



Roj: **STS 3972/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:3972**

Id Cendoj: **28079120012016100703**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/09/2016**

Nº de Recurso: **62/2016**

Nº de Resolución: **698/2016**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 9255/2015,**
STS 3972/2016

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia N°: 698/2016

RECURSO CASACION N° : 62/2016

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Voto Particular

Procedencia: Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Fecha Sentencia : 07/09/2016

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

Secretaría de Sala : Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Escrito por : IPR

***Asociaciones dedicadas, entre otras actividades a la obtención de cannabis en grandes cantidades a fin de distribuirlo para consumo personal entre sus socios: estamos ante un delito contra la salud pública del art. 368 CP . Se reitera la doctrina de las SSTS 484/2015 , 596/2015 y 788/2015 .**

***Excepcional devolución de la causa al Tribunal de instancia al estimarse un motivo de casación por infracción de ley del art. 849.1º LECrim cuando queden pendientes de resolver cuestiones planteadas en la instancia y no resueltas por la Audiencia.**

N°: 62/2016

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

Fallo: 24/05/2016

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA N°: 698/2016

Excmos. Sres.:

**D. Cándido Conde Pumpido Tourón****Presidente.****D. Julián Sánchez Melgar**

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Septiembre de dos mil dieciséis. Esta sala ha visto el recurso de casación nº 62/2016 interpuesto por **el MINISTERIO FISCAL** contra la Sentencia de fecha 19 de octubre de 2015 dictado por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona que absolvió a Domingo , Jaime y Romualdo de los delitos contra la salud pública en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud del art. 368 CP , y asociación ilícita de los arts. 515.1 y 517.1 CP .

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción núm. Cuatro de los de Barcelona instruyó Procedimiento Abreviado nº 14/15, (DP 93/14) contra Domingo , Jaime y Romualdo . Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Quinta) que con fecha diecinueve de octubre de dos mil quince dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

<<PRIMERO.- Probado y así expresamente se declara que los acusados Domingo , Jaime y Romualdo , todos ellos mayores de edad y sin antecedentes penales a excepción del último citado si bien no computables en la presente causa, en torno al mes de diciembre de 2012 constituyeron la entidad asociativa denominada "Asociación Cultural Línea Verde BCN", fijando su sede en la calle Villaroel núm. 104, de Barcelona, ostentando respectivamente los cargos de presidente, secretario y tesorero, no constando que hubiera sido inscrita ni en el Registro Nacional del Ministerio del Interior ni en el Registro de Asociaciones de la Generalitat de Catalunya, pero en cuyos estatutos se limitaba su objeto a actividades culturales de estudio, reflexión y divulgación científica en torno al uso del cannabis y sus propiedades naturales, descartando expresamente finalidades de carácter ilícito al recoger en el apartado 11 del artículo 4 de dichos estatutos que "la asociación no pretende en modo alguno llevar a cabo ninguna de las conductas consideradas como delito contra la salud pública en el Código penal y según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional y TEDH".

La asociación obtenía de ignorados proveedores la marihuana que se suministraba en la citada sede de la asociación, careciendo no obstante de cualquier autorización administrativa para la producción y distribución de la misma, no constando que se hubiera solicitado licencia de la Agencia Española de medicamentos y Productos Sanitarios, organismo facultado para ello conforme al Real decreto 1275/2011, de 16 de septiembre.

SEGUNDO.- Desde su fundación se podía incorporar como asociado a la mentada asociación cualquier persona que fuera presentada como consumidora de marihuana, que tuviera más de 21 años, pagara una cuota inicial de 15 euros, y se comprometiera a un consumo, entre un mínimo diario y un máximo anual, si bien se retiraban cantidades de hasta 5 gramos diarios, de marihuana, tanto si era con fines terapéuticos como si fuera consumidor por ocio, y cuyas cuotas se satisfacían en proporción al consumo que iba a efectuarse, de entre 10 y 15 euros, si bien inicialmente el consumo era dentro del propio local, y previa anotación al darse de alta de sus datos personales en el registro privado de la entidad y expidiéndosele un carnet acreditativo, llegando a ser en fecha 22 de diciembre de 2013 un total de 2.389 socios, pero sin constancia de bajas.

TERCERO.- Alertada la Guardia Urbana por el fuerte olor a marihuana en la vía pública, entre los días 23 de noviembre y 21 de diciembre de 2013 se comprobó por agentes de la misma una frecuente afluencia de personas al local, siendo que, tras la salida del local, se procedió por agentes del dispositivo a la interceptación de hasta 9 personas que portaban, cada una de ellas, una bolsa de plástico con marihuana, pero sin que haya quedado suficientemente acreditado ni la identidad de las mismas, la cantidad que portaba cada una, ni si la habían o no comprado en el local del que salían, siendo que sí eran socios de la asociación.



Por todo ello, sobre las 00,05 horas del día 22 de diciembre de 2013, se llevó a cabo una diligencia policial de entrada e inspección del local referenciado, previamente autorizada por el acusado **Domingo**, en el transcurso de la cual se produjo el hallazgo de seiscientos veinticinco gramos y seiscientos miligramos (625,6 g.) de marihuana, dispuesta en varias bolsas, destinada al consumo, previa adquisición por pago de cuota, de los asociados.

Así: - Una bolsa de plástico con la denominación "Caramelice" que contenía 69,5 gramos de marihuana, con un THC del 9,3%+0,5%.

- Una bolsa de plástico con la denominación "EXUDUS" que contenía 2,2 gramos de marihuana, con un THC del ,31+0,51.

- Una bolsa de plástico con la denominación "Sweet Black" que contenía 27,5 gramos de marihuana, con un THC del 9,3%+0,5%.

- Una bolsa de plástico con la denominación "Belladona" que contenía 15,9 gramos de marihuana, con un THC del 9,3%+0,5%.

-Una bolsa de plástico con la denominación "Critical Shark" que contenía 7 gramos de marihuana, con un THC del 9,31+ 0,51.

Una bolsa de plástico con la denominación "Sumango" que contenía 15,6 gramos de marihuana, con un THC del 9,31+0,51

- Una bolsa de plástico con la denominación "Green Line Pepper Mint" que contenía 31,8 gramos de marihuana, con un THC del 9,3%+0,5%.

- Una bolsa de plástico con la denominación "Mamba" que contenía 16,5 gramos de marihuana, con un THC del 9,3%+0,5%.

- Una bolsa de plástico con la denominación "Gren Line" que contenía 30,2 gramos de marihuana, con un THC del 9,31+ 0,5%.

- Una bolsa de plástico con la denominación "Power Plant" que contenía 54,2 gramos de marihuana, con un THC del 9,31+ 0,5%

- Una bolsa de plástico con la denominación "Caramelice" que contenía 4,7 gramos de marihuana, con un THC del 12,21+ 0,51.

Una bolsa de plástico con la denominación "Exodus" que contenía 105,6 gramos de marihuana, con un THC del 12,2%+0,5%.

Una bolsa de plástico con la denominación "Sweet Black" que contenía 24,8 gramos de marihuana, con un THC del 12,21+ 0,51

Una bolsa de plástico con la denominación "Belladona" que contenía 17,2 gramos de marihuana, con un THC del 12,2%+0,5%

Una bolsa de plástico con la denominación "Critical Shark" que contenía 59,5 gramos de marihuana, con un THC del 12,211+0,5%.

Una bolsa de plástico con la denominación "Sumango" que contenía 15 gramos de marihuana, con un THC del 12,2%+0,5%.

Una bolsa de plástico con la denominación "tren Line Pepper Mint" que contenía 8,3 gramos de marihuana, con un THC del 12,2%+0,5%.

-Una bolsa de plástico con la denominación "Mamba" que contenía 21,7 gramos de marihuana, con un THC del 12,2%+0,5%.

- Una bolsa de plástico con la denominación "Green Line" que contenía 9,3 gramos de marihuana, con un THC del 12,2%+ 0,51, y

Una bolsa de plástico sin denominación que contenía 49,1 gramos de marihuana, con un THC del 12,2%+0,5%.

Asimismo se hallaron en el interior de varios recipientes de plástico con tapadera (8 tapers) un total de 3.667, 8 gramos de galletas elaboradas con marihuana para su distribución entre los asociados previo pago, dos balanzas de precisión para la dosificación de la citada sustancia, 3.200 bolsas de plástico para el empaquetado de las dosis y 1.530 euros en metálico procedentes de los pagos de cuotas por las ventas efectuadas.

No ha resultado suficientemente acreditado que tales sustancias estuvieran predestinadas a su tráfico a terceras personas, siendo que su valor en el mercado ilícito era aproximadamente de 5 euros el gramo de marihuana, según valoración de la Oficina Central Nacional de

Estupefacientes del Cuerpo Nacional de Policía>>.

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

<<QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Domingo , Jaime y Romualdo , de los delitos CONTRA LA SALUD PUBLICA en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud del artículo 368 del Código Penal , y Asociación Ilícita de los arts. 515.1 y

517.1 del mismo texto punitivo, por los que venían siendo acusados en el presente procedimiento por el Ministerio Fiscal, con todos los pronunciamientos favorables, y declarando las costas de oficio.

Procédase al decomiso del dinero intervenido y a la destrucción de las sustancias intervenidas, si no se hubiera ya verificado.

Notifíquese al Ministerio Fiscal y a las demás partes, haciéndoles saber que contra la presente cabe la interposición de recurso de casación que deberá, en su caso, prepararse ante esta Sección Séptima de la Audiencia Provincial, en el plazo de CINCO días desde su última notificación>>.

3.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, 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, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos por el Ministerio Fiscal.

Motivo primero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849 nº 1 LECrim por inaplicación indebida del art. 368.1 CP . **Motivo segundo** .- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECrim por inaplicación indebida de los arts. 515.1º y 517.1º CP . respecto de los acusados Domingo , Jaime y Romualdo .

4 .- La representación legal de la parte recurrida se instruyó del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal **impugnando todos sus motivos** ; la Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

5.- El señalamiento para Fallo se fijó para el pasado 24 de mayo prolongándose la deliberación hasta el día 5 de julio siguiente.

6.- Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García conforme a lo prevenido en el art. 206 LOPJ , al formular voto particular la ponente inicial, Excmo. Sra. D.ª Ana María Ferrer García .

7.- Se pasa la sentencia el día 18 de julio al resto de componentes de la Sala para su firma.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resolvemos un recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que reputa no constitutivos de delito los hechos que se declaran probados. El supuesto fáctico, con variantes en aspectos accesorios y en todo caso intrascendentes a efectos del debate jurídico- penal, es sustancialmente igual al resuelto por el Pleno de esta Sala Segunda en su sentencia 484/2015, de 7 de septiembre , lo que justifica que el razonamiento que ahora desplegaremos sea en muchos fragmentos clónico del desarrollado en aquélla sentencia de la que tomaremos prestados muchos de sus pasajes. Baste esta advertencia genérica para sentirnos liberados del uso de una tipografía que resalte lo que es cita literal: abarcaría la mayor parte del discurso que sigue y que, por otra parte, se recoge también en las posteriores SSTS 596/2015 de 5 de octubre y 788/2015, de 9 de diciembre que ratificaron una exégesis ya inaugurada en la más antigua STS 1377/1997, de 17 de noviembre . En todo caso, se realizarán las pertinentes adaptaciones en atención tanto a las peculiaridades del presente supuesto, como al planteamiento procesal en la instancia en el que sí se aprecia una diferencia más significativa.

El asunto, decíamos, es en lo nuclear idéntico: constitución de un club -en este caso con más de dos mil socios, aunque no necesariamente en condiciones de simultaneidad, frente a los dos centenares que se contemplaban en la STS 484/2015 - organizado e institucionalizado, con dotación de la necesaria infraestructura, entre cuyas actividades más relevantes se sitúa la distribución planificada de cannabis, obtenido de manera no esclarecida, en la forma pactada previamente entre quienes, siendo consumidores y mayores de 21 años, se afilian comprometiéndose a destinar tal sustancia a su exclusivo consumo que habrían de efectuar, en principio, en la sede social.



Entiende la Audiencia que tales hechos no son punibles. Constituirían una modalidad del *autoconsumo compartido*. El argumento se refuerza con una invocación del principio de *insignificancia*.

No se entiende bien tal alusión, salvo que se base en una extraña división del total de la droga intervenida entre los hipotéticos consumidores (es decir, el conjunto de todos los socios), en operación huérfana de cualquier racionalidad jurídico-penal.

La sentencia, acuerda el comiso del dinero y sustancia. Tal decisión es contradictoria con el pronunciamiento absolutorio a tenor de la legislación aplicable: el decomiso es una consecuencia accesoria. Decae si se ha descartado lo *principal* a lo que debe seguir (salvo los supuestos excepcionales admitidos en la vigente legislación ajenos a la situación ahora examinada). Esa incongruencia es en cierta medida manifestación del error en el planteamiento de fondo que subyace tras la argumentación de la sentencia.

SEGUNDO.- La Audiencia se autoatribuye una capacidad de acotar las fronteras entre lo punible y lo no punible que, sobrepasando lo que es la legítima, obligada e inevitable interpretación de la norma, se adentra en decisiones cuasinormativas, despenalizando judicialmente lo que una voluntad inequívoca del legislador quiere mantener en el ámbito de lo punible.

La función de un Tribunal de Justicia es aplicar la legalidad vigente. Eso no nos retrotrae a superadas épocas en que se concebía al juez como la *bouche qui prononce les paroles de la loi*, es decir, *des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni le rigueur*; como si la ley contuviese siempre un mensaje nítido que convierte al juez según esa clásica formulación, casi en un autómatas. El ordenamiento jurídico presenta una *textura abierta* en feliz expresión de uno de los más conocidos teóricos del derecho del siglo veinte. La interpretación de una norma legal encierra 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 escapa a esta Sala el debate social y también político sobre la cuestión implicada tras asuntos similares al que ahora 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 las estrategias prohibicionistas. Menos todavía es función suya la adopción de decisiones que corresponden a 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* (a cuyo consumo según solventes estudios, se anuda el despertar de muchas enfermedades psiquiátricas que hubiesen podido permanecer larvadas), se arguye que podría arrojar en conjunto más réditos que perjuicios una política de mayor tolerancia acompañada de rigurosos controles y reglamentación, huyendo del prohibicionismo absoluto.

Ese debate no puede ser solipsista ni dar las espaldas a una política criminal más global. En esta materia esa política es predominantemente supranacional. No descansa en exclusiva en los parlamentos nacionales; de manera singular en el ámbito de la Unión Europea. No puede España sustraerse a movimientos normativos internacionales en los que está inmersa y de los que ella misma es agente y parte (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, se puede evocar 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).

Los tribunales de justicia no constituyen escenario adecuado para ese debate. Están 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 expresión de algún comentarista, pero siempre respetando con fidelidad lo que se presenta como voluntad clara e inequívoca de la ley; sin traicionarla haciéndola decir lo que no dice; o ignorando lo que dice.

De nuestro marco legal vigente es de donde han de extraerse la respuesta al supuesto que se nos somete a consideración.



TERCERO.- En apoyo de los argumentos de la sentencia los recurrentes aducen que la asociación había solicitado su inscripción, tenía un ámbito limitado de acopio de droga (la equivalente a la demanda de los socios) y buscaba así combatir el *mercado negro* de la droga.

Ese aparentemente bienintencionado objetivo, sin embargo, solo puede conseguirse mediante una intervención de los poderes públicos con respaldo normativo; nunca a través de iniciativas particulares *illegales*. Los acusados con esa actuación se constituyen en parte de ese *mercado negro* del cannabis en la medida en que no son legalmente posibles controles sanitarios o de calidad, ni una fiscalización o regulación de precios, etc... Si el mercado negro consiste en la distribución clandestina de bienes y productos violando las prohibiciones legales, esa asociación se mueve en el mercado negro. El argumento expuesto encierra un sofisma: nadie puede auto excluirse por mero voluntarismo del *mercado negro* endosando esa etiqueta al resto de proveedores de droga . Es tan inasumible como si quien se dedica a traer haschís desde tierras norteafricanas pretendiese convencernos de que su actividad tiene como finalidad reducir las importaciones *clandestinas* y el *mercado negro e ilícito de la marihuana*. No existe un mercado legal o regulado de esa sustancia: tanto el legislador nacional como el supranacional la considera dañina para la salud y han optado por una política criminal penalizadora. Existen otras políticas posibles, desde luego. Pero no son los Tribunales los llamados a decidir sobre ellas.

CUARTO.- Las diferencias con los casos analizados en otros precedentes de esta Sala y en particular con el contemplado en la reseñada STS 484/2015 , estriban en que **i)** se desconoce la forma en que se provee el colectivo de la sustancia -no consta, según el *factum*, que sea un cultivo promovido por ellos-; **ii)** se establece oficialmente el compromiso, aunque no taxativo (" *inicialmente*") de consumir en el local lo que también era nota predicable de alguno de los antecedentes jurisprudenciales mencionados; **iii)** la, al menos provisional, oficiosidad administrativa de la asociación que no había sido aún inscrita aunque contaba con licencia municipal amparada en una normativa de ese nivel local; y **iv)** el número mucho más abultado de *socios* (se supera el listón de dos millares).

Esos elementos diferenciales son irrelevantes, por lo que hay que reiterar la doctrina sentada en esos aludidos precedentes jurisprudenciales.

a) Que no se haya averiguado el origen concreto de la sustancia incrementa el aroma de clandestinidad: solo con cierta opacidad se puede mantener operativa una actividad como la desplegada, inequívocamente contraria a las leyes, aunque se presente con un ropaje de aparente normalidad disimulando o encubriendo una de sus acciones principales: ser intermediarios -que exista o no ánimo de lucro es indiferente- entre quien produce la droga y el consumidor. No basta la retórica protesta estatutaria de no querer incurrir en delito. Ese propósito se alcanza si no se realizan actividades delictivas. Y esta lo es.

b) El número de socios es tan alto que por más que se intente minimizar la cifra esgrimiendo bajas no reflejadas (lo que no deja de ser signo también de cierto *descontrol*) no permite buscar abrigo en la doctrina del consumo compartido. Es imposible establecer unos lazos de mínimo conocimiento de esos dos millares de personas; como no es tampoco imaginable un elemental rigor en la comprobación de que las personas que se inscribían como socios eran ya consumidores. Acreditar la identidad y la edad sería suficiente. No es nada dificultoso conseguir un avalista o atribuirse la condición de consumidor.

Incluso en los ordenamientos que han abierto la senda de una despenalización controlada y mitigada se establecen unos requisitos más rigurosos, repudiándose una asociación de esas características con un número tan alto e incontrolable de integrantes. Luego citaremos algunos ejemplos.

La sentencia del Pleno de esta Sala 484/2015 , inspiradora en buena parte de la presente, venía acompañada de algunos votos particulares. Pues bien, ninguno de los magistrados componentes de la Sala, ni los que conformaron la mayoría, ni los que tuvieron a bien exteriorizar sus discrepancias con la solución o con algunos de los argumentos, cuestionaban la tipicidad de la conducta allí analizada y eran solo 290 los socios. Alguno de los votos particulares no consideraba viable la condena por razones procesales (conversión de una sentencia absolutoria en condenatoria) o por entender que estábamos ante un error invencible (lo que afectaba a la segunda sentencia; no a la de casación), e invocando en último término una causa suprallegal de no exigibilidad. Pero se hacía expresa protesta del indubitado encaje legal de los hechos en el art. 368 CP (vid igualmente el voto particular que acompaña a la STS 596/2015, de 5 de octubre). Otros consideraban que, siendo típica la conducta, deberían haberse proporcionado algunos parámetros para fijar dónde acaba el consumo compartido despenalizado, y dónde empieza la conducta típicamente antijurídica en el caso de asociaciones cannábicas. Entre las pautas que se fijaban se señalaba como ineludible un limitado número de asociados, teniéndose por tal el que no rebasase en ningún caso la treintena. Dista un buen trecho hasta los dos millares de que habla la sentencia. Nada que ver esa ponderada medida con el volumen de socios que maneja la asociación que ahora enjuiciamos.



c) Por fin, que formalmente se asumiese la obligación de consumir la droga en el local no añade nada significativo. También en el caso examinado en la citada STS 484/2015 como aquí, no se declaraba probado que la droga intervenida en el exterior del local social procediese de la asociación. Y se apostillaba expresamente que ese elemento era prescindible para afirmar la tipicidad, en aseveración no cuestionada en ninguna de las opiniones discrepantes y que además se reitera en la STS 596/2015. La antijuricidad o no de la conducta no puede bascular sobre ese dato. Quedaría la salud pública supeditada a un requisito formal: sería delito si se consiente, aunque sea esporádicamente, consumir la sustancia fuera del local; y no lo sería si se consume en el local. ¿Qué diferencia desde la perspectiva del bien jurídico hay entre ambos supuestos para que solo el primero sea merecedor de una pena privativa de libertad?

Repasemos algunos de los argumentos del precedente - STS 484/2015 - reiteradamente invocado.

QUINTO.- Conviene en primer lugar resaltar que la presencia o no de afán de enriquecimiento personal es, en principio, dato intrascendente. Estamos ante un delito de riesgo que protege la salud pública. Una asociación dedicada a distribuir de manera gratuita y altruista drogas, incluso si se limita a repartirla entre quienes, siendo usuarios, demostrasen penuria de medios económicos, **favorece** el consumo ilegal de sustancias estupefacientes (art. 368 CP). Para el bien jurídico "salud pública" es indiferente 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 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 ganancias concibiéndola como negocio. Las motivaciones egoístas o lucrativas pueden despertar más antipatía o mayor reproche; pero en relación estricta al bien jurídico son rigurosamente neutras. El objeto de protección no es el patrimonio o la capacidad económica del consumidor de estupefacientes.

La presencia de ánimo de lucro solo tendrá relevancia indirectamente, 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 rebasa el 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, sería más exacto, como se ha propuesto 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.

SEXTO. - La pieza central del discurso argumental ha de ser el art. 368 CP, aunque no en exclusividad: 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.

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 incluido en el listado de 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 es instrumento básico 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 en la actualidad no afecta a lo que es determinante para la cuestión aquí estudiada.

A los efectos que nos 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 del transcrito precepto una interpretación a tenor de la cual una actividad consistente en la distribución periódica de cannabis a los miembros de una asociación en número superior a dos mil personas 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 denodados esfuerzos dogmáticos 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 *exclusivo consumo personal*. Si quisiéramos apartarnos de la interpretación tradicional y más clásica del *consumo o cultivo compartidos* como conductas impunes hasta esos extremos 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 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 a 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 muy severas refrendadas por algún pronunciamiento no lejano de la Corte Suprema de tal nación. 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, asunto 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.

El necesario abordaje global que se ha mencionado justifica hacerse eco muy someramente de algunas otras tendencias en el **derecho comparado**. No se desconoce la despenalización del comercio de cannabis en algunos países.



En Uruguay la 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; esta limitación contrasta con la amplitud del supuesto origen de este asunto. Se pueden 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-. También en ese punto es significativo el contraste que resulta de una comparación con lo que relata el hecho probado de la sentencia ahora fiscalizada.

Cuatro Estados de USA -Colorado, Washington, Oregón y Alaska- han legalizado el uso recreativo de la marihuana. Otros veinte lo habían hecho, desde 1996, para exclusivo uso medicinal. Las normas coinciden en fijar un límite a la cantidad de sustancia que puede ser cultivada, vendida o transportada legalmente. 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.

También en esos ordenamientos en que se ha procedido a una parcial liberalización, hechos como los aquí analizados serían objeto de persecución penal.

SÉPTIMO.- En la esfera de la **normativa administrativa** cumplidamente expuesta y glosada en el recurso del Fiscal, 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.

A **nivel autonómico y local** el cuadro normativo se ha enriquecido en términos no siempre armonizables, al menos en apariencia, con la legislación estatal.

La Ley Foral Navarra 24/2014, de 2 de diciembre, reguladora de los colectivos de usuarios de cannabis de Navarra está suspendida en virtud de resolución de fecha 14 de abril de 2015 del Pleno del Tribunal Constitucional (asunto 1534-2015) luego ratificada por Auto del mismo Tribunal de 7 de octubre siguiente en el que podemos leer:

" En suma, una vez acreditada la existencia de una relación causal entre la vigencia de la Ley impugnada, que regula las actividades de unas asociaciones constituidas en torno a la práctica del consumo de cannabis, y la posible realización en el marco de sus previsiones, de conductas que podrían ser subsumibles en el tipo penal contemplado en el art. 368 CP , este Tribunal debe concluir que la vigencia de la Ley autonómica tendría un impacto claramente negativo no solo en la seguridad y salud públicas, sino también en la seguridad jurídica, al permitir que se crearan situaciones de hecho que dificultarían gravemente la restauración de la legalidad penal si las conductas contempladas por la Ley fueran después calificadas como infracciones penales, produciendo con ello perjuicios importantes e irreversibles o difícilmente reversibles en los intereses públicos.

Ante la señalada relación directa no puede prevalecer la presunción de validez propia de las leyes emanadas de una asamblea legislativademocráticamente elegida. Por ello, nuestra decisión debe consistir en mantener la suspensión de la norma controvertida en su totalidad".

La Resolución SLT/32/2015, de 15 de enero, del Departamento de Salud de la Generalitat de Cataluña, por la que se aprueban criterios en materia de salud pública para orientar a las asociaciones cannábicas y sus



clubes sociales y las condiciones del ejercicio de su actividad para los ayuntamientos de tal comunidad, o una Ordenanza municipal del Ayuntamiento de San Sebastián aprobada en el Pleno celebrado el 30 de octubre de 2014 constituyen otras referencias normativas en un plano inferior.

OCTAVO.- Retornemos 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 facilitararlo. 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 ingesto 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 último 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 ingesto 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 " .

El art. 368 CP no sanciona el consumo, pero sí toda actividad que lo promueve. 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 o aprovisionamiento serán atípicos cuando no se detecte *alteridad* presupuesto de la intervención penal: facilitar o favorecer el consumo *de otros*. Son contrarios a la legalidad, pero carecen de relieve penal.

NOVENO.- La desmesurada extensión, antes aludida, de 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* entre los integrantes del colectivo que siempre ha de ser reducido (singularmente, encargarse de la adquisición de la sustancia).

Si particularizamos los requisitos reiterados por este Tribunal para aplicar esta doctrina, las posibilidades de ser proyectada a iniciativas asociativas como la ahora analizada son muy escasas; nulas.

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

Contamos con un primer precedente jurisprudencial ya aludido 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.

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

Repasemos las directrices de esa doctrina de la mano de la STS 360/2015, de 10 de junio :

"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".

DÉCIMO.- Retomemos el 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 usuarios habituales de la sustancia, y demás circunstancias que rodean esa actividad desbordan no solo los términos más literales en que se desarrolla esa doctrina sino sobre todo su filosofía inspiradora.

Hay un salto cualitativo y no meramente cuantitativo, 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 metódica de una estructura institucionalizada, con vocación de permanencia y abierta a la integración casi indiscriminada, sucesiva y escalonada de un número no limitado de personas hasta superar los dos mil. Esto -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 planificada, preconcebida y diseñada para ponerse al servicio de un grupo que no puede considerarse "reducido" y que permanece abierto a nuevas incorporaciones ilimitadas.

Se hace inadmisibles considerar que no es favorecimiento del consumo la apertura de esa modalidad de asociación a un número indiscriminado de socios.



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

Admitir la atipicidad propugnada por la sentencia de instancia llevaría inmediatamente, salvo complicados razonamientos, a respaldar asociaciones semejantes en relación a las denominadas drogas *duras*. Cientos de consumidores de cocaína o de sustancias psicotrópicas, coordinados para el cultivo de cocaína o para proveerse de esas sustancias y distribuirlas organizadamente sería actividad tolerada. No es difícil comprender que esa conducta está prohibida penalmente por decisión consciente y expresa de nuestro legislador.

UNDÉCIMO.- Como ya se dijo en la STS 484/2015 estas consideraciones no obstan 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. La atipicidad o irrelevancia penal de una conducta y su licitud desde el punto de vista de la globalidad del ordenamiento jurídico no son equivalentes. 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.

Como se decía en la STS 484/2015, 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 traspasará 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.

Evaluar cuándo la filosofía que inspira la atipicidad de la "compra compartida" puede proyectarse a supuestos de cultivo o acopio 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 o factores que iluminan a la hora de decidir en cada supuesto y que son orientadores; pero no es tarea de la jurisprudencia (como sí lo sería de una hipotética legislación administrativa de tolerancia) elaborar 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, aún 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 favorecen la apreciación de la atipicidad el reducido número de personas que se agrupan informalmente con esa finalidad; el carácter cerrado del círculo; el consumo ordinariamente en recinto cerrado; de la intensidad de los vínculos y relaciones que permiten conocerse entre sí y tanto constatar los respectivos hábitos de consumo; como adquirir la certeza más allá del mero compromiso formal exteriorizado, de que el producto se destina en exclusiva a ese consumo individual de quienes se han agrupado;

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, informal y sin pretensión alguna de convertirse en estructura estable abierta a terceros. Algunas orientaciones al respecto pueden ofrecerse, 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 consumo; 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, es ilícita-, ayudarán a afirmar esa atipicidad por asimilación al cultivo al servicio exclusivo del propio consumo.

En el supuesto ahora analizado un núcleo de personas organiza y dirige la estructura asociativa. Disponen y preparan toda la intendencia, abastecimiento, distribución, control, ... y ponen tal estructura al servicio de un grupo amplísimo 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 penalmente no tolerada.

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.

En conclusión, yerra la Audiencia al considerar esta conducta irrelevante desde el punto de vista penal: es una actuación típica antijurídica y merecedora de reproche penal, salvo que concurra alguna causa de inculpabilidad.

La sentencia ha de ser casada.

UNDÉCIMO.- 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 sentenciarecurrida, 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 en sus conclusiones definitivas (folio 50 del rollo de Sala) 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.

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. 849.1º 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 (conurrencia 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.

Afectando de manera decisiva ese punto también al supuesto delito de asociación ilícita que era objeto del segundo motivo, ha de quedar sin resolver a expensas de lo que decida al respecto el Tribunal *a quo*.

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

III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido:

1.- DECLARAR HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por **el MINISTERIO FISCAL** contra la Sentencia de fecha 19 de octubre de 2015 dictado por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona que absolvió a Domingo , Jaime y Romualdo de los delitos contra la salud pública en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud del art. 368 CP , y asociación ilícita de los arts. 515.1 y 517.1 CP **por estimación del primer motivo de su recurso y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicha Audiencia**

2.- DECLARAR de oficio las costas ocasionadas en este recurso.

3.- Devolver la causa a la Audiencia para que conforme a lo razonado en el penúltimo fundamento de derecho dicte nueva sentencia las cuestiones que quedan pendientes y entre ellas el error de prohibición alegado.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso.

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.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Cándido Conde Pumpido Tourón Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García

Andrés Palomo Del Arco Ana María Ferrer García

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA LA MAGISTRADA D^a. Ana María Ferrer García:

Quiero manifestar mi discrepancia con el parecer expuesto en la sentencia mayoritaria, pues considero que el primer motivo del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal debería haber sido desestimado.

Parto del respeto al criterio fijado por la Sentencia del Pleno, STS 484/2015 de 7 de Septiembre , que, por un elemental criterio de coherencia y seguridad jurídica, ha de ser seguido como doctrina de esta Sala, siempre que coincidan los elementos fácticos que justificaron tal decisión, incluso en relación a aquellos extremos respecto a los que mostré mi discrepancia al suscribir dos de los votos particulares que la completaron.

Como ha señalado recientemente la STS 563/2016 de 27 de junio , esta Sala es el " *último intérprete de la legalidad penal ordinaria, facilitando al sistema jurídico la efectividad de los principios de igualdad ante la Ley y de seguridad jurídica, evitando toda inseguridad jurídica y eliminando asimismo una litigiosidad artificial que sería, a nodudar, la consecuencia de no tener criterios fijos a la hora de determinar el sentido y contenido de la norma jurídica, lo que por otra parte, no quiere decir que se apueste por una jurisprudencia fosilizada. Obviamente son posibles los cambios de jurisprudencia, pero siempre que aparezcan debidamente justificados y razonados.* "

En este caso existe un dato diferencial de suficiente entidad para justificar una decisión diferente a la que adoptó la sentencia del Pleno, sin que ello suponga quebrantar el deber de lealtad y coherencia que nos incumbe como miembros de esta Sala. En concreto en el supuesto que sirvió de soporte a la STS 484/2015 de 7 de Septiembre , el de la Asociación EBERS de Bilbao, cada socio estaba facultado para retirar para su consumo particular, extramuros de los locales asociativos, la cantidad de sustancia que sirviera de acopio para seis meses, sobre un patrón de consumo de 2 gramos/día.

En nuestro recurso, el Ministerio Fiscal planteó su primer motivo de casación por cauce del artículo 849 LECrim , lo que impone el respeto al relato de hechos probados de la sentencia recurrida. Según el mismo " *la Asociación*



Cultural Línea Verde BCN " permitía a cada socio la retirada de hasta 5 gramos diarios de marihuana para un consumo " *dentro del propio local* " , lo que introduce una perspectiva diferente. Diseña un sistema organizativo en el que la ingesta se produce dentro del recinto asociativo, por lo que entiendo que ya no cabe hablar de un riesgo de difusión del consumo a personas ajenas a la asociación.

Se describe una estructura de funcionamiento que no está abierta a un público indiscriminado, sino de acceso restringido a los socios, todos mayores de 21 años y que se habrían presentado como consumidores de marihuana, a quienes se suministra para el consumo en el local asociativo una cantidad de sustancia, sufragada con sus aportaciones, con un patrón que no sobrepasa el que viene considerándose como normal.

Se proclama una organización que, dentro de la atipicidad de la tenencia para el autoconsumo, articula unas posibilidades de consumo que excluyan la difusión de drogas a terceras personas.

Generalmente la jurisprudencia de esta Sala ha considerado el delito contra la salud pública como un delito de riesgo abstracto, que se encuentra presente en la acción, aun cuando no estén identificados los posible afectados. Si bien, como matizaba la STS 29 de mayo de 1993 (recurso 1471/1991) "*peligro abstracto sólo quiere decir que en el momento de la consumación anticipada... no están concretados o determinados los sujetos portadores del bien jurídico tutelado, cuya salud va a ser puesta en peligro o afectada por el agotamiento de la acción. Pero lo que sí es preciso es que tal peligro, como riesgo de futura lesión de aquel bien jurídico, se encuentre realmente presente en la acción*".

El tráfico de drogas es, pues, un delito de peligro abstracto, en el que se adelantan las barreras de protección con la consumación anticipada, pero eso no autoriza a prescindir de la potencialidad del daño individual y de su prueba. Referencia sin la que no podríamos distinguir entre sustancias que causan grave daño a la salud y otras que causan menor daño.

Cualquier análisis acerca de lo que debemos entender como salud individual y su protección nos conecta con la relevancia del consentimiento, hasta concluir que la salud individual no puede protegerse penalmente contra la voluntad libremente formada de su titular, por lo que las autolesiones resultan impunes. Sobre esta idea afirmamos la atipicidad del autoconsumo o consumo propio de drogas, que, aun cuando pueda perjudicar a la salud individual, no afecta a la pública en la medida que no implique riesgo de difusión entre otros sujetos. Y esta idea nos permite acotar el alcance del artículo 368 CP cuando habla de "consumo ilegal".

No es que el autoconsumo atípico sea legal, pues la legalidad no se identifica exclusivamente con la penal sino también con la administrativa, y de acuerdo con la misma, como puso de relieve la sentencia del Pleno con reproducción de lo dicho al respecto en la STS 670/1994, de 17 de marzo , será ilegal "*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*".

A lo que se refiere el artículo 368 CP es al consumo "ilegal" pero ajeno o de un tercero, pues el "ilegal" pero propio, no pone en peligro la salud pública y queda fuera del ámbito de protección de la norma. Los contornos de la libertad individual no se desdibujan por el hecho de que sean varios los sujetos concernidos, de tal manera que en relación al bien jurídico protegido por el artículo 368 CP , considerar el autoconsumo de varios atípico es consecuencia obligada de la atipicidad del autoconsumo de cada uno. No habrá peligro para la salud pública ni tipicidad, cuando la droga esté destinada a un solo y concreto individuo o a varios determinados que han contribuido a su adquisición, siempre que la cantidad se adecue al consumo de que se trate, y pueda descartarse el riesgo de difusión a terceros.

Generalmente las asociaciones del tipo de la que ahora nos ocupa, conocidas como Clubs de Cannabis, abarcan en su funcionamiento el cultivo de la sustancia que posteriormente distribuyen entre sus socios.

En este caso no cabe hablar de cultivo, pues la sentencia recurrida declaró probado que la Asociación Cultural Línea Verde BCN obtenía la marihuana de ignorados proveedores, por lo que el análisis debe centrarse en dilucidar si su adquisición y el almacenamiento en sus dependencias son actos típicos y si su posterior distribución es un acto de favorecimiento punible.

Lo relevante desde la óptica del bien jurídico es si la distribución de esa sustancia adquirida para el consumo conjunto de los socios, se realizaba en condiciones que permitieran asegurar razonablemente que la marihuana no se iba a difundir fuera del colectivo que ellos formaban. Y el riesgo que esto último podía implicar quedó neutralizado porque el consumo que facilitaba la asociación debía realizarse en los locales de la misma, a los que accedían solo los socios. Y este es el punto que sustenta la diferencia del supuesto que ahora analizamos con el de la Sociedad EBERS de Bilbao. Allí los socios podían sacar la sustancia para consumirla fuera de sus locales. En ese momento surge ya un riesgo de difusión a terceros, que si bien es mínimo y prácticamente irrelevante en los casos en que cada uno de los sujetos dispusiera de la cantidad fijada como patrón básico



de consumo (2 gramos/día), se incrementa exponencialmente ante la posibilidad de que hicieran acopio para varios días, hasta un total de 180.

Según se desprende del relato de hechos probados de la sentencia ahora recurrida, la Asociación Cultural Línea Verde BCN no funcionaba igual. En su caso el consumo había de hacerse en los locales de la propia asociación. Es cierto que aquél emplea una fórmula algo imprecisa al decir " *si bien inicialmente el consumo era dentro del propio local* ", lo que puede inducir a pensar que después se optó por otro sistema. Sin embargo hemos de descartar esta hipótesis, pues no solo no dice que así ocurriera, sino que el apartado relativo a la valoración de la prueba que se practicó en el acto del juicio avala esa conclusión. La Sala sentenciadora explicó que todos los acusados afirmaron " *su cargo en la asociación y que incluso tenía autorización del Ayuntamiento de Barcelona, que funcionaban como una asociación de consumidores para tener un local donde fumar marihuana, afirmando las reglas de funcionamiento de la asociación que establecían que el consumo debía ser inmediato y en el interior del local, negando se dedicaran a la venta o entrega de papelinas o droga alguna a terceros y afirmando que las sustancias intervenidas eran para su autoconsumo por parte de los asociados a la entidad dentro del local sede de la asociación, y no para sacar la droga fuera del local*" sin que se practicara prueba en contrario, más allá de la testifical de referencia de los agentes que hicieron algunas incautaciones de marihuana, respecto a las que el relato de hechos concluyó " *sin que haya quedado suficientemente acreditado ni la identidad de las mismas, la cantidad que portaba cada una, ni si la habían o no comprado en el local del que salían, siendo que si eran socios de la asociación*".

En conclusión, tratándose de un consumo en las propias dependencias de la asociación, por parte de los distintos socios, quienes sufragan con sus propias aportaciones la sustancia a la que acceden, no se aprecia riesgo de que pudiera verse afectada la salud de terceros ajenos, ni en consecuencia lesionado el bien jurídico que protege el artículo 368 CP , lo que nos proyecta un supuesto de autoconsumo conjunto atípico.

Es cierto que el número de socios, en el que no consta se anotaran las bajas, supera con creces ese núcleo reducido de consumidores que viene fijándose como presupuesto de aplicación de la doctrina de construcción jurisprudencial sobre el consumo compartido. Pero todos ellos, como miembros de la asociación, contribuían a sufragar la sustancia que estaba destinada a su autoconsumo, sin propósito de que el consumo se pudiera extender al de terceras personas. De esta manera el elemento cuantitativo pierde relevancia cuando podemos excluir un riesgo real y patente de distribución a terceros.

Supuestos como el que analizamos desbordan los contornos de la construcción jurisprudencial sobre el consumo compartido, que considera atípicos supuestos de consumo plural, en que un número reducido y determinado de personas se agrupan para la adquisición y ulterior e inmediato consumo conjunto en un lugar cerrado, de la sustancia estupefaciente sufragada entre todos (entre las más recientes STS 508/2016 de 9 de junio). Sin embargo ello no es óbice para, como alternativa, tratar de fijar criterios que faciliten la adaptación a la misma (en este sentido mi apoyo al voto particular formulado a la Sentencia 484/2015 que así lo demandaba). Sobre todo ante la relevancia social de la cuestión, que pretende trazar vías hacia un consumo controlado y responsable de cannabis en sus distintas variedades, entre socios mayores de edad y en pleno uso de sus facultades de autodeterminación y gobierno, aptos, en consecuencia, para decidir respecto a su propia salud. Pues como se decía en el citado voto particular, cuando de asuntos de interés general se trata, y este lo es, compete a esta Sala de Casación hacer evolucionar el derecho para adaptarlo a la realidad social, sin desviarnos del rumbo que marca la seguridad jurídica.

Ana María Ferrer García.

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Antonio del Moral García, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.