiento, sobre las diferentes cuestiones a resolver, incluso con la correspondiente motivación fáctica que no contiene la sentencia recurrida, pese a que hizo el oportuno relato de hechos probados. Si no existe tal pronunciamiento de fondo anterior, ni las partes tienen la necesaria información para razonar en el recurso al que tienen derecho, ni esta sala puede resolver al respecto con la fundamentación adecuada a dicha naturaleza devolutiva del recurso.

El principio de inmediación procesal exige que el órgano judicial que preside la prueba y el debate sea quien resuelva con las debidas razones.

Del mismo modo, es exigible ese pronunciamiento previo del tribunal de instancia para que pueda considerarse debidamente respetado el derecho que el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, reconoce a favor de toda persona declarada culpable de un delito para



que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescrito por la ley. La ley española regula para los delitos que se juzgan por las audiencias el sistema de juicio oral y única instancia con recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Si esta sala dictara sentencia de fondo en el caso presente, violaría ese derecho del art. 14.5 conocido ordinariamente como el derecho a la doble instancia".

Aquí la defensa ... planteó como alternativa a la absolución por atipicidad, la apreciación de un error de prohibición (art. 14 CP) invencible o, alternativamente, vencible. Sobre tal alegación no se ha pronunciado la Sala de instancia ni en los hechos probados, donde omite toda valoración sin aludir a la convicción que pudiesen albergar los acusados al respecto (y no es incorrecta esa omisión: era innecesaria ante la estimación de la Sala de que los hechos no merecían reproche penal).

Así las cosas, se impone la devolución de la causa al Tribunal de instancia para que dicte nueva sentencia, en la que, partiendo del carácter típico y antijurídico de los hechos probados de conformidad con los argumentos vertidos, se pronuncie sobre ese alegato de la defensa (error de prohibición), tanto en sus aspectos fácticos como jurídicos, y resuelva en congruencia".

El razonamiento final de esa sentencia no queda afectado ni desautorizado por la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 146/2017 y 37/2918):

Existe en este particular una diferencia esencial en relación a los precedentes antes citados aludidos que guardan cierta simetría con el presente y en los que se dictó segunda sentencia. En aquéllos nadie había suscitado en la instancia la eventual concurrencia de un error de prohibición. No es factible reenviar el conocimiento de un asunto tras la estimación de un recurso por infracción de ley para que el Tribunal a quo resuelva sobre puntos que nadie ha planteado y que se suscitan de oficio por este Tribunal en el momento de dictar la segunda sentencia. Sería absurdo devolver el asunto tras la estimación de un recurso de la acusación por infracción de ley del art. 8491º LECrim para que la Audiencia resuelva sobre una posible eximente completa o incompleta; o una atenuante, o cualquier otra cuestión, siempre favorable al reo (si son de otro signo lo impide el principio acusatorio), que no planteó ni defensa ni acusación. En esos casos esta Sala debe considerarse habilitada para resolver, siempre en beneficio del reo, y apreciar esa eventual eximente incompleta, o atenuante, o grado imperfecto de ejecución, aunque nadie lo haya sugerido. No puede ni reenviarse a la Audiencia para que resuelva sobre algo que no se ha planteado ante ella; ni situar al Tribunal de casación al dictar la segunda sentencia en la perversa tesitura de tener que condenar sin apreciar esa posible causa de atenuación que considera concurrente. Otra cosa es para salvar el principio de contradicción sea más que aconsejable conferir una audiencia a las partes.

Este supuesto es diferente: la defensa planteó en la instancia esa cuestión que ha quedado sin analizar por el Tribunal a quo a la vista de la absolución decretada por razones que hacen innecesario y hasta improcedente evaluar la concurrencia de un error. Ahora declaramos contraria a derecho esa estimación de la Audiencia anulando el pronunciamiento absolutorio. Se abren así las puertas para que el órgano de instancia pueda resolver según sus propios criterios y las alegaciones efectuadas por las partes en su día sobre esa cuestión (concurrencia o no de un posible error) partiendo en todo caso de la tipicidad de los hechos. La nueva sentencia, en su caso, será susceptible de revisión en casación.

Resumiendo: consideramos más razonable enviar la causa al Tribunal de instancia para que con sujeción a las decisiones de esta Sala (la conducta es típica; y concurre en los acusados una situación de error que no podrá cuestionarse), resuelva con arreglo a la prueba practicada en el juicio y con absoluta libertad de criterio si tal error debe ser calificado de vencible o, invencible, dictando nueva sentencia congruente con esas decisiones.

Solo de esa forma quedan a nuestro juicio correctamente armonizadas las distintas cuestiones e intereses en juego.

Manuel Marchena Gomez Antonio del Moral Garcia.