

Roj: STS 3014/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3014

Id Cendoj: 28079120012016100559

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 1598/2015

Nº de Resolución: 563/2016

Procedimiento: RECURSO CASACIÓN

Ponente: JOAQUIN GIMENEZ GARCIA

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Junio de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por Infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por el **Ministerio Fiscal** contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección V, por delito contra la salud pública, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la Votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia; siendo parte recurrida Jesús María y Alexis , representados por la Procuradora Sra. Outeiriño Lago.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 13 de Barcelona, incoó Diligencias Previas nº 2524/2012, seguido por delito contra la salud pública, contra **Jesús María y Alexis** , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección V, que con fecha 5 de Mayo de 2015 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

" **ÚNICO.-** *Ha resultado probado y así se declara que el día 4 de noviembre de 2011 los acusados Jesús María y Alexis , ambos mayores de edad, constituyeron la asociación denominada "María de Gracia Club", fundándola con otras personas, fijando su sede en la calle Jesús nº 18 de la ciudad de Barcelona, ostentando el cargo de Presidente Alexis y como Vocal de la Junta directiva el acusado Jesús María . En los Estatutos de la expresada asociación se establecían que sus fines eran la creación de un centro de reunión de gente consumidora de cáñamo o tabaco, investigación genética, el establecimiento de un club de fumadores, creación de espacios para fumadores, entre otras, y la difusión cultural, informar a los socios y la sociedad de las cuestiones relativas al cáñamo, declarando expresamente que no constituía el objetivo de la asociación el fomento ni la difusión de sustancia alguna. En el apartado 3 del artículo 4 de los expresados Estatutos se consigna literalmente: "3 En estos espacios, debidamente registrados, y con obtención de las oportunas licencias municipales, se llevará a cabo, adoptando las medidas de seguridad necesarias, por profesionales altamente cualificados en biología y agronomía, y por expertas contratadas, y con total control y transparencia, y en plena colaboración con las Autoridades, el cultivo, distribución entre las socias, y consumo por éstas con fines lúdicos o medicinales o de cualquier otra índole, de plantas medicinales, especialmente de la planta Cannabis Sativa L y sus preparados o derivados, provenientes de los cultivos colectivos de la Asociación". A la vista del contenido de tales Estatutos, en fecha 22 de marzo de 2012, la Dirección General del Dret i D'Entitats Jurídiques dispuso la inscripción de la referida entidad en el Registro de Asociaciones de la Generalitat de Catalunya, con el previo informe, que no resultaba desfavorable de la Fiscalía Provincial de Barcelona de fecha 1 de febrero de 2012. Desde su fundación, en su sede social, entre otras actividades, se hacía entrega, a quienes acreditaban ser socios de la misma, de pequeñas cantidades de marihuana y/o hachís para ser consumidas en las propias dependencias de dicha social, ya fuera con fines terapéuticos o lúdicos. Para ser socio de la repetida asociación, los responsables de la asociación exigían que las personas interesadas en serlo fueran presentadas por otro socio como consumidores habituales de las expresadas sustancias, obligarse a cumplir con los Estatutos y reglas de la entidad, y efectuar una módica aportación dineraria inicial, y además otras cantidades dinerarias en función del consumo que fueran efectuando en el local social, sumas que iban destinadas a sostener económicamente la actividad de la asociación, sin que*

se haya probado que ni la asociación, ni ninguno de los socios, ni directivos/socios de la misma, hubieran obtenido lucro alguno. Los socios se hallaban inscritos como tales, así como las ocasiones que acudían a la sede social para consumir las expresadas sustancias. En el mes de febrero de 2012 el número de asociados era de aproximadamente 400 socios. En fecha 20 de febrero de 2012, sobre las 21:17 horas, a la salida de la sede social se ocupó a Sagi Manan marihuana, y a las 19:45 horas del mismo día en la Plaza Rius i Taulet se le ocupó marihuana a Manuel , después de que éstos hubieran salido de la referida sede social, sin que se encuentre probado el peso neto de las expresadas sustancias, ni que les hubieran sido entregadas por responsables o socios de la repetida asociación, sin que por otro lado se halle probado que los expresados no fueran socios de la misma. En fecha 21 de febrero de 2012, a las 21:15 horas se ocupó en poder del socio de la Asociación, Teodulfo , en las inmediaciones de la sede de la asociación, c/ Pere Serafi nº 21 una bolsita con sustancia marihuana, que era un resto de la sustancia que había consumido en el interior de la sede social, sin que se halle probado el peso neto de la sustancia. En fecha 28 de febrero de 2012, a las 16:50 horas se ocupó en poder de la socia de la Asociación, María Teresa , en las inmediaciones de la sede de la asociación, Pº de Gracia nº 10 tres bolsitas con sustancia marihuana, que le había sido entregada en el interior de la sede social, sin que se encuentre probado el peso neto de la sustancia. En fecha 28 de febrero de 2012, a las 19:30 horas se ocupó en poder del socio de la Asociación, Cipriano , en las inmediaciones de la sede de la asociación, Pº de Gracia nº 112 dos bolsitas con sustancia marihuana, que le había sido entregada en el interior de la sede social, sin que se encuentre probado el peso neto de la sustancia. Y fecha 2 de marzo de 2012, a las 18:00 horas se ocupó en poder del socio de la Asociación, Justo , en las inmediaciones de la sede de la asociación, Dr Rizal nº 6 dos bolsitas con sustancia marihuana, que le había sido entregada en el interior de la sede social, sin que se encuentre probado el peso neto de la sustancia. El día 17 de mayo de 2012, se llevó a cabo diligencia judicial de entrada y registro en el local de constante referencia sito en la calle Jesús nº 18, de la ciudad de Barcelona, en la que se hallaba presente el acusado Jesús María . En dicha actuación se produjo el hallazgo de: - una caja de caudales conteniendo 457,6.-E; - una balanza de precisión, destinada al pesaje de las sustancias que se entregaban a los socios. - libros registros de socios; y - bolsas con las siguientes sustancias: - 29 bolsitas conteniendo 43,6 grs de marihuana con THC del 11,4%. - 33 bolsitas conteniendo 57,4 grs de marihuana con THC del 15,4%. - 29 bolsitas conteniendo 40,1 grs de marihuana con THC del 24%. - 32 dosis conteniendo 55,6 grs de haschis con THC del 14,2%. - 24 bolsitas conteniendo 34,9 grs de marihuana con THC del 11,5%. - 29 bolsitas conteniendo 42,5 grs de marihuana con THC del 10,2%. - 22 bolsitas conteniendo 38,3 grs de marihuana con THC del 11%. - 58 bolsitas conteniendo 97,8 grs de marihuana con THC del 9,6%. - 1 bol conteniendo 194,7 gramos de marihuana con THC del 12,4%. - 1 bolsita conteniendo 186,9 grs de marihuana con THC del 12,9%. - 1 bolsita conteniendo 136,7 grs de marihuana con THC del 14,5%. - 1 bolsita conteniendo 245,9 grs de marihuana con THC del 9,4%. - 1 bolsita conteniendo 74,8 grs de marihuana con THC del 9,6%. - 1 bolsita conteniendo 136,5 grs de marihuana con THC del 12,6%. - 1 bolsita conteniendo 104,6 grs de marihuana con THC del 12,5%. - 19 piezas conteniendo 187,3 grs de haschís con THC del 14,5%. - 1 boca conteniendo 52,5 grs de haschís con THC del 25%. - 1 bolsa conteniendo 96 grs de marihuana con THC del 9,1%. - 4 bolsitas conteniendo 5,8 grs de marihuana con THC del 8,9%; y - 40 bolsitas conteniendo 63,1 grs de marihuana con THC del 10,3%. En el mismo registro se ocuparon en poder de los socios que se encontraban allí Borja , Eulogio , Jaime y Norberto , respectivamente, las siguientes sustancias: - 2 bolsitas conteniendo 3,3 grs de marihuana con THC del 9,5%. - 1 bolsita conteniendo 0,6 grs de haschís con THC del 25%. - 2 bolsitas con restos de haschís y marihuana. - 2 bolsitas conteniendo 1,3 grs de haschís con THC del 25%, y 1,7 grs de marihuana con THC del 14,4%. No se considera probado que, con el desarrollo de la actividad de la Asociación "María de Gracia Club", en los términos expresados, se haya creado riesgo para la salud de los socios de la asociación, ni de terceros ajenos a la asociación, ni peligro de difusión a terceros de las sustancias mencionadas que tenía la asociación a disposición de los socios para ser consumida en su sede social". (sic)

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

"FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos a Jesús María y a Alexis de toda responsabilidad criminal por los hechos por los que se ha seguido la causa contra ellos, con declaración de las costas del procedimiento de oficio. Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de casación dentro del plazo de cinco días". (sic)

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 su recurso alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO: Por Infracción de Ley, al amparo del nº 1 del art. 849 LECriminal .

SEGUNDO: Por Infracción de Ley, al amparo del nº 1 del art. 849 LECriminal .

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.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 12 de Mayo de 2016.

Séptimo.- Teniendo en cuenta la complejidad del tema, con fecha 27 de Mayo de 2016 se dictó auto de prórroga del término para dictar sentencia por treinta días hábiles.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia de 5 de Mayo de 2015 de la Sección V de la Audiencia Provincial de Barcelona , absolvió a Jesús María y a Alexis de los delitos de que venían siendo acusados.

Los hechos, en síntesis , se refieren a que los absueltos constituyeron la Asociación denominada "*María de Gracia Club*" , ostentando el cargo de Presidente, Alexis y el de Vocal de la Junta, Jesús María .

La expresada Asociación tenía como fines según sus Estatutos la creación de centro de reunión de gente consumidora de cáñamo o tabaco, la investigación genética y el establecimiento de un club de fumadores, así como la difusión cultural informando a los socios de las cuestiones relativas al cáñamo.

Dicha Asociación presentó sus Estatutos en el Registro de Asociaciones de la Generalitat de Catalunya y la Dirección General del Derecho y de Entidades Jurídicas dispuso su inscripción en el Registro el 22 de Marzo de 2012, con el previo informe de la Fiscalía Provincial de Barcelona, de fecha 1 de Febrero de 2012 que no resultaba desfavorable.

En el hecho probado se recoge, en esencia, los requisitos para ser socio, las obligaciones contraídas y la aportación dineraria.

Se cuenta en el hecho probado que los días 20 de Febrero, 21 de Febrero, 28 de Febrero y 2 de Marzo, todos del año 2012 se ocuparon en poder de las personas citadas unas bolsitas de marihuana después de haber salido de la sede de la referida Asociación, habiéndoseles facilitado en la misma tales sustancias, siendo socios de la misma las personas concernidas, a excepción de la ocupación del día 20 de Febrero en que los poseedores no constan que fueran socios ni tampoco que la marihuana les hubiese sido facilitada por socios de la misma.

El día 17 de Mayo se llevó a cabo la diligencia de entrada y registro de la sede de la Asociación citada, encontrándose presente el Presidente de la misma, Jesús María , ocupándose las cantidades de marihuana expresadas en el hecho probado. Asimismo, en el interior de la sede se encontraban los cuatro socios citados en el relato a los que se les ocuparon en su poder las bolsitas que se recogen en el hecho probado de marihuana.

Se concluye el relato probado con la afirmación de que en el desarrollo de la Asociación "*María de Gracia Club*" no se ha creado riesgo para la salud de los socios ni para terceros, no existiendo peligro de difusión de la marihuana, la que la Asociación tenía a disposición de los socios para ser consumida en sede social.

Contra esta sentencia ha formalizado recurso de casación el Ministerio Fiscal que lo desarrolla a través de **dos motivos**. En el **primer motivo** , por la vía del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal , denuncia como indebidamente inaplicable el art. 368-1º del Cpenal .

En el **segundo motivo** , también por igual cauce casacional denuncia como de indebida la inaplicación de los arts. 515-1º y 517- 1º y 2º en relación al delito de asociación ilícita.

Segundo.- Antes de entrar en el estudio del recurso del Ministerio Fiscal, debemos recordar que esta Sala celebró un *Pleno Jurisdiccional* con ocasión del primer recurso que tuvo que resolver en relación a las Asociaciones del cáñamo.

Nos referimos a la *sentencia del Pleno de la Sala 484/2015 de 7 de Septiembre* . Se trataba de una Asociación constituida en Bilbao -- "*Asociación de Estudios y Usuarios del Cáñamo EBERS*" --. En la sentencia dictada en primera instancia por la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección II, se absolvió a los acusados.

Interpuesto recurso de casación contra dicha sentencia por el Ministerio Fiscal, se acordó la celebración de un Pleno Jurisdiccional cuyo resultado fue el de *estimar el recurso del Ministerio Fiscal* en su motivo primero, y anulando la sentencia de instancia, se dictó nueva sentencia en la que *se condenó a los absueltos en la instancia* en los términos fijados en el fallo de la sentencia, que en lo necesario, se da por reproducido, *concurriendo un error vencible de prohibición en todos ellos*.

Asimismo *se les absolvió* del delito de asociación ilícita y de grupo criminal a las tres personas que en la instancia fueron acusadas, además, de este delito.

La sentencia del Pleno de la Sala, *tuvo varios Votos Particulares*, que a su vez fueron concurrentes entre sí, en la medida que abordaban distintas cuestiones.

1- Un primer Voto, sin perjuicio de estimar concurrente en todos los acusados un error invencible de prohibición, que concluía en la absolución de todos los acusados y absueltos en la instancia, consideraba que la Sala debió facilitar unos criterios o requisitos aplicables para las Asociaciones cannabicas.

2- Un segundo Voto Particular, rechazando la tesis absolutoria de la sentencia de instancia que aplicaba la doctrina del consumo compartido, la que no resultaba de aplicación al caso de autos, estimó que concurría *en todos los acusados un error invencible de prohibición* arribando por esta vía a la absolución de los acusados que se consideró por los firmantes de dicho Voto Particular que debía mantenerse.

3- Un tercer Voto coincidía parcialmente con el primero de los Votos en el sentido de que procedía fijar con mayor concreción los requisitos de la atipicidad en esta modalidad de consumo, pero *discrepaba* de la existencia de un error de prohibición invencible que se postulaba en el segundo Voto Particular.

Obviamente, la sentencia del Pleno citada, tiene el valor de sentar el criterio de la Sala --mayoritario-- en relación a la decisión adoptada sobre los directivos de la Asociación EBERS, y por *un elemental deber de coherencia su decisión debe ser mantenida para futuros casos cuando coincidan los elementos fácticos que justificaron la decisión de la Sala*.

Esta Sala Casacional, como tiene dicho en nuestra jurisprudencia 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 no dudar, 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*.

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

A ello debe añadirse que *verificamos en este control casacional* que entre la causa juzgada en el Pleno Jurisdiccional y la presente causa, *existe un dato diferencial que consideramos que tiene la potencialidad suficiente como para justificar una decisión diferente* con lo que la aplicación de la doctrina del Pleno al presente caso *no sería procedente al no ser casos idénticos*, lo que permitiría una discrepancia con la doctrina del Pleno *sin quebrantar el deber de lealtad y de coherencia* con la doctrina del Pleno de la Sala en este tema que, además, tiene una especial relevancia social.

Por ello, ya desde este momento indicamos que el sentido del fallo que va a tener la sentencia *no supone una quiebra de la doctrina de la sentencia del Pleno ni menos un apartamiento injustificado*, sino más limitadamente un pronunciamiento distinto al del Pleno Jurisdiccional justificado por tratarse de un *asunto distinto*.

Tercero.- El **motivo primero** del recurso del Ministerio Fiscal, como ya se ha dicho, denuncia como indebidamente inaplicado el art. 368-1º del Cpenal ya que *no* es de aplicación la doctrina del consumo compartido que esta Sala tiene dicho que es atípico.

La sentencia sometida al presente control casacional hace referencia a ella como argumento para la absolución de los acusados. Basta al respecto la lectura del f.jdco. tercero donde con extensión se hace referencia a tal doctrina y a la absolución que, de ella se deriva.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao que fue casada en la sentencia del Pleno Jurisdiccional ya citada, se efectuaba idéntica argumentación de la doctrina del consumo compartido.

En la argumentación de la sentencia del Pleno Jurisdiccional que condenó a los absueltos con la apreciación del error *vencible* de prohibición, se *rechazó* la aplicación de la doctrina del *consumo compartido*, extremo igualmente aceptado en los Votos Particulares.

Hay que convenir que los Estatutos de una y otra Asociación --la de Bilbao y la de Barcelona-- son *sustancialmente semejantes*, siendo las diferencias que se aprecian de simple matiz. Por citar una, nos referimos a la posibilidad de que el socio puede retirar para su *consumo particular* la cantidad de sustancia para *seis meses en la Asociación EBERS de Bilbao*, en tanto que en la *Asociación María de Gracia Club*, según consta en la solicitud de la persona socia, se concreta dicho acopio *para un mes*.

Son semejantes las obligaciones a que se somete el socio, las sanciones en que puede incurrir.

Retenemos en prueba de lo dicho los fines de una y otra Asociación.

Estatutos de la Asociación María Gracia Club.

Art. 4 Los objetivos de esta Asociación son:

"1. Creación de un centro de reunión de gente consumidora de cáñamo o tabaco o de gente que con responsabilidad asuma los riesgos de la inhalación del humo de los cigarros, que comparte la necesidad de sociabilizar en un entorno único y nutrirse de información, que quieran compartir proyectos y si lo desean acceder bajo estricto control y pautas, al cultivo compartido.

2. Investigación de genéticas. Cultivos propios o asociados. Creación de un banco de semillas lúdicas y terapéuticas que se gestionará por el equipo de investigación de AIRAM. Se estudiará sobre el Cannabis Sativa L. y sus posibles aplicaciones culturales, científicas y terapéuticas, incluyendo la creación de un local para dichos estudios y para el intercambio de experiencias entre los asociados. Estudio e información de las propiedades y efectos de la Cannabis Sativa L sobre el cuerpo humano como alternativa a la medicina convencional. Toda la información recogida de los estudios anteriormente citados, quedarán reflejados en un fondo de documentación e investigación, donde la asociación podrá transferirlos a las redes sociales y medios de comunicación y cederlos a organismos públicos por su contenido de interés, si lo estima oportuno.

3. Crear espacios privados para personas fumadoras, o fumadoras pasivas libres y voluntarias, de uso y acceso exclusivo para socias, locales debidamente identificados con una placa exterior indicando que el acceso se encuentra restringido a personas socias, que deben ser mayores de 21 años edad, consumidoras de dichas plantas y/o que compartan y apoyen los fines y objetivos establecidos en estos estatutos, y comprometiéndose formalmente por escrito a respetar la legalidad vigente y los compromisos adquiridos al firmar el documento de solicitud de admisión de socia y el documento de acceso al club de fumadoras que podrá ser el mismo documento o por separado. En estos espacios, debidamente registrados, y con obtención de las oportunas licencias municipales, se llevará a cabo, adoptando las medidas de seguridad necesarias, por profesionales altamente cualificados en biología y agronomía, y por expertas contratadas, y con total control y transparencia, y en plena colaboración con las Autoridades, el cultivo, distribución entre las socias, y consumo por éstas con fines lúdicos o medicinales o de cualquier otra índole, de plantas medicinales, especialmente de la planta Cannabis Sativa L y sus preparados o derivados, provenientes de los cultivos colectivos de la Asociación. Los cultivos colectivos de la asociación se encontrarán debidamente identificados con carteles y serán de acceso exclusivo a los miembros de la Junta Directiva y personas autorizadas expresamente en cada caso, y con control de accesos, medidas y protocolos de seguridad y control exhaustivos y rigurosos y que serán facilitadas de inmediato a requerimiento judicial, guardando copias de los soportes en los que consten imágenes el tiempo legalmente exigido y se tomarán las medidas de seguridad necesarias para evitar el conocimiento y acceso de personas ajenas a los mismos y a su producto. Los cultivos se crearán y diseñarán en función de los parámetros marcados por un Informe Pericial de Previsión de Cultivo, que deberá ser realizado por parte de Peritos Judiciales Colegiadas, Licenciadas en Ingeniería Agrícola o Biología, y/o en las profesionales cualificadas necesarias, en el que se informará de las necesidades estructurales para organizar el cultivo necesario en función de las necesidades del consumo responsable de las personas asociadas en cada momento. Los cultivos colectivos se crearán en base a la previa necesidad esta, según el Informe Pericial de Previsión de Cultivo, y serán para abastecer única y exclusivamente el consumo responsable de todas las socias inscritas en los cultivos colectivos.

4. Establecer un club de fumadores de uso exclusivo de los socios.

5. Reducir el riesgo para la salud de los socios inherente al mercado ilegal de cannabis mediante la producción de cannabis de calidad y exento de contaminantes, y organizar y promover actividades encaminadas a la prevención de los riesgos asociados a su uso. Llevar a cabo acciones que tiendan a la

disminución del consumo de los socios para que todos ellos alcancen un consumo responsable y no abusivo, contando para ello con profesionales expertos.

6. Promover mediante todo tipo de acciones cívicas y culturales, el debate social sobre la necesidad de una nueva regulación legal del consumo, cultivo y comercio del Cannabis, tanto por razones medicinales y científicas, como el consumo realizado en ejercicio del derecho a la libertad individual, promover la normalización en todos los ámbitos y aspectos, así como hacer valer los derechos constitucionales de los que estos son titulares y denunciar las arbitrariedades, que en su observación pueden cometer las distintas administraciones y poderes públicos o cualquier persona.

Así como también comunicar y apoyar acciones sociales de cualquier índole.

7. La representación y defensa legal de sus afiliados ante la ambigüedad y vacíos legislativos y jurisprudenciales entorno al consumo de sustancias cuyo tráfico está prohibido legalmente.

8. Organizar todo tipo de actividades culturales, de difusión y comunicación relacionadas con la asunción de los fines de esta Asociación.

9. La Asociación se crea como entidad sin ánimo de lucro.

10. La Asociación no pretende promover el consumo de ninguna sustancia, sino al contrario, pretende ser un centro impulsor de acciones encaminadas a la reducción de los riesgos asociados al consumo de la planta de cannabis, siempre con el máximo respeto a la legalidad vigente, y en colaboración con todo tipo de entes tanto públicos como privados.

11. Participar en foros de opinión y fomentar acciones a favor de un cambio para unas políticas en materia de drogas justas y eficaces.

12. 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 Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

13. Poder ofrecer los servicios de la asociación a todos aquellos pacientes que se asocien y que se encuentren diagnosticados de alguna patología o padecimiento para los que se haya demostrado la eficacia terapéutica del Cannabis. Los socios medicinales podrán recibir un trato especial por parte de la Asociación y se tendrá en especial consideración sus especiales necesidades en función de la patología concreta. Aquellos pacientes de otros países que se asocien y tengan licencia para el consumo medicinal de cannabis también disfrutarán de los mismos.

14. Ofrecer a los asociados programas de reducción de riesgos asociados al consumo de cannabis, así como la rehabilitación y reinserción social de personas con problemas de drogadicción.

15. Promover y organizar cualquier tipo de actividad cultural, formativa o educativa acorde con los fines de la asociación.

16. Colaborar con Universidades, Centros de Investigación, comunidad científica, médica y colaborar con Asociaciones de enfermedades crónicas terminales, degenerativas, etc, para las que el uso del cannabis sea paliativo o bien beneficioso. Asimismo, la asociación podrá colaborar y trabajar conjuntamente con otras asociaciones con las que se compartan los mismos objetivos con la finalidad de llevarlos a cabo, creando la figura de "Asociaciones Asociadas", es decir, que todas aquellas asociaciones que compartan los mismos objetivos puedan ser socias entre ellas, con la finalidad de poder optimizar gastos compartiendo los mismos e intercambiándose el excedente con el fin de que ninguna de ellas se vea obligada a recurrir al mercado negro en caso de falta de producto para sus socios, siempre teniendo en cuenta el marco legal vigente y las previsiones de cultivo de cada asociación.

17. Colaborar con medios de comunicación y periodistas y otras instituciones y personas y entidades con intereses afines, para impulsar que la sociedad tenga acceso a información objetiva.

18. Informar a la sociedad del potencial democratizador de las iniciativas legislativas populares (ILP'S) y especialmente de la potencialidad del uso de la Firma Digital para llevar a cabo de forma sencilla recogidas de firmas que sean válidas y autenticadas de forma automática y permita facilitar enormemente la presentación de (ILP'S), reducir los plazos por medio de las nuevas tecnologías y redes sociales, y salvando los principales impedimentos burocráticos que dificultan el uso de esta herramienta útil para la participación activa de las personas en impulsar la creación de normas que acojan sus exigencias legítimas así como conocer los

requisitos legales para presentarlas y que pasen todos los trámites hasta que se produzca una decisión y votación final sobre el asunto.

19. La Asociación en todas sus actividades va a respetar escrupulosamente la legalidad vigente y se registrará por el principio de total transparencia y colaboración con las administraciones públicas y otras entidades privadas. En modo alguno se pretende el fomento o hacer apología del consumo de ninguna sustancia.

La Asociación, para el cumplimiento de sus fines podrá:

Desarrollar actividades económicas de todo tipo, encaminadas a la realización de sus fines y objetivos sin ánimo de lucro y contribuyendo económicamente a las arcas del estado renunciando expresamente a solicitar la exención del IVA y comprometiéndose a aplicar un "IVA Verde" del 18% como ya hacen otras asociaciones a todas las cuotas abonadas por las socias que se declararán y abonarán trimestralmente el Estado como IVA General y solicitando específicamente sean dedicados a Educación, Sanidad y Justicia.

La Asociación podrá recaudar fondos externos para el desarrollo de sus actividades y objetivos.

Adquirir y poseer bienes de todas clases y por cualquier título, así como celebrar actos y contratos de todo género.

Ejercitar toda clase de acciones conforme a las Leyes y a sus Estatutos.

Se establecerá una sala de fumadores de uso exclusivo de los socios".

Consta en el hecho probado que tal Asociación está inscrita en el Registro de Asociaciones de la Generalitat de Catalunya con informe no desfavorable del Ministerio Fiscal .

En relación al procedimiento de admisión de socios, en el art. 23 de los Estatutos se señala que deberán ser mayores de 21 años y tener plena capacidad de obrar, compartir los fines y objetivos de la Asociación, ser consumidores de Cannabis Sativa o de tabaco, y/o haber sido diagnosticados de alguna enfermedad para la cual sea eficaz el uso terapéutico. También podrán ser socios, las personas no usuarias ni consumidoras de tabaco ni de Cannabis Sativa pero que manifiesten expresamente compartir los fines de la Asociación y se declaren fumadoras pasivas voluntarias.

Se señalan las infracciones muy graves en las que pueden incurrir los socios --art. 28 bis-- que se sancionan con la expulsión consignándose como tales:

a) No informar --a la Asociación-- de haber sido sancionado en base a los arts. 25-1º y 27-1º de la L.O. 1/1992 sobre protección ciudadana.

b) No informar de haber sido imputado formalmente del delito tipificado en el art. 368 Cpenal .

c) Ceder su carnet de socio, el cual es personal e intransferible.

d) Condena firme por tráfico de drogas, que en cualquier caso será motivo de expulsión.

e) Incumplir las obligaciones a que se hubiese comprometido en la solicitud de inscripción.

f) Faltar a la verdad en la inscripción de los datos personales.

Igualmente, consta en autos el formulario a rellenar para la solicitud de admisión como socio consumidor en la Asociación .

En dicho formulario, se establece expresamente la obligación de cumplir --además de las normas de régimen interno y de respetar las decisiones de los órganos de gobierno de la Asociación-- con la legislación española, y en tal sentido se consignan literalmente los arts. 19 y 25-1º de la L.O. 1/1992 ; el art. 368 Cpenal , así como el art. 18 de la Constitución .

Expresamente, se consignan en el impreso de admisión los siguientes extremos:

" De lo anterior se desprende, por interpretación lógica, jurídica y literal, que, en caso de que la socia decida sacar del local social todo o parte del material retirado, para cumplir con sus obligaciones adquiridas en el presente escrito, deberá guardarlo siempre en un lugar íntimo, protegido por el art. 18 C.E. y no sacarlo de ese lugar hasta que llegue nuevamente a un espacio privado. La policía no tiene derecho de registrar las partes o lugares íntimos de las personas a no ser que tengan autorización judicial o de la persona concreta. En caso de ser sometida la socia a un registro exhaustivo que afecte a su intimidad y en contra de su voluntad o sin orden judicial, la Policía podría haber cometido delitos castigados con penas de prisión. En este caso la Asociación

proveerá a la asociada de su departamento jurídico para denunciar los hechos si tuvieran trascendencia penal o disciplinaria.

La persona socia se compromete y responsabiliza a dedicar el cannabis retirado de la Asociación correspondiente del cultivo colectivo ÚNICA y EXCLUSIVAMENTE A SU CONSUMO PERSONAL EN EL ÁMBITO PRIVADO, asumiendo cualquier responsabilidad de sus actos contrarios a la Ley que se pudieran derivar y eximiendo de ello a la Asociación, Asociadas y Junta Directiva. La junta directiva asume todas las responsabilidades derivadas de la gestión y administración de la Asociación.

Para este efecto adjunta el patrocinio/aval de UNA SOCIA de la Asociación a la presente solicitud que manifiesta ser conocedora del consumo de cannabis por parte de la persona que solicita su incorporación a la Asociación o documentación que acredite que se trata de una persona consumidora. Cualquier incumplimiento del presente compromiso implicará la expulsión de la Asociación mediante el correspondiente procedimiento fijado en los estatutos.

La socia declara consumir gr..... de Cannabis AL MES , cantidad que deberá ser revisada o confirmada por la socia a cada trimestre. En caso de no confirmar o revisar se prorrogará la cantidad ya declarada. La Asociación siempre entregará cantidades inferiores al consumo manifestado por las socias con el fin de concienciar hacia un consumo responsable.

La socia autoriza a las socias activas colaboradoras o fundadoras de la Asociación a recoger y repartir entre las socias el Cannabis proveniente del cultivo colectivo asociativo.

La persona socia se obliga a comunicar de inmediato, en el momento que decida abandonar su participación en la Asociación, la solicitud de baja de la Asociación. Anualmente deberá ratificarse la condición de socia.

La persona socia comunicará a la Asociación la notificación de sanción en base al artículo 25.1 de la Ley Orgánica 1/1992, sobre Protección ciudadana, o la imputación del delito tipificado en el artículo 368 del Código Penal , pudiendo implicar caso e implicando en el segundo la expulsión de la asociación.

La persona socia se compromete a no ceder su carnet social, el cual es intransferible; la transferencia del carnet de socia será motivo de expulsión de la asociación. La persona socia siempre exhibirá su documento de identidad y el carnet de socia para retirar su material".

Cuarto.- Por su parte, en relación a la "Asociación de Estudios y Usuarios del Cáñamo --EBERS --" en sus Estatutos, en síntesis se recogían los siguientes fines, condiciones para ser socios y régimen disciplinario.

1- Se trata de una Asociación legalmente constituida de acuerdo con la L.O. 1/2002 de 22 de Marzo reguladora del derecho de Asociación y la Ley 7/2007 de 22 de Junio de Asociaciones en Euskadi, y como tal se encuentra registrada bajo el nº AS/B/15836/2011 del Registro General de Asociaciones adscrito al Departamento de Justicia del Gobierno Vasco.

2- Como fines se citan los de compartir un proyecto de Estudios y Usuarios del Cáñamo, para un uso compartido del cannabis , de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo de la atipicidad del consumo compartido de personas ya usuarias, sin contraprestación económica y para un consumo inmediato.

3- Se excluye expresamente el fomento y difusión de sustancia alguna entre terceras personas.

4- Junto al consumo que podría llamarse recreativo se cita el consumo terapéutico por razones de enfermedad, citándose el cáncer, esclerosis múltiple, artritis, enfermedad de crohn, entre otros.

5- Se fija la mayoría de edad como edad mínima para ser socio.

Los Estatutos de la Asociación contienen los elementos propios de una actividad asociativa concretándose el domicilio social, su ámbito territorial, órganos de gobierno y administración, órganos unipersonales, derechos y deberes de los socios, pérdida de la condición de socio, régimen sancionador, etc. etc.

Especialmente relevante es la previsión de los Estatutos de establecer un Reglamento interno así como un Código Deontológico en el párrafo 5º del art. 3 de los Estatutos.

Precisamente, tal posibilidad fue desarrollada en un reglamento de régimen interno en el que se regula la pérdida de la condición de socio, el uso del local. Asimismo cada socio debía firmar dos documentos :

a) Un "contrato de previsión de consumo" , indicándose que cada socio podrá retirar la previsión de su consumo privado durante seis meses con expresa prohibición de venderles o transmitirlos a tercero.

b) El *"acuerdo de cultivo colectivo"*, según el cual cada asociado tendrá una porción de suelo no superior a un metro cuadrado, insistiendo en que se trata de un *"uso o consumo personal o privado"*.

Ciertamente no constan en los Estatutos los datos relativos a la producción de cannabis y al reparto entre los socios, como ya se ha dicho, pero es obvio que de tal omisión no puede interpretarse como ocultación de datos con fines de maquillar la verdadera actividad de la Asociación, porque como se dice en el art. 3 de los Estatutos --apartado 3--, *el fin de la Asociación* para el que se acuerda la creación de un local es *".... crear un espacio y ambiente adecuado para llevar a cabo las catas del vegetal conocido como cannabis sativa en el que tener una sede social, así como un lugar en el que experimentar con genética para nuestros usos, tanto terapéuticos como lúdicos...."* y en el art. 2º se dice con claridad que se trata de *"compartir el proyecto EBERS de uso compartido"* --obviamente del cannabis--.

Por lo demás, también hay que consignar que en el Reglamento de régimen interno se prevé la *pérdida de la condición de socio* por el incumplimiento de la normativa asociativa, y en especial:

- a) Salir fumando cannabis del local.
- b) Exhibir en la calle material adquirido.
- c) Ser esperado por terceras personas en las proximidades del local.
- d) Consumir en el local otras sustancias diferentes al cannabis, médico o no lucro.

Del examen de los Estatutos de una y otra Asociación efectuado, debe convenirse la semejanza de los mismos, así como la semejanza en lo referente al condicionado de la aptitud para ser socio, del régimen sancionador, y en general de las prevenciones adoptadas para evitar todo comercio ilícito del cannabis que se entregaba a los socios para su *exclusivo consumo*.

Hay una diferencia no sustancial en lo referente a la posibilidad de *retirar* cada socio el cannabis para su consumo particular, según su declaración, que permitía un acopio de *hasta seis meses* en la Asociación EBERS, en tanto que en la Asociación *"María de Gracia Club"* se limitaba a *un mes*.

No obstante esta expresa posibilidad de retirar el cannabis para su consumo en su domicilio, en el hecho probado --último párrafo in fine-- se dice que la Asociación ponía el cannabis *"....a disposición de los socios para ser consumido en su sede social...."*.

Al respecto se reconoce en la argumentación de la sentencia sometida al presente control casacional que --f.jdco. tercero letra E)--, *Consumo Inmediato*: *"Ese consumo es el que se permite en la asociación, lo que se garantiza con la entrega de poca cantidad de la sustancia que corresponda, teniendo a disposición de los asociados dependencias para ser consumidas de forma inmediata, siendo cierto que ello no garantiza que algunos de los socios no se hubieran reservado parte de la sustancia para consumirla fuera de las instalaciones de la asociación -cantidades de escasa entidad como ya hemos indicado- ya que los responsables de la asociación no tienen potestades públicas para cachear o registrar a los socios en la entrada del local social o a la salida para comprobar si ya entran en la misma con sustancias estupefacientes que han adquirido en el exterior, o salen con sustancias que les han sido entregadas en la asociación o con la que ya portaban al entrar en los locales de la repetida asociación. Es evidente que estos excesos deben tener la correspondiente respuesta administrativa, o en su caso penal, del que serían responsables los socios que sacaran la sustancia fuera de los locales de la asociación -en nuestro caso ya la tuvieron en forma de expediente administrativo por la escasa entidad de sustancia intervenida-, e incluso de aquellos responsables de la asociación que hubieran participado culpablemente en esa extralimitación, conducta que no consideramos probada en el caso de autos"*.

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

Estimamos que el dato diferencial que presenta el actual caso enjuiciado y que lo diferencia del juzgado en la sentencia del Pleno 484/2015 citada, se encuentra en que en el *presente caso*, y como consta en el hecho probado, *la inscripción* de dicha Asociación en el Registro de Asociaciones de la Generalitat fue acordada por la Dirección General del Derecho y de Entidades Jurídicas *previo el dictamen no desfavorable del Ministerio Fiscal*, al que se le dio traslado de la *petición de inscripción*.

Este traslado e informe del Ministerio Fiscal que *no se opuso* a la inscripción constituye el *hecho diferencial* y relevante que justifica la decisión de esta Sala Casacional de mantener la absolución acordada en la instancia *no por los argumentos de la sentencia relativos a la doctrina del consumo compartido*, que no es de aplicación, como ya se decía en la sentencia del Pleno citada, sino por *aplicación del error invencible de prohibición*.

Retenemos el informe del Ministerio Fiscal de 1 de Febrero de 2012, que obra como anexo a la Resolución de 22 de Marzo de 2012 de la Direcció General del Dret i Entitats Jurídiques:

"....Por ello, pese al hecho de que en los Estatutos de la Asociación se explicita la finalidad de efectuar una actividad (especialmente el cultivo de la planta Cannabis Sativa L) que puedan suscitar problemas de valoración penal, no puede inferirse, sin más, la comisión del ilícito que se menciona; pues tal y como aparecen expuestas y redactadas no es posible advertir una vocación de favorecimiento y facilitación del consumo ilegal de estupefacientes, no solo por no ser acordes con el resto de los fines anunciados sino también por los condicionamientos previstos para su realización (espacio no público, reservado a socios, todos ellos mayores de edad...).

Por tales razones, en este estado inicial de la vida de la Asociación no es de apreciar la existencia de hechos constitutivos de delito; pero tales consideraciones no implican descartar que, si en el desarrollo de su actividad fueran realizados actos subsumibles en el art. 368 del CP, pueda entonces ser apreciada la existencia de un delito contra la salud pública. Así, por lo que respecta al cultivo, por más que en los Estatutos se constriña el mismo a un espacio privado (y para autoconsumo, realización de estudios e investigación), no cabe descartar que en supuestos concretos (que en esta fase no concurren) pueda ser estimado el delito que se menciona, máxime atendiendo a que el denominado "espacio privado" será de uso "colectivo", aún reducido a los miembros de la Asociación. A este respecto debe resaltarse, como indica la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Secc. 4) de 16 de Octubre de 2006 que "en supuestos de cultivo de sustancia tóxica el estándar de tipicidad se satisface no con la necesidad de acreditar concretos actos de tráfico ni tan siquiera la intención final de realizarlos sino con la acreditación de una razonable posibilidad de que lo cultivado pueda acceder a terceros pues la lesividad de la conducta penalmente relevante reside en el riesgo abstracto de lesión del bien jurídico protegido". Pues, como se afirma en la paradigmática STS de 17 de noviembre de 1997, se trata de un delito de peligro abstracto, siendo tales delitos "...aquellos que incriminan conductas peligrosas según la experiencia general, resultando punibles sin necesidad de poner en peligro concreto el bien jurídico protegido (...). Desde esta perspectiva el cultivo de plantas que producen materia prima para el tráfico de drogas es un acto 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 que esta Sala en repetidas oportunidades ha considerado como un delito de peligro abstracto".

En consecuencia, no infiriéndose de la comunicación y documentación recibida la existencia de un hecho constitutivo de infracción penal, procede decretar el archivo de las actuaciones, de conformidad con lo establecido en los arts. 773 de la LECr. y art. 5 del Estatuto del Ministerio Fiscal.

Esto no obstante y conforme a anteriores consideraciones, ha de resaltarse que, con independencia de que el expediente incoado por la Dirección General de Dret i d'Entitats Jurídiques tras la solicitud presentada por la Asociación mencionada pueda concluir posibilitando su inscripción en el Registro de Asociaciones, cualquier actividad que pudiera llevar a cabo que incurra en las conductas tipificadas como delito en los arts. 368 y ss del Código Penal, motivarán la correspondiente actuación policial y justificará el ejercicio por el Ministerio Fiscal de las acciones penales pertinentes por tales delitos contra la salud pública, dado que, aunque resulte constituida legalmente, su dedicación posterior a la actividad ilícita obligará a considerarla como agrupación criminal, debiendo ser disuelta y exigidas responsabilidades a los integrantes de la misma, en los términos previstos en los arts. 369 bis en relación con el art. 129.1.b), 570 bis, art. 570 ter y art. 570 quáter, todos ellos del Código Penal".

Sexto.- La sentencia del Pleno Jurisdiccional rechazó con argumentos que se compartieron en los Votos Particulares la *inaplicación* a la Asociación EBERS, de la doctrina de la Sala en relación al *consumo compartido*. A justificar tal decisión se dedicaron los fundamentos décimo y undécimo de la primera sentencia del Pleno.

Existe una completa conformidad con ellos en lo referente al presente caso.

Ya en la segunda sentencia del Pleno Jurisdiccional, en el f.jdco. sexto, se aborda la cuestión del error de prohibición. Destacamos de tal argumentación el siguiente párrafo:

"....Su eventual creencia equivocada --se refiere a las de las personas absueltas en la instancia-- se hubiera despejado probablemente mediante la presentación de sus Estatutos con una descripción transparente de la real actividad que se proponían esconderla bajo fórmulas ambiguas e invocaciones retóricas de unos consejos jurisprudenciales.

....Los recurrentes no hicieron nada por superar ese error que vamos a considerar en su beneficio como hipótesis factible. Antes bien huyeron de mecanismos (claridad en sus Estatutos, por ejemplo) que habrían logrado disipar las dudas y evitar el error....".

"....Los hechos probados y la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia proporcionan base suficiente para considerar probable una creencia equivocada, pero ninguna para tacharla de inevitable....".

"....Se suele razonar que una duda, incluso tenue, sobre la licitud de la conducta es suficiente para integrar la primera vertiente. Es más, ese estándar se mitiga con criterios normativos: basta con ser consciente de circunstancias que aconsejarían verificar la licitud de la conducta. Con esta matización se quiere evitar primera a quien por su actitud de indiferencia hacia el Derecho, ni siquiera se plantea si su conducta es lícita o no (el sujeto no duda nada porque el derecho le resulta indiferente)....".

"....De los acusados puede predicarse aquí ese estado de cierta duda: solo desde esa hipótesis se explican hechos como las nada inocentes ambigüedades de los Estatutos asociativos....".

"....Los acusados ante esa situación, tenían la carga (Obliegenheit: incumbencia) de verificar la licitud de la actividad que se proponían desplegar, de tomar conocimiento sobre si la conducta se hallaba en consonancia con el ordenamiento jurídico. El incumplimiento de esa carga tendrá como consecuencia que el autor no pueda invocar su déficit de conocimiento para fundar su irresponsabilidad penal....".

El error de prohibición es el reverso de la conciencia de la antijuridicidad -- STS 429/2012 --, y por ello debe ser firme y consistente -- STS 737/2007 --, y por tanto tiene por presupuesto el convencimiento sincero por parte de las personas concernidas sobre la corrección de su actuación, situada extramuros de toda ilicitud penal. Por ello no existe error de prohibición si el agente está socializado normalmente, y tiene un conocimiento usual de las normas de convivencia y cultura.

Pues bien, en el presente caso sometido a nuestra consideración estimamos que toda vez que los absueltos en la instancia tenían conocimiento del informe no desfavorable del Ministerio Fiscal, no tenían ninguna exigencia de indagar o buscar otra fuente fidedigna de información para asegurarse de la licitud de la Asociación.

Téngase en cuenta que el Ministerio Fiscal, según su Estatuto aprobado por Ley 50/1981 modificado por las Leyes 14/2003 y 24/2007, tiene como misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad -- art. 1 --, y ante el informe del Ministerio Fiscal que --aún con las reservas que de futuro se contienen-- viene a reconocer explícitamente la legalidad de la Asociación, no se nos alcanza a qué otra fuente de conocimiento más solvente podrían/deberían haber acudido los absueltos para salir de una duda que objetivamente no tenían por la propia claridad y contundencia del informe referido.

Claramente no le era exigible ninguna otra conducta o indagación.

Concluimos:

El presente caso, ofrece un dato relevante que estaba ausente en el analizado por el Pleno de la Sala en la sentencia tantas veces citada 484/2015, y ello justifica una decisión diferente sin riesgo de incurrir en contradicción con la doctrina sentada en aquella sentencia por la mayoría de la Sala, doctrina que debe ser seguida para los casos iguales que se pudieran presentar en el futuro como corresponde a esta Sala Casacional que como último intérprete de la legalidad ordinaria penal debe dar al ordenamiento jurídico seguridad e igualdad en la aplicación de la Ley.

Ahora bien, este caso es diferente, y por lo tanto debe ser diferente la respuesta.

Una última observación.

La última parte del informe del Ministerio Fiscal incluye la advertencia de que si en el futuro se pudiera incurrir en alguna de las conductas tipificadas en el art. 368 Cpenal, ello motivaría la actuación policial y se justificaría el ejercicio por el Ministerio Fiscal de las acciones correspondientes.

Tal salvedad es obvia.

Según el *factum* los días 20, 21, 28 y 2 de Marzo de 2012, es decir, unos días *después* del informe del Ministerio Fiscal de fecha 1 de Febrero, se produjeron otras tantas intervenciones policiales en las inmediación de la Asociación en la que se les ocuparon a las personas allí referidas, socios de la Asociación, unas bolsitas de marihuana que les había sido entregada en el interior de la Asociación.

El día 17 de Mayo de 2012 --meses después de la inscripción-- se llevó a cabo la diligencia judicial de entrada y registro ocupándose las bolsitas de marihuana relatadas en el hecho probado, y, asimismo, se ocuparon en el *interior* de la Asociación a cuatro socios unas bolsitas que llevaban con un peso entre los 0'6 gramos de hachís y los 3'3 gramos de marihuana.

Al folio 557 y siguientes obra el mandamiento de entrada y registro autorizado por auto de 17 de Mayo de 2012 del Juzgado de Instrucción nº 9 de los de Barcelona , que se dictó respondiendo a una petición de la policía fundada en las incautaciones de dosis individuales efectuadas a personas concretas a que se refiere el hecho probado, diligencia que se produjo en el marco de las Diligencias Previas 1503/12 --folio 558--.

Estimamos que tal registro no acredita la comisión del delito del art. 368 del Cpenal a la vista de la legalidad de la Asociación cuyo domicilio fue objeto de registro.

En efecto, si la finalidad de la Asociación es la creación de un centro de reunión de gente consumidora de cáñamo, la creación de espacios privados de personas fumadoras, si los socios deben firmar unos compromisos en la hoja de admisión, si se trata de crear un consumo responsable y no abuso del cáñamo, buscando una alternativa al mercado negro, con respeto a la legalidad vigente y sancionando con la expulsión de la Asociación la comisión de actos delictivos encuadrados en el art. 368 Cpenal , es evidente que las intervenciones policiales con ocupación de dosis de marihuana a socios que la obtuvieron en la Asociación, o la incautación de cáñamo en la propia Asociación, *son actividades que representan la razón de ser de la Asociación respecto de lo que el Ministerio Fiscal en su informe no efectuó ningún reparo* .

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

Por todo lo expuesto, consideramos que *concurrió en todos los absueltos* en la instancia el *error de prohibición invencible* con la consecuencia de proceder a la confirmación --por esta vía-- de la absolución decretada en la instancia, *con rechazo del recurso del Ministerio Fiscal* .

Procede la desestimación del motivo .

Séptimo.- Debido al rechazo del motivo primero, carece de interés entrar en el estudio del motivo segundo relativo a la indebida inaplicación de los artículos relativos a la asociación ilícita.

Octavo.- De conformidad con el art. 901 LECriminal , procede declarar de oficio las costas del recurso.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por el **Ministerio Fiscal** contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección V, de fecha 5 de Mayo de 2015 , con declaración de oficio de las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes, y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección V, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Touron Jose Ramon Soriano Soriano Luciano Varela Castro Ana Maria Ferrer Garcia Joaquin Gimenez Garcia **TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal**

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Joaquin Gimenez Garcia , 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.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA:27/06/2016

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO D. Jose Ramon Soriano Soriano EN EL RECURSO DE CASACIÓN 1598/2015 .

I. Mi disenso se concreta en la desestimación del recurso del Mº Fiscal por no concurrir los requisitos jurisprudencialmente exigidos para la apreciación del consumo compartido como causa de atipicidad.

Los hechos probados en sí mismos considerados en mi opinión, integrarían un delito de tráfico de drogas de los que no causan grave daño a la salud, con la concurrencia, en evitación de agravios comparativos y ante la identidad esencial con la sentencia del Pleno jurisdiccional de esta Sala de 9 de septiembre de 2015 (nº 484), de un **error vencible de prohibición** , y sin que la doctrina vigente del Tribunal Constitucional y del T.E.D.H. lo impidan en defecto de inmediación, pero que son inmunes si en nada se altera el factum, como es el caso.

Igualmente procedería la absolución por el delito de organización criminal, por las mismas razones aducidas por la sentencia del Pleno jurisdiccional 484/2015 .

II. La inexistencia de delito que la recurrida sostiene por tratarse de un supuesto de consumo compartido resulta desactivado por los amplios y detallados argumentos aducidos por el Mº Fiscal en su recurso, que conviene recordar.

La tesis absolutoria de la sentencia de instancia se sustenta, en que en el caso enjuiciado existe un concierto o acuerdo para realizar estos **consumos compartidos o colectivos de forma organizada** (que se extiende a 400 socios), con evidentes ventajas para las personas que lo llevan a cabo, sin poner en peligro la salud de éstas o de terceros.

El Fiscal considera que en modo alguno es aplicable el fenómeno excepcional del consumo compartido, mereciendo los hechos la consideración de un delito del art. 368 C.P .

Éste, para llegar a tal conclusión parte de los siguientes presupuestos, que, a juicio de este Magistrado discrepante, debieran haberse acogido por la Sala:

a) Se tiene en cuenta la doctrina de esta Sala y del T. Constitucional, según la cual el cauce casacional por infracción de ley se reduce a la corrección de errores jurídicos de subsunción, incluidos los que afecten a los elementos subjetivos del tipo, partiendo a su vez de los elementos fácticos reflejados en el relato probatorio, sin verificar ninguna valoración de la prueba practicada en la instancia ni modificar los presupuestos fácticos por carecer de inmediación (véase S.T.S. 370/2014 de 9 de mayo).

b) En el párrafo tercero del fundamento jurídico segundo se afirma literalmente: "Toda la expresada prueba ha logrado conformar la convicción de este Tribunal y es estimada suficiente para considerar enervado el principio de presunción de inocencia de los acusados". El Fiscal entiende que hay un error en esa frase, porque en realidad cuestiona la existencia del delito. Entendemos que no existe error, si tenemos en cuenta que la presunción de inocencia hace referencia al acreditamiento de la concurrencia de los elementos típicos objetivos que integrarían el hecho calificado de delictivo y la participación del autor, circunstancias que se admiten en la sentencia, ya que la absolución parte de que aún reconociendo esos hechos y su comisión por los acusados, éstos no constituyen a su juicio delito, y sus autores no tienen la convicción de que lo están cometiendo, porque a pesar de ello a los acusados les ampara la figura del "consumo compartido" que excluye toda responsabilidad por delito, por ausencia de tipicidad.

c) El Fiscal parte de que el cannabis (como su resina, los extractos y las tinturas) son sustancias estupefacientes, sometidas a fiscalización internacional, incluidas en las listas I y II del Convenio de 1961 sobre estupefacientes de las Naciones Unidas.

La Ley 17/1967 de 8 de abril, por su parte atribuye al Estado la competencia exclusiva para el almacenamiento y distribución de los productos estupefacientes para los laboratorios, oficinas de farmacia, hospitales y centros de medicamentos o fórmulas magistrales, por lo que ninguna persona natural o jurídica podía dedicarse al cultivo y producción, ni aún con fines de experimentación, sin disponer de la pertinente autorización (art. 8.1 de la Ley 17/67).

La legalidad referida se proyecta en dos direcciones:

1) Respecto al **cultivo** del cannabis.

Se requiere autorización administrativa del Servicio de Control de Estupefacientes, que será específica para personas, terrenos, plantas y productos concretos y no dará derecho a la disponibilidad de las plantas o productos, vigilando el Servicio de Control de Estupefacientes el desarrollo de los ciclos de cultivo, incluida la recolección y su destino (arts. 5 y 8 de la referida Ley).

2) Respecto a **los usos** del cannabis. "No se permitirán otros usos de los estupefacientes que los industriales, terapéuticos, científicos y docentes autorizados (art. 22 de la Ley citada).

Actualmente las competencias para desarrollar las funciones y responsabilidades estatales de inspección y control en materia de usos lícitos de estupefacientes y sustancias psicotrópicas las ostenta la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (art. 7, ap. 22 del Real Decreto 1275/2011 de 16 de septiembre).

3) Como conclusión a las dos premisas precedentes el Fiscal señala que ninguna persona natural o jurídica, aún sin ánimo de lucro, podrá dedicarse al cultivo, producción, distribución o tenencia de cannabis y/o marihuana si no lo es con fines industriales, terapéuticos, científicos o docentes y previa la debida **autorización del Estado** .

d) El Fiscal considera que la asociación "María de Gracia Club" incumple todas las prescripciones legislativas citadas: el cultivo se realiza por personas sin conocimiento alguno en biología o agronomía, el mismo no se halla amparado por autorización emitida por la Agencia Española de Medicamentos y productos Sanitarios, así como tampoco lo estaba el hipotético uso terapéutico del cannabis, ni se realizaba el más elemental control de quienes accedían a la condición de socios, ya que no se les exigía de manera real y efectiva acreditación alguna de su estado de salud ni prescripción médica al efecto.

III. El Fiscal analiza a continuación con precisión y acierto la improcedencia de amparar los actos de favorecimiento y promoción del consumo de esta sociedad, en lo que se califica de "consumo compartido organizado" .

Entre los argumentos del Fiscal debemos analizar los siguientes en relación a cada una de las exigencias establecidas por esta Sala para que pueda hablarse del consumo compartido.

A) Respecto a la **condición de drogodependiente** de la persona que se asocia.

Según la combatida se puede presumir el carácter de adicto de los socios, por la forma de ingresar en la asociación, por las supuestas aportaciones económicas y por el documento aparentemente firmado por cada socio, lo que no acepta el Fiscal, para calificar a una persona de drogodependiente.

Resulta en la doctrina del Tribunal Supremo excepcional la equiparación entre consumidor "habitual" y "de fin de semana", sin matizaciones o limitaciones. No cabe, por tanto, la equiparación total entre el adicto y el mero consumidor ocasional. Por otra parte, no aparece ni consta en el caso de autos la menor medida de aseguramiento o comprobación de la condición de adicto por parte de la Asociación de quién aspira a ser socio.

El factum hace constar en el último párrafo que no se ha acreditado que la actividad de la Asociación cannábica haya creado un riesgo para la salud de los socios, ni de terceros ajenos a la misma, ni peligro de difusión a otras personas. No debe olvidarse que el tipo no exige que se cree un riesgo concreto respecto a la salud de una o unas determinadas personas. El bien jurídico protegido es la salud, pero en sentido abstracto (delito de peligro abstracto), pues los efectos nocivos y a veces devastadores de la droga suelen detectarse a medio o largo plazo.

Cabe recordar los innumerables casos del foro, en que masivas importaciones de droga "dura" procedente de Hispanoamérica y trasladada en embarcaciones a nuestro país, a pesar de ser interceptada la droga y eliminado totalmente el riesgo de que esa concreta sustancia se difunda y produzca un daño a la salud, sus autores responden de un delito grave con penas importantes, por los actos de favorecimiento y transporte realizados. El daño a la salud se elimina, pero el comportamiento delictivo mereció un reproche penal riguroso.

No resulta admisible la reducción del número de los posibles "terceros", ante la facilidad de convertirse en socio. En cualquier caso, estas sociedades garantizan y aseguran el consumo de drogas, negando o limitando cualquier posibilidad de rehabilitación del adicto.

B) El segundo requisito es que el consumo debe realizarse en **lugar cerrado** .

Se trata de evitar la ostentación del consumo y que terceros desconocidos puedan inmiscuirse y ser partícipes en la distribución de la droga. Sin embargo el Fiscal, certeramente, replica que nada impide a los que acuden al local social, que una vez tienen la sustancia en su poder, salgan del mismo llevando consigo la cantidad que estimen oportuno dentro de los límites que la sociedad permite, que por cierto está en relación con las disponibilidades económicas de compra, para darle el destino que les plazca.

El vigilante contratado por la asociación tal vez podría controlar que quienes acceden al local sean socios acreditados, pero nunca puede evitar que alguno de éstos abandone las instalaciones del club provisto de diversas dosis de sustancias, que, sin lugar a dudas, no pensaba consumir en tales instalaciones.

La sentencia trata de salvar el obstáculo afirmando que si algún socio infringe las indicaciones de la asociación debe exigírsele responsabilidad personal por ello, acudiendo a la correspondiente respuesta administrativa y en su caso penal. En tal sentido afirma que lo que se trata de evitar es que la droga pueda ser consumida y difundida entre personas indeterminadas, pero no cuando éstas son determinadas y ya consumidoras. En cualquier caso existe la difusión delictiva.

Lo que el tipo pretende evitar es la difusión a terceros, se trate de personas identificadas o sin identificar, ya sean neófitos, consumidores de fin de semana o drogodependientes de larga duración. Consiguientemente si una persona asociada decide proveerse de mayor sustancia de la que pensaba consumir y con el sobrante en su poder abandona el local y alcanza la vía pública, como es el caso concernido, es evidente que se está produciendo un inequívoco riesgo de propagación.

No olvidemos que la asociación garantiza, según los estatutos, abastecer al socio con la cantidad de droga que ha de consumir en un período largo de tiempo como hace la sentencia que esta Sala ha dictado. Igualmente en hechos probados se dice: "Desde su fundación, en su sede social entre otras actividades, se hacía entrega, a quienes acreditaban ser socios de la misma, de pequeñas cantidades de marihuana y/o hachís para ser consumidas bien en las propias dependencias de dicha sociedad, ya fuera con fines terapéuticos o lúdicos".

C) Consumo inmediato .

Dicho consumo no se producirá con inmediatez, si reparamos en el ejemplo que acabamos de referir, cuando un socio abandona el club con una cantidad de estupefaciente superior a la que pretendía consumir. El control no es posible -según la sentencia- ya que los responsables de la asociación -como ellos mismos reconocen- no tienen potestades públicas para cachear o registrar a los socios ni a la entrada ni a la salida del local, debiendo llegar la respuesta del orden jurídico administrativo o penal.

Cuando el socio sale del club con esa sustancia excedente de lo consumido, podrá ser utilizada en el futuro por el adquirente o por cualquiera a quien éste se la transmita, dependiendo exclusivamente de lo que el adquirente portador de la misma, le convenga o plazca.

D) Consumo entre un **pequeño núcleo** de drogodependientes, como **acto esporádico íntimo** sin transcendencia social.

Tal requisito en absoluto concurre, si pensamos que el número de socios, era nada menos que de 400. Pero es que además los Estatutos no establecen limitación alguna al número de socios admisible, por lo que la masa social podía crecer por miles o decenas de miles de personas.

E) **Cantidad de droga** , que según esta Sala ha de ser "insignificante, o cuando menos mínima y adecuada para el consumo en una sola sesión o encuentro" (S.T.S. 187/2014 de 10 de marzo). Las cantidades manejadas por la asociación son inmensas y al socio puede suministrarse una cantidad que alcance al consumo de uno o más meses.

IV. La sentencia recurrida proclama la existencia de una figura o fenómeno jurídico, derivado del "consumo compartido", pero que no lo es en los términos precisados por esta Sala, y que la propia sentencia le da la denominación ex novo de " **consumo compartido organizado** ".

Las razones aducidas por la combatida para justificar la absolución, son rechazadas argumentalmente por el Fiscal. En este sentido aduce con razón:

1) El consumo compartido, a pesar de haberse organizado, no evita al consumidor socio, en caso de necesidad, acudir al mercado clandestino para proveerse de más droga, si con lo obtenido en el club no le basta.

2) Esta forma de consumir no comporta ni mucho menos que se evite la comisión de actos ilícitos, ya que éstos dependerán de la voluntad del sujeto en cada momento y de los medios de que disponga.

3) Tampoco se necesita que el consumo se realice de forma controlada en cuanto a la cantidad, con evitación del efecto criminógeno, toda vez que varios socios/consumidores fueron interceptados fuera de la sede con diversas dosis de estupefaciente, con el consiguiente riesgo de propagación (hechos probados). En cuanto a los **excesos de consumo** no consta en los estatutos de la entidad, que se hubiera establecido

un límite al consumo, estando éste determinado por la mayor o menor aportación realizada por el socio en cada momento.

4) En relación al pretendido mayor control administrativo que evitaría cualquier desviación en el fin de la entidad no está asegurado, ya que la actividad ilícita objeto de este proceso se ha producido a espaldas precisamente de la administración al presumir la licitud de la actuación asociativa.

V. Este Magistrado discrepante, asume los argumentos del Fiscal, pero reforzados por ciertos razonamientos de gran contundencia convictiva, aportados por la sentencia del Pleno, que debe servir de referencia o modelo a seguir.

Merece recordarse a modo de esquema, alguna de las consideraciones, decisivas de dicha sentencia:

A) En el fundamento décimo se dice: "La magnitud de las cantidades manejadas por la asociación, 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 que quiere combatir el legislador penal. Por supuesto que a los directivos de la Asociación no se les puede atribuir responsabilidad por el hecho de que un socio haya hecho entrega a persona no consumidora de parte de la sustancia; o si la vende traicionando sus obligaciones asociativas. Pero sí **son responsables de crear la fuente de esos riesgos incontrolables y reales** cuando se manejan esas cantidades de sustancia que se distribuyen en nuestro caso a 400 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 económica de todos para consumirla de manera inmediata, juntos, sin ostentación ni publicidad-; y la organización con 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".

B) En el fundamento décimo primero se alega: " 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. Tampoco cuando se trate de consumir tabaco, ya que la sociedad también incluye a los fumadores de esta droga aceptada legalmente. Si traspasa las fronteras penales la conducta consistente 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. Nos hallamos ante el ilícito del art. 368 C.P . También cuando la economía del ente se limite a cubrir costes.

En el supuesto ahora analizado un reducido 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".

C) La sentencia concluye que la "distribución organizada, institucionalizada y con vocación de persistencia en el tiempo de cannabis entre un colectivo integrado por 400 personas (en el caso que ahora nos ocupa) componentes de la asociación y abierto a nuevas incorporaciones colma las exigencias típicas del art. 368 C.P .

La sentencia del Pleno jurisdiccional (484/2015) ha sido seguida , entre otras, por la 788/2015 de 9 de octubre , que confirma y ratifica la doctrina de la primera, como no podía ser de otro modo.

VI. Fijando ahora nuestra atención a esa circunstancia no concurrente en el Pleno jurisdiccional que originó la S.T.S. 484/2015 , y presente en la presente causa al objeto de conmensurar su relevancia hasta el punto de justificar la absolución de una conducta que al modesto entender de este magistrado discrepante, constituye delito.

La sentencia transcribe el dictamen del Fiscal y es de pura lógica, que sus estatutos cuidadosamente elaborados, para, a nivel teórico, maquillar cualquier desviación o incumplimiento de los mismos que pudiera degenerar en delito, no ofrezca en principio datos para entender que cualquier actividad social que al amparo de los mismos se realice pueda calificarse de infracción penal. Ya indicábamos que algunos de ellos no infringirían la ley penal (proporcionar información, elaborar o difundir estudios, realizar propuestas, expresar opiniones sobre la materia, promover tertulias, reuniones a seminarios, consumir hachís o marihuana con **finés terapéuticos** , esto es, amparados por una receta o diagnóstico médico, **adquirir y consumir tabaco** , etc., etc.

Esa circunstancia es la que determinó que no existiera una oposición rotunda a la inscripción registral de la sociedad, por parte del Fiscal y mucho menos desconociendo cómo se iban a desarrollar las actividades de la Asociación.

Pero el propio dictamen del Fiscal, en que se apoya la sentencia para absolver, junto a la tolerancia de las actividades que acabamos de reseñar previstas en los estatutos advierte y reprueba otras dentro de los estatutos de la sociedad que podrían integrar delitos graves, frente a los cuales anuncia su persecución y castigo con graves sanciones. Así, el informe nos dice textualmente: " **si en el desarrollo de su actividad fueran realizados actos subsumibles en el art. 368 C.P ., puede entonces ser apreciada la existencia de un delito contra la salud pública** " .

El informe concluye de forma muy significativa del modo siguiente:

" Esto no obstante y conforme a anteriores consideraciones, ha de resaltarse que, con independencia de que el expediente incoado por la Dirección General de Dret i d'Entitats Jurídiques tras la solicitud presentada por la Asociación mencionada pueda concluir posibilitando su inscripción en el Registro de Asociaciones, cualquier actividad que pudiera llevar a cabo que incurra en las conductas tipificadas como delito en los arts. 368 y ss. del Código Penal , motivarán la correspondiente actuación policial y justificará el ejercicio por el Ministerio Fiscal de las acciones penales pertinentes por tales delitos contra la salud pública, dado que, aunque resulte constituida legalmente, su dedicación posterior a la actividad ilícita obligará a considerarla como agrupación criminal, debiendo ser disuelta y exigidas responsabilidades a los integrantes de la misma, en los términos previstos en los arts. 369 bis en relación con el art. 129.1.b), 570 bis , art. 570 ter y art. 570 quater, todos ellos del Código Penal"

VII. Tal dictamen, en los términos en los que se expresa no solo no justifica la conducta de los acusados, sino que les advierte de en caso de incurrir en actuaciones susceptibles de ser subsumidas en los tipos penales que castigan el tráfico de drogas procedería con todo rigor aplicando la legalidad punitiva.

A su vez no puede ser desconocida para los fundadores de la sociedad cannábica, la legislación esencial sobre el cultivo y los usos de cannabis (Ley 17/1967 de 8 de abril, Real Decreto 1275/2011 de 16 de septiembre), así como la existencia del Servicio de Control de Estupefacientes y la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios.

Item más, los estatutos de la sociedad cannábica exigen su acomodación, entre otras, a la doctrina del Tribunal Supremo, en particular la que desarrolla el consumo compartido (más bien debería decirse repartido), a cuyo amparo podrían justificarse algunas conductas de suministro de las sustancias a los socios.

Si eso es así debemos recordar que los **requisitos o exigencias para justificar una situación de consumo compartido han de concurrir simultáneamente** , sin perjuicio de que su interpretación permita cierta flexibilidad. No obstante la **interpretación** de este fenómeno excluyente de la tipicidad ha de ser **restrictiva** (S.S.T.S. 2023/2002 de 4 de diciembre; 502/2004 de 15 de abril; 234/2006 de 2 de marzo, etc.).

A su vez debe **tener carácter excepcional**, dada la gravedad de los hechos delictivos a que atañe, que puede referirse lógicamente a la denominada "droga dura" (SS.T.S. 1214/2004 de 27 de octubre; 29/2009 de 19 de enero, etc.).

Ello no quita que algún requisito o exigencia pueda ser matizada e incluso en supuestos excepcionales o específicos excluida. En esa línea se aportó a nuestra sentencia del Pleno un Voto Particular que flexibilizaba moderadamente y concretaba con precisión unos parámetros, que pretendían establecer el límite consentido dentro de esta figura jurisprudencial. El criterio fue bien acogido por la Sala, pero quizás donde surgieron los problemas fue en la fijación de esos límites, reconociendo que los señalados resultaban perfectamente asumibles.

En nuestro caso, debió tenerse en cuenta al redactar los estatutos y fijar el funcionamiento de la sociedad la doctrina de esta Sala sobre el consumo compartido, como sugerían los estatutos de la Asociación. Y si ello es así, como así es, es difícil aceptar que los acusados pudieran desconocer la doctrina que esta Sala ha establecido con profusión, bien directamente o a través de sus asesores.

A título de ejemplo cabe citar las SS.T.S. 307/98, 31-3; 1256/98, 27-10; 132/99, 3-2; 846/99, 25-5; 188/00, 9-2; 376/00, 8-3; 216/02, 11-5; 443/02, 8-3; 1408/02, 26-7; 1429/02, 24-7; 1472/02, 18-9; 1585/02, 30-9; 1969/02, 27-11; 1991/02, 25-11; 2010/02, 3-12; 2023/02, 4-12; 2032/02, 5-12; 237/03, 17-2; 281/03, 1-10; 302/03, 27-2; 424/03, 1-9; 610/03, 28-4; 638/03, 30-4; 1102/03, 23-7; 1105/03, 24-7; 1194/03, 18-9; 286/04, 8-3; 307/04, 4-3; 502/04, 15-4; 819/04, 18-6 (Tol 483691); 1222/04, 27-10 (Tol 514572); 326/05, 14-3 (Tol 622957); 565/05, 23-4 (Tol 725643); 873/05, 1-7 (Tol 703365); 1013/05, 16-9 (Tol 711441); 1072/05, 19-9 (Tol 725603); 1074/05, 27-9 (Tol 718591); 1429/05, 12-12 (Tol 795465); 71/06, 23-1 (Tol 827080); 234/06, 2-3 (Tol 863891); 378/06, 31-3 (Tol 883155); 632/06, 8-6 (Tol 964527); 680/06, 23-6 (Tol 964476); 718/06, 30-6 (Tol 964498); 724/06, 14-6 (Tol 964518); 978/06, 2-10 (Tol 1006870); 1038/06, 19-10 (Tol 1009753); 1052/06, 23-10 (Tol 1009748); 765/07, 21-9 (Tol 1156731); 103/07, 5-12 (Tol 1229901); 201/08, 23-4 (Tol 1370023); 364/08, 12-6 (Tol 1343 768); 675/08, 20-10 (Tol 1401658); 788/08, 17-11 (Tol 1415393); 29/09, 19-1 (Tol 1448777); 210/09, 6-3 (Tol 1463034); 1081/09, 11-11 (Tol 1726694); 1254/09, 14-12 (Tol 1768834); 86/10, 9-2 (Tol 1792998); 1383/11, 21-12 (Tol 2385672); 882/12, 14-11 (Tol 2690787); 741/13, 17-10 (Tol 3984683); 761/13, 15-10 (Tol 3992998); 37/2016, 2-2; 360/2015, 10-6; 850/2013, 4-11; 187/2014, 10-3; 104/2015, 25-2; 387/2015, 23-6; 522/2015, 17-9.

Con todo lo expuesto entendemos que no podemos entender que los acusados creyeran firmemente que estaban desarrollando una actividad legal, penalmente hablando, aunque la sociedad pudiera desarrollar otras actividades distintas, que no integrarían delito alguno. Entendemos, con pleno respeto al criterio de la mayoría, que la conducta enjuiciada, prescindiendo incluso de la existencia de la 484/2015 de 7 de septiembre, y sin necesidad de realizar comparaciones o contrastes, sería delictiva. Además ni la cantidad de droga que maneja la sociedad, ni el número de socios, ni el cultivo ilegal a gran escala, ni la posibilidad de consumo en el exterior del club permiten dibujar un supuesto de creencia equivocada de un comportamiento ajustado a derecho.

Ex abundancia, debe hacerse notar que la parte a quien podía beneficiar la existencia de un error de prohibición (vencible o invencible) esto es, a los acusados, ni lo alegaron ni lo acreditaron en el proceso ni en los hechos probados se describe ninguna situación de error, que permita fundar una sentencia absolutoria por esa causa.

Jose Ramon Soriano Soriano