



Roj: **STS 475/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:475**

Id Cendoj: **28079120012018100078**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/02/2018**

Nº de Recurso: **1765/2014**

Nº de Resolución: **91/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Penal

**Sentencia núm. 91/2918**

Recurso Nº: 1765/2014

Fecha de sentencia: 21/02/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1765/2014

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 23/01/2018

Voto Particular

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

Procedencia: Audiencia Provincial de Vizcaya.

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Transcrito por: IPR Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1765/2014

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

Recurso Nº: 1765/2014

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal Sentencia núm. 91/2918**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre



D. Luciano Varela Castro  
D. Alberto Jorge Barreiro  
D. Antonio del Moral García  
D. Andrés Palomo Del Arco  
D<sup>a</sup>. Ana María Ferrer García  
D. Pablo Llarena Conde

En Madrid, a 21 de febrero de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1765/2014 interpuesto por **EL MINISTERIO FISCAL**, contra Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Vizcaya, que absolvió a Nemesio, Pablo, Palmira, Pilar y Rubén por un delito contra la salud pública y otro de asociación ilícita / o grupo criminal, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia del primero. Han sido partes recurridas Nemesio, Pablo, Palmira, Pilar y Rubén, representados por la Procuradora Sra. Pérez Canales.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

1.- El Juzgado de Instrucción núm. Seis de los de Bilbao inició Procedimiento Abreviado nº 1386/2013, contra Nemesio, Pablo, Palmira, Pilar y Rubén. Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección Segunda) que, con fecha dieciséis de junio de dos mil catorce, dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

*<< Con fecha 11 de octubre de 2010 se llevó a cabo el acto de constitución de la "Asociación de Estudios y Usuarios del Cáñamo EBERS" (en adelante EBERS), con domicilio social en la calle Luzarra, 18, 5º-A de Bilbao. En dicho acto se aprobaron los Estatutos de la asociación y se designaron sus cargos directivos, correspondiendo así el cargo de Presidente al acusado Nemesio, el cargo de Secretario al acusado Pablo y el cargo de Tesorera a la acusada Palmira. Ninguno de estos tres acusados, mayores de edad, contaba a la fecha de la constitución con antecedentes penales, constando en el expediente todos sus datos personales.*

*La constitución de esa asociación se llevó a cabo cumpliendo los requisitos de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación y la Ley del Parlamento Vasco 7/2007, de 22 de junio, de Asociaciones de Euskadi, de tal modo que, presentada la documentación necesaria en el Registro General de Asociaciones del País Vasco, adscrito al Departamento de Justicia, se produjo su registro en virtud de Resolución de 3 de marzo de 2011, con el número de Registro AS/B/15836/2011.*

*El artículo 2 de los Estatutos de la Asociación establece como sus fines los siguientes:*

*0º-1º.- Informar a sus socios de las cuestiones relativas al cáñamo, estudio e investigación en relación de dicha cuestión, representación y defensa de sus asociados ante cualesquiera actuación de la administración pública. No constituye objetivo de la asociación el fomento ni la difusión de sustancia alguna, es más ASOCIACIÓN DE ESTUDIOS Y USUARIOS DEL CAÑAMO EBERS aboga por un mundo sin drogas. Pero los que estamos en esta realidad necesitamos normalizar nuestras vidas.*

*2º.- Desarrollar y compartir el proyecto ASOCIACIÓN DE ESTUDIOS Y USUARIOS DEL CÁÑAMO EBERS, de uso compartido, teniendo como máxima cumplir siempre los consejos establecidos por el Tribunal Supremo Español, que en su reciente línea jurisprudencial que acoge la impunidad del consumo compartido por personas ya usuarias, se precisa acreditar en tales casos que no existe riesgo del consumo indiscriminado por terceras personas, para lo cual, se viene insistiendo en la Jurisprudencia, en que la entrega, además, de sin contraprestación económica, determine el consumo inmediato en presencia de quien lo hace ( Sentencias de 12 y 27 de enero, 14 de febrero, 3 y 28 de marzo y 23 de mayo de 1995 ).*

*3º.- También es objetivo desarrollar un programa de información demandado por algunos socios, en su mayoría con cáncer, esclerosis múltiple, artritis, enfermedad de Crohn, colitis ulcerosas y diversos tipos de dolor, donde tenga una plataforma en la que se comuniquen y sean debidamente asesorados por personas cualificadas informándoles científicamente, atendiendo en lo posible sus necesidades".*

*En el mismo artículo se prevé para la consecución de dichos fines, "previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos", entre otras actividades, "el alquiler de un local donde crear un espacio y ambiente adecuado*



para llevar a término las catas del vegetal conocido como cannabis sativa en el que tener un sede social, así como un lugar en el que experimentar con genética para nuestros usos, tanto terapéuticos como lúdicos".

Los socios que ingresaban en la mencionada asociación EBERS desde el inicio de su actividad suscribían en el momento del ingreso dos documentos. El primero se denominaba "Contrato de Previsión de Consumo", manifestando el suscribiente la cantidad de consumo prevista para un plazo de seis meses. En dicho documento se contenían las siguientes manifestaciones efectuadas por parte del nuevo socio:

*Ser usuario/a habitual de la planta de cannabis y sus derivados o haber sido diagnosticado de alguna enfermedad para la cual la eficacia del uso terapéutico o paliativo de los cannabinoides haya sido probada científicamente.*

*2. Haber leído las condiciones de participación en la actividad de autocultivo compartido de cannabis para uso personal, comprometiéndose a cumplirlas.*

*3.- El compromiso de no vender el cannabis que la asociación le proporcione, total o parcialmente, bajo el resultado de apertura de expediente y expulsión de la Asociación.*

*Y su compromiso de conocer los estatutos y cumplir el reglamento de organización y funcionamiento de EBERS.*

*El segundo de los documentos mencionados llevaba por título "Acuerdo de Cultivo Colectivo". En dicho documento, suscrito por los socios, se acordaba lo siguiente:*

*"Que el cultivo se llevará a cabo en las épocas requeridas por la naturaleza de la planta para su normal desarrollo o, en cualquier momento, mediante sistemas de cultivo interior. El terreno o espacio efectivamente cultivado no excederá nunca el total resultante de adjudicar una porción de suelo no superior a un metro cuadrado por persona.*

*Que en todo caso, los frutos recolectados del cultivo acordado serán exclusivamente destinados al uso o consumo personal y privado, de forma que las únicas finalidades para las que responda su obtención sean las de garantizar la protección de la salud individual y la seguridad de todos y cada uno de los firmantes de este acuerdo. Como consumidores de cannabis, sólo pretendemos proteger nuestra salud de los graves perjuicios derivados del consumo de cannabis adulterado y garantizar nuestra seguridad e integridad personal, hartos de un mercado negro lleno de riesgos".*

*Con base en todas estas previsiones, la asociación EBERS puso en funcionamiento un sistema de cultivo de cannabis que le permitiera una producción con la que atender las necesidades de consumo de los socios, contratándose al efecto a un jardinero. Con posterioridad, la sustancia tóxica era preparada para el consumo, envasada y posteriormente entregada a los socios para su propio consumo conforme a la previsión de consumo semestral efectuada referida anteriormente. En todo caso, se estableció un límite máximo de sustancia tóxica a dispensar a los socios de dos gramos por día. El precio de cada gramo dispensado era de dos euros y cada socio pagaba una cantidad de diez euros con la inscripción.*

*Con fundamento en lo dispuesto en el mencionado artículo 2 de los Estatutos, se aprobó un Reglamento de Régimen Interno que todos los socios se comprometían a acatar y que afectaba fundamentalmente a instrucciones que debían seguirse a partir de la entrega de la sustancia. Entre otras prescripciones, en este documento se preveía la pérdida de la condición de socio cuando su conducta vaya contra los principios sociales o dañen gravemente la imagen de la asociación, en especial:*

*"-Salir del local fumando cannabis,*

*-Exhibir o mostrar en la calle el material adquirido.*

*-Ser esperado en los alrededores de la Asociación por terceras personas indiscriminadamente.*

*-Consumir en el local otras sustancias diferentes al cannabis y sus derivados y por supuesto, su tráfico, medie lucro o no".*

En el mes de noviembre de 2011, se llevó a efecto una investigación en tomo a la asociación EBERS por parte de miembros de la Policía Municipal de Bilbao, intervención que culminó el día 14 de noviembre de 2011 en que se efectuó una entrada y registro en el domicilio indicado de la calle Luzarra de Bilbao. Con ocasión de esta diligencia, se ocuparon diversas cantidades de sustancia tóxica, que fue posteriormente analizada por la Dependencia Provincial de Sanidad de la Subdelegación de Gobierno de Bizkaia, arrojando los siguientes resultados, en cantidades, ocupadas en diversos lugares, de sustancia vegetal verde que dio positivo a las reacciones de identificación de cannabis (marihuana) sustancia sometida a control internacional, todo ello como sigue a continuación:

*-Ocupado en el hall, en una mesa despacho-armario a la derecha, ochenta y cuatro bolsas conteniendo 424,4 gramos;*



-Ocupado en hall en mesa despacho armario a la izquierda, trescientas cuarenta y nueve bolsas conteniendo 711,6 gramos y una bolsa conteniendo 27,8 gramos;

-Ocupado en el almacén mostrador de trabajo, una bolsa conteniendo 10 "tuppers" con 474 gramos, una bolsa conteniendo dos cajas metálicas con 304,4 gramos, treinta y siete bolsas conteniendo 75,4 gramos y una bolsa conteniendo una caja de zapatos con 201 gramos;

-Ocupado en almacén, en una caja fuerte gris, una caja conteniendo tres bolsas con 908,3 gramos;

-Ocupado en almacén, en una caja fuerte negra, ochenta y ocho bolsas conteniendo 216 gramos;

-Ocupado en almacén, encima de una caja fuerte gris, dos bolsas conteniendo tres recipientes con 585,9 gramos;

-Ocupado en almacén, encima de una caja fuerte negra, una bolsa conteniendo una caja de zapatos con 177,7 gramos;

-Ocupado en armario rojo en almacén, tres bolsas conteniendo 593,4 gramos de marihuana y dieciséis tarros conteniendo 489,92 gramos de ungüento verde que da negativo a las reacciones de identificación de sustancias estupefacientes más habituales sujetas a control internacional.

Se encontró igualmente en una caja registradora una cantidad aproximada de 800 euros y en el almacén sobre la mesa un molinillo marca "Jaba", una báscula, una balanza de 200 gramos, un molinillo, dos tijeras y una báscula electrónica.

Asimismo, se ocupó a varias personas que se encontraban consumiendo en el interior del local un total de 24,8 gramos de marihuana.

En la investigación policial los días precedentes fueron ocupadas a diversas personas en las inmediaciones del inmueble referido las siguientes cantidades de marihuana:

-el día 8 de noviembre de 2011 0,8 gramos en poder de Plácido y 0,609 gramos en poder de Romeo ;

-el día 14 de noviembre de 2011, una cantidad aproximada de 18 gramos en poder de Simón , 4,99 gramos en poder de Jose María , 3,968 en poder de Carlos Antonio y 5,1 gramos en poder de Jesús Manuel .

La cantidad estupefaciente intervenida procedía del cultivo con el que se atendía a las necesidades de abastecimiento de los socios de EBERS conforme a los acuerdos, contratos y reglas preestablecidos a los que se ha hecho referencia. En el momento de la intervención policial la asociación contaba con un número aproximado de doscientos noventa socios que obtenían el suministro de cannabis en el modo indicado.

El mismo día del registro se encontraban en el interior del piso de la asociación los también acusados Pilar y Rubén , ambos mayores de edad, sin antecedentes y cuyas demás circunstancias personales constan en el expediente, quienes se encontraban efectuando labores de preparación y envasado de las bolsas en las que se entregaba las bolsas a los socios, labores de las que se ocupaban preferentemente el Presidente y Secretario de la asociación, siendo auxiliados ocasionalmente en ese momento por estos dos acusados.

No ha quedado acreditado que la asociación tuviera como finalidad, y esa fuera su actividad real, pura y simplemente, la distribución a terceras personas de marihuana o cannabis en cualquiera de sus formas, ni la participación de ninguno de los acusados en dicha actividad. No ha quedado acreditado ningún caso en el que la droga se hubiere entregado, por ninguno de los acusados, a ninguna persona que no tuviera la condición de socio. No ha quedado acreditado que las cantidades obtenidas por las cuotas de inscripción o al adquirirse las cantidades de droga por los socios tuvieran otro destino que el de sufragar la mencionada actividad de abastecimiento por parte de la asociación, en particular no ha sido demostrado ningún enriquecimiento ilícito por parte de ninguno de los acusados en su participación diversa en las actividades de la asociación, ni tampoco por parte de la asociación. No ha quedado acreditado que en ningún caso se hubiera entregado a un socio una cantidad mayor de marihuana que la que le correspondiera en virtud del contrato de previsión de consumo mencionado. Tampoco ha quedado acreditado que ninguno de los acusados tuviera la intención de que la droga fuera difundida entre quienes no fueran socios ni que consintieran o aceptaran la entrega de droga por parte de ningún socio a terceros a título oneroso o gratuito>>.

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

<< **FALLO** .- Que **DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** a los acusados Nemesio , Pablo , Palmira , Pilar y Rubén , de los delitos por los que fueron objeto de acusación en el presente procedimiento, declarando de oficio las costas ocasionadas.

Notifíquese esta sentencia en forma legal a las partes, previniéndoles que contra la misma podrán interponer recurso de casación en el plazo de cinco días>>.



3.- 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, alegando los motivos siguientes:

**Motivos aducidos por el Ministerio Fiscal.**

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

4.- La representación legal de Nemesio , Pablo , Palmira , Pilar y Rubén se instruyó del recurso interpuesto **impugnando todos sus motivos** ; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

5.- El señalamiento realizado para el día cuatro de febrero de dos mil quince, fue suspendido acordándose por Providencia de fecha dieciocho de febrero siguiente elevar el asunto al Pleno señalándose para deliberación y fallo el día veinticuatro de marzo de dos mil quince.

6.- Conforme se había acordado y con suspensión de la deliberación, por providencia de fecha siete de abril de dos mil quince se dispuso conferir audiencia a las partes al amparo de lo previsto en el art. 897.2 LECrim para que manifestasen lo que estimasen conveniente sobre la eventual aplicación del art. 14 CP .

7. - La audiencia fue evacuada tanto por el Ministerio Fiscal como por la defensa quedando unidos al rollo sus respectivos escritos de alegaciones.

8.- La continuación de la deliberación fue señalada para el día 8 de julio siguiente, llevándose a cabo las pertinentes deliberación, votación y fallo.

9. - Por Auto de fecha 16 de julio de 2015 se amplió el plazo para dictar sentencia por veinte días a añadir al fijado legalmente ( art. 899 LECrim ).

10.- Con fecha siete de septiembre de dos mil quince se dictó sentencia que declaró haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Ministerio Fiscal. La segunda sentencia contenía la siguiente parte dispositiva: "Que debemos condenar y condenamos a los acusados Nemesio , Pablo y Palmira como **autores de un delito contra la salud pública** en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud y con la apreciación de un error vencible de prohibición a las **penas** a cada uno de ellos de **OCHO MESES DE PRISIÓN** con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y **MULTA DE CINCO MIL EUROS (5. 000 €) CON RESPONSABILIDAD PERSONAL**

**SUBSIDIARIA en caso de impago DE VEINTE DÍAS.**

Asimismo debemos **absolver y absolvemos** a los tres citados Nemesio , Pablo y Palmira de los delitos de **asociación ilícita y grupo criminal** de los que, en régimen de alternatividad, eran acusados.

Debemos **condenar y condenamos** a Pilar y Rubén como **autores de un delito contra la salud pública** en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud y con apreciación tanto de la modalidad atenuada de escasa entidad del hecho como de un error vencible de prohibición a las **penas** a cada uno de ellos de **TRES MESES DE PRISIÓN** con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena.

Cada uno de los cinco referidos deberá abonar una décima parte del total de las costas procesales causadas, declarándose de oficio la mitad restante.

Procede el decomiso de la sustancia, efectos y dinero ocupados".

11 .- La sentencia iba acompañada de sendos **votos particulares** emitidos por los Excmos. Sres. D. Cándido Conde-Pumpido, y D. Joaquín Giménez García, adhiriéndose los Excmos. Sres. D. Andrés Martínez Arrieta y Andrés Palomo Del Arco y la Excma. Sra. Dª Ana María Ferrer García, respectivamente.

12.- Con fecha uno de noviembre de 2015 se presentó en el Registro General de este Tribunal escrito de la Procuradora Sra. Pérez Canales, en nombre y representación de los condenados promoviendo incidente de nulidad ( art. 241.1 LOPJ ).

13 .- Por virtud de lo acordado en diligencia de ordenación de fecha dieciocho de diciembre siguiente pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal a los efectos señalados en el art. 241 LOPJ , emitiendo éste informe en el que se oponía a la petición de nulidad.



14.- Esta Sala Segunda dictó auto de fecha 26 de enero de 2016 rechazando la nulidad interesada.

15.- Con fecha 14 de diciembre de 2017 el **Pleno del Tribunal Constitucional** dictó sentencia estimando el **recurso de amparo** nº 1659/2016 promovido por los aquí recurrentes contra la sentencia de casación de esta Sala. La parte Dispositiva de tal sentencia acuerda:

"otorgar el amparo a D. Nemesio , D. Pablo , D<sup>a</sup>. Palmira , D<sup>a</sup>. Pilar y D. Rubén , y, en su virtud:

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

2º.- Declarar la nulidad de las dos Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2015 y del Auto de 26 de enero de 2016 que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones, dictadas en el rollo de casación nº 1765/2014, retro trayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la primera de las Sentencias, para que el Tribunal Supremo proceda de modo respetuoso con los derechos fundamentales reconocidos"

16.- Con fecha 8 de enero de 2018 y de conformidad con el art. 197 LOPJ se convocó Pleno de esta Sala para deliberación, votación y Fallo del presente recurso en cumplimiento de lo decretado por el Tribunal Constitucional.

17.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 23 de enero último.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La anulación por el Tribunal Constitucional de la sentencia dictada por esta Sala resolviendo el presente recurso de casación como consecuencia de la estimación de una demanda de amparo ( STC 146/2017, de 14 de diciembre ) y la retroacción al momento anterior al dictado de la primera de las sentencias de casación nos devuelve a un muy concreto escenario procesal: necesidad de dictar sentencia resolviendo el recurso de casación interpuesto y pendiente de recibir respuesta (al haber sido privada de eficacia la inicial). No solo es que se acuerde así en la parte dispositiva de la sentencia constitucional, sino que además esa ha de ser la regla -dictado de la correspondiente resolución por esta Sala- en cualquier otro supuesto parificable (anulación de una sentencia de la Sala del Tribunal Supremo al estimarse un recurso de amparo frente a ella) tal y como proclamó el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 15 de diciembre de 2000 ( art. 264 LOPJ según su redacción entonces vigente).

El Alto Tribunal ha anulado las dos sentencias dictadas en este rollo: tanto la de casación como la segunda consecuencia de la estimación de un motivo por infracción de ley ( art. 902 LECrim ). Por tanto hemos de dictar sentencia resolviendo el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal.

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

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

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

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

Aplicando tal parámetro y atendidas las circunstancias concurrentes, es de observar, en torno a la garantía de la inmediación como pilar central de la valoración de las pruebas personales, como afirma el Ministerio Fiscal, que no ha existido una alteración sustancial de los hechos probados, ni tampoco una reconsideración de prueba personal, en la conclusión alcanzada por el Tribunal Supremo al calificar los hechos probados como subsumibles en el tipo penal descrito en el artículo 368 CP y descartar que fuera de aplicación la



doctrina del consumo compartido. En efecto, se ha expuesto en los antecedentes que la Sentencia de instancia absolvió a los demandantes al considerar que los hechos probados encajaban en la excepción de atipicidad de "autoconsumo compartido". Planteada por el Ministerio Fiscal, en el recurso de casación, una discrepancia en la subsunción jurídica, al entender, que en atención al relato de hechos probados, no era de aplicación la doctrina del consumo compartido, el Tribunal Supremo se limitó a resolver una divergencia estrictamente jurídica, esto es, la discusión y la decisión casacional versaron sobre la concurrencia o no de los presupuestos exigidos en la jurisprudencia para apreciar la atipicidad penal derivada del consumo compartido. De tal modo que **la subsunción de la conducta probada en el tipo finalmente aplicado por el Tribunal Supremo - que no consideró que concurrieran las condiciones para apreciar la exclusión de la tipicidad por consumo compartido-, se desarrolló al margen de cualquier reinterpretación o revisión de los hechos probados, y por ello, extramuros del alcance de la garantía de inmediación.**

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

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

*El caso planteado presenta una serie de singularidades frente a otros supuestos enjuiciados por este Tribunal Constitucional, que son las siguientes: i) el error de prohibición no había sido alegado por los recurrentes ante la Audiencia Provincial, como tampoco lo había sido en el recurso de casación; ii) la cuestión del error es analizada de oficio, en tanto que beneficiosa para los acusados, con posterioridad a estimar el primer motivo del recurso de casación, esto es, tras considerar que la conducta era típica y en consecuencia anular la Sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial; iii) el Tribunal Supremo es quien abre un trámite para que las defensas de los acusados y el Ministerio Fiscal informen sobre si concurren los presupuestos del error previsto en el artículo 14 CP .*

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

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

*El razonamiento por el que la segunda sentencia del Tribunal Supremo descarta el carácter invencible del error de prohibición y estima que concurre el error de prohibición vencible se sustenta en la inferencia llevada a cabo a partir de unos hechos base reflejados en los hechos probados tomando en consideración el contexto sociológico, el debate suscitado en pronunciamientos judiciales y el tenor de los Estatutos de la asociación afectada. Ahora bien, el Tribunal Supremo, aunque formalmente no modifica el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, -que había detenido su juicio en el elemento de la tipicidad penal- lo completa al introducir un nuevo elemento fáctico que imposibilita la exención de la responsabilidad penal y que a la postre será determinante de la condena en la segunda de las sentencias. Es precisamente en esta Sentencia, en la que el Tribunal Supremo llega a la convicción de que los recurrentes se representaron como posible la antijuridicidad de su actividad y no trataron de despejar esa duda, en consecuencia, aprecia el error de prohibición como vencible y excluye, por dicha razón, la invencibilidad del mismo. Ahora bien, para alcanzar tal conclusión el Tribunal Supremo, orilló cualquier ponderación de las declaraciones personales practicadas ante la Audiencia Provincial; en concreto, eludió valorar las declaraciones de los coacusados, en las que, según refieren en su escrito de alegaciones ante el Tribunal Supremo, manifestaron "su creencia absoluta y sin género de dudas de que la Asociación y sus asociados obraban conforme a derecho". De este modo el Tribunal Supremo privó de cualquier virtualidad*



*probatoria a las declaraciones de los coacusados por las que negaban haberse planteado la antijuridicidad de su comportamiento, pese a que no tomó conocimiento directo e inmediato con tales pruebas personales en condiciones plenas de inmediación, contradicción y publicidad.*

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

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

Desde esa realidad procesal se entenderá fácilmente que esta nueva sentencia reitere todos los argumentos de la anulada que no se ven materialmente afectados por la nulidad decretada por el Tribunal Constitucional. No hay nada nuevo -ni desde el punto de vista legislativo, ni desde el jurisprudencial- que pueda incidir en la valoración de este Tribunal de la cuestión jurídica que se le planteaba. O, mejor, si algo ha variado es precisamente para enriquecer o robustecer las razones que se vertían en aquella sentencia justificando que la conducta enjuiciada es incardinable en el art. 368 CP. Contamos ya con un nutrido grupo de resoluciones de esta Sala que reiteran esa apreciación (SSTS 596/2015, de 5 de octubre, 788/2015 de 9 de diciembre; 563/2016, de 27 de junio; 571/2016 de 29 de junio, 698/2016, de 7 de septiembre, 966/2016, de 21 de diciembre, ó 571/2017, de 11 de julio) a diferencia de lo que sucedía en el momento en que recayó aquella sentencia (solo existía un precedente abordando derechamente el tema suscitado). Y, además, contamos ahora con el criterio del Tribunal Constitucional que refrenda desde su exclusiva óptica constitucional (sin adentrarse, por tanto, en temas de legalidad) esa interpretación. Lo hace no solo en la sentencia de amparo ahora analizada, sino también en la STC 144/2017, de 14 de diciembre, emanada igualmente del Pleno de tal órgano, que anula una norma legal de la Comunidad Foral Navarra que cuando resolvimos inicialmente el recurso se presentaba como eventual argumento favorable a la tesis de los recurridos (atipicidad de la conducta).

Por eso no puede llamar la atención que ahora reproduzcamos -con esta referencia inicial genérica y sin variar la tipografía lo que convertiría casi toda la sentencia en una pura cita- el contenido de aquella sentencia de casación, si acaso con alguna adición derivada de los nuevos referentes jurisprudenciales.

**SEGUNDO.-** La sentencia de la Audiencia de Bizkaia objeto de casación reputa que los hechos que declara probados no son constitutivos de delito. Lo justifica a través de un discurso muy elaborado, con cita tanto de pronunciamientos jurisprudenciales, de los que trata de extraer consecuencias que estima lógicas y congruentes; como de sentencias de otras Audiencias provinciales directamente referidas a la cuestión controvertida (algunas en sintonía con la opinión que finalmente acoge; otras, discordantes). Entiende que la actividad de la asociación, constituye lo que denomina «cultivo compartido» que, como variante del consumo compartido, sería, según dicho órgano, tan atípico como lo es el cultivo para consumo personal. En el cultivo compartido, sostiene el Tribunal de instancia, al igual que en el consumo compartido, no está presente una finalidad de tráfico. Arrastra, empero, una nota peculiar: mientras que el consumo compartido se caracteriza por el consumo de la droga en un momento episódico, es inherente al cultivo compartido una cierta permanencia. El cultivo, por definición, se desarrolla durante un período de tiempo. Su producto se reparte entre los partícipes, sin que, lógicamente, pueda realizarse un consumo en grupo puntual. Será siempre dilatado o prolongado en el tiempo. Esa perdurabilidad no aparece en el caso de los acopios para fiestas o celebraciones, con los que habitualmente se relaciona el consumo compartido.

El Fiscal, por su parte, niega que la doctrina del consumo compartido sea extensible a un supuesto como el reflejado en los hechos probados. Destaca que atendiendo al número de socios (doscientos noventa) y las



cantidades asignadas a cada uno, se está ante el manejo y distribución (entre los asociados) de un total de 10,4 toneladas de cannabis cada seis meses, magnitud que nos aleja de los montos que se barajan al contemplarse la atipicidad de algunos supuestos de consumo compartido.

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

En rigor debe hacerse abstracción de esta última puntualización por cuanto no se proclama probado en la sentencia que la sustancia intervenida a tales personas procediese del local. No es dable en casación ni siquiera suponer eso que parecería derivarse del contexto del hecho probado (y que luego se ratifica en la fundamentación jurídica en relación al menos a dos de los poseedores de la droga: Plácido e Romeo ). De cualquier forma este elemento, como veremos dista mucho de ser decisivo a efectos de tipificación: es perfectamente prescindible.

Sí admite la sentencia tanto la forma en que apareció distribuida la sustancia como que se consentía eventualmente la entrega de cantidades que sobrepasaban la correspondiente a un consumo inmediato para ahorrar desplazamientos.

Se ocuparon en los locales el día de la intervención 4,750 gr de la sustancia.

**TERCERO.-** Resalta el Ministerio Público que el **ánimo de lucro** no es requisito del delito del art. 368. Detengámonos en esta apreciación en la que le asiste toda la razón.

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

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

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

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

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



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

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

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

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

Es ese un debate que ni puede ser solipsista, ni puede dar las espaldas a una política criminal supranacional. En esta materia esa política ni es predominantemente interna; ni descansa en exclusiva en los parlamentos nacionales. Esta característica es predicable de manera singular del ámbito de la Unión Europea. No puede España escapar a movimientos normativos internacionales en los que está inmersa y de los que ella misma es agente y parte (vid. además de las recomendaciones periódicas del Consejo de la Unión Europea en materia de lucha contra la droga -la última contempla el período 2013-2020-, y entre muchas otras, la Recomendación de la Conferencia de Ministros de justicia de los Países iberoamericanos para la armonización de la legislación penal sobre drogas de mayo de 2015 suscrita con motivo de la XIX Reunión Plenaria de la Conferencia de Ministerios de Justicia de los Países Iberoamericanos donde, además de insistirse en la diferencia a efectos penales entre el tráfico y el consumo, se aconseja la despenalización del uso terapéutico de los derivados del cannabis con acompañamiento de una estricta regulación).

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

En el marco legal vigente es donde han de buscarse las respuestas al supuesto que se nos somete a consideración que, además, no es un caso solitario como demuestran las referencias de la sentencia de instancia y la documentación unida a la causa y pronunciamientos ulteriores de este Tribunal.

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

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

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

Tanto esa Convención de 1961 (art. 36) , como la posterior de Viena de 1988 (art. 3) obligan a los países firmantes a **adoptar las medidas necesarias para que el cultivo y la producción, fabricación, extracción, preparación, posesión, ofertas en general, ofertas de venta, distribución, compra, venta, despacho de cualquier concepto, corretaje, expedición, expedición en tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes** , no conformes a las disposiciones de esta Convención o cualesquiera otros actos que en opinión de la Parte puedan efectuarse en infracción de las disposiciones de la presente Convención, **se**



**consideren como delitos si se cometen intencionalmente** y que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión u otras penas de privación de libertad.

En la Unión Europea, instrumento básico es la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo de 25 de octubre de 2004 *relativa a establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas*. El proceso de revisión a que está sometida esa norma no afecta a lo que es determinante para abordar la cuestión que aquí debemos estudiar.

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

A los efectos que 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:

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;

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

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

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

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

Si mediante el art. 368 CP se reputa debidamente incorporada al ordenamiento interno esa Decisión, no es fácil armonizar con los contundentes términos de ese precepto una interpretación a tenor de la cual una actividad consistente en el cultivo de cannabis para su distribución periódica a los miembros de una asociación en número muy próximo a trescientos escape a la prohibición penal que propugna la Decisión. Bien es cierto que el párrafo segundo habilita a los Estados para excluir los casos en que los autores actúan con fines de consumo personal *tal como lo defina la legislación nacional* (la enmienda propuesta por el Parlamento Europeo a ese artículo en el proceso de modificación aludido no cambiaría esencialmente los términos de la cuestión). Subsiste un margen de apreciación para las legislaciones internas que pueden amplificar más o menos lo que significa actuar con fines de consumo personal. Pero hay unos límites a la interpretación: se precisan equilibrios lingüísticos y algún esfuerzo dogmático tanto para considerar la actividad ahora contemplada como *exclusivo consumo personal*; como para encajar una tesis jurisprudencial que variaría la interpretación tradicional y durante muchos años incuestionada de un precepto legal no alterado en la categoría de *legislación nacional*. Admitamos a efectos exclusivos de argumentación que una y otra cosa son factibles. Pero habría que convenir, al menos, que no estaríamos ante una interpretación diáfana, no exenta de dudas o cristalina del concepto normativo *exclusivo consumo personal*. Si queremos apartarnos de la interpretación tradicional y más clásica del *consumo o cultivo* compartidos como conductas impunes hasta los extremos a que llega la sentencia de instancia sería paso previo ineludible la activación del mecanismo de la *cuestión prejudicial* para recabar la opinión vinculante del Tribunal supranacional habilitado para interpretar esos términos de la norma europea y la dudosa compatibilidad con ellos de un *consumo asociativo* concebido de manera tan amplia.

La no persecución en algunos miembros de la Unión de supuestos 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 severas (cuyo incumplimiento da lugar a prisión). El art. 2, párrafo 2 de la Decisión marco, sirvió a Holanda para evitar la rectificación de su política de drogas (producción máxima de 5 plantas de cannabis para uso personal, o posesión de 5 gr. cannabis) que ha permitido incluso la apertura de un club social de cannabis con reglamentación muy estricta (vid. S. Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de diciembre de 2010, 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 aunque sea someramente de algunas otras tendencias en el **derecho comparado**.



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

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

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

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

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

En Canadá se tramita una normativa que legalizaría en determinadas condiciones el consumo de cannabis previéndose su entrada en vigor en julio del presente año.

**SEXTO.-** En la esfera de la **normativa administrativa** hay que atender a las disposiciones de la Ley 17/1967, de 8 de abril, *por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes, y adaptándolas a lo establecido en el convenio de 1961 de las Naciones Unidas*. Según su art 2 *"se consideran estupefacientes las sustancias naturales o sintéticas incluidas en las listas I y II de las anexas al Convenio Único de mil novecientos sesenta y uno de las Naciones Unidas, sobre estupefacientes y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional, con arreglo a dicho Convenio y en el ámbito nacional por el procedimiento que reglamentariamente se establezca"* (Real Decreto 1194/2011, de 19 de agosto).

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

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

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

A **nivel autonómico y local** el cuadro normativo se ha enriquecido 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 proporcionaba cobertura legal a la distribución de cannabis entre los agrupados en una asociación (arts. 22 y 23). Tales disposiciones han sido anuladas por la STC 144/2017, de 14 de diciembre ya aludida:

"... es el artículo 149.1.6 CE el que tiene más estrecha relación con la materia que aquí nos ocupa, dada la tipificación penal de determinadas conductas relacionadas con el consumo de drogas y estupefacientes, consideradas contrarias a la salud pública. Siendo así que la invasión competencial que se imputa a la Ley Foral 24/2014 recurrida consiste en la regulación de un instrumento (los clubes de cannabis) a través del cual se facilita el abastecimiento, dispensación y consumo de cannabis, aunque estemos ante una normativa autorizadora o habilitante (no represiva, ni punitiva, ni restrictiva de bienes jurídicos en el sentido que es propio de las normas penales y administrativas sancionadoras), se trata de una regulación con incidencia innegable sobre la delimitación del tipo penal correspondiente. Si, en determinados supuestos, las asociaciones de



usuarios de cannabis que la norma autonómica contempla pudieran llegar a normalizar actividades que, como la promoción y facilitación del consumo ilegal de estupefacientes, son delictivas, ello supondría que dicha norma, por el solo hecho de permitir y regular tales asociaciones, estaría incidiendo en los tipos penales, cuya definición es de exclusiva competencia estatal y que el legislador autonómico no puede ni alterar, ni concretar, ni delimitar. Aun no tratándose, pues, de una norma penal propiamente dicha, si autorizara comportamientos contemplados en la legislación penal como delictivos, estaría la Ley que nos ocupa menoscabando el ejercicio de la competencia estatal. En definitiva, las consecuencias que, más intensamente en el ámbito penal, puedan derivarse de determinadas actividades de las asociaciones de usuarios de cannabis reguladas en la Ley impugnada, determinan que hayamos de considerar título prevalente en este caso el del artículo 149.1.6 CE .

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

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

La Ley 1/2016, de 7 de abril de Atención Integral de Atenciones y Drogodependencia del País Vasco ha visto suspendido su art. 83 al admitirse a trámite el recurso interpuesto contra la misma (providencia del TC de 31 de enero de 2017 y Auto de 9 de mayo de 2017 que mantiene la suspensión).

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

Existen también como disposiciones de inferior rango que ahora no es preciso mencionar.

**SÉPTIMO.-** Volvamos al ordenamiento penal. El art. 368 CP castiga, el tráfico de drogas tóxicas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas con una amplitud que ha sido justamente tildada de desmesurada e inmatizada: *"los que ejecuten actos de **cultivo, elaboración o tráfico** , o **de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal** de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o **las posean con aquellos fines** "*.

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

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

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

Acotar qué ha de entenderse como *consumo ilegal* es, en consecuencia, punto de partida básico en la interpretación del tipo. Ese elemento normativo nos remite a legislación extrapenal. Desde su análisis se llega enseguida a la constatación de que *consumo ilegal* (es decir, *no conforme a la legalidad* aunque en determinadas circunstancias no sea objeto de sanción) es *" toda utilización o ingesta de la droga por diversas vías orgánicas que no sea aquella que esté expresamente autorizada por tener finalidad terapéutica o positiva para la salud"* ( STS 670/1994, de 17 de marzo ). Si se entendiese de otra forma el *consumo ilegal* , vaciaríamos el tipo penal: todo el ciclo de la droga tiene siempre como 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 cuyapromoción, 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 "** (énfasis añadido).

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

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

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

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

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

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

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

Nos detendremos después en ella.



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

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

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

La sentencia sienta la siguiente afirmación: *"Es claro que los acusados sabían lo que hacían y por lo tanto conocían los elementos del tipo, pues en su memoria explicativa de las actividades de la asociación expusieron su actividad de plantación de cáñamo índico en la finca de Riudecoms, como consta en los hechos probados. Quienes saben que cultivan cáñamo índico saben todo lo necesario para obrar con dolo en relación al art. 344 CP, a pesar de que puedan haber pensado que esta conducta no era la definida en el tipo penal como prohibida"*.

Antes explica que, aunque la Audiencia demuestra un digno esfuerzo argumental que no se puede pasar por alto, se percibe, sin embargo, que el Tribunal a quo no ha tenido en cuenta que el delito definido por las diversas acciones del art. 344 CP. es un delito de peligro abstracto. Estos delitos son aquellos que incriminan conductas peligrosas según la experiencia general y que resultan punibles sin necesidad de poner concretamente en peligro el bien jurídico protegido. para decirlo con palabras de un reconocido autor: en estos delitos *"la evitación de los peligros concretos y las lesiones es, por lo tanto, sólo el motivo legislativo, sin que su existencia sea un presupuesto de la tipicidad"*.

*Desde este punto de vista, el cultivo de plantas que producen materia prima para el tráfico de drogas es un acto característicamente peligroso para la salud pública, no obstante que en el caso no se haya llegado a producir un peligro concreto. La cuestión de la idoneidad de la que se habla en la sentencia, consiguientemente, no depende de la concreción del peligro, sino exclusivamente de la abstracta adecuación al mismo que ha establecido el legislador. De estas consideraciones se deduce que el juicio sobre la idoneidad realizado por la Audiencia es impropio de la comprobación de la tipicidad de un delito al que esta Sala en repetidas oportunidades ha considerado como un delito de peligro abstracto"*.

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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 ).

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 ).

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 .**

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 ),

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 ).

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

Según se expresa en la STS 1014/2013, de 12 de diciembre, alguna de estas exigencias puede ser matizada, o incluso excluida en supuestos específicos, pues cuando un número reducido de adictos se agrupan para la adquisición y ulterior consumo compartido de alguna sustancia estupefaciente, y la intervención penal se realiza en el momento inicial de la adquisición, puede ser difícil constatar la concurrencia de la totalidad de dichos requisitos, que solo podrían concretarse por completo en el momento del consumo.

Tal sentencia acaba por afirmar la tipicidad en virtud de la relevante cantidad de droga ocupada que excedía de la destinada a un consumo inmediato o diario. Además "los recurrentes no afirman que la droga ocupada hubiese sido adquirida mediante un fondo común para su consumo en un acto concreto por un pequeño número de adictos previamente identificado, sino que la califican como sobrante de una fiesta ya realizada, y dispuesta para consumos ulteriores por visitantes de la casa, que variaban de una vez a otra. **Es decir por plurales consumidores indeterminados en momentos futuros también indeterminados, pagando evidentemente su precio, lo que implica actos de favorecimiento del consumo que exceden de los supuestos de atipicidad admitidos por nuestra doctrina.**

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

En definitiva, lo que se sanciona es la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal, y los actos de cultivo, elaboración o tráfico no son más que modos citados a título ejemplificativo, pero no exhaustivo, de realizar esta finalidad típica, a la que también puede estar destinada la posesión, aunque no necesariamente. O



bien cualquier otro modo idóneo para alcanzar esta finalidad o resultado, como la donación o el transporte que lógicamente también sería "típico" (énfasis añadido) .

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

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

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

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

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

Ningún pronunciamiento jurisprudencial, ni aun los más flexibles, han amparado el aprovechamiento colectivo de una plantación fuera de los estrictos términos antes expuestos. No puede convertirse una asociación de esa naturaleza en una suerte de cooperativa de distribución de la sustancia estupefaciente prohibida. No lo consiente el ordenamiento jurídico globalmente considerado. Precisamente por ello podrían generarse llamativas paradojas: negar la incardinación de supuestos como éste en el art. 368, a lo mejor llevaría a aflorar otras tipicidades (legislación especial de contrabando).

**UNDÉCIMO.-** El anterior desarrollo no obsta a que puedan quedar al margen del derecho penal acciones que en una primera aproximación encajarían -como el consumo compartido- en los amplísimos contornos de la descripción típica del art. 368 CP pero en las que, como en éste, no se detecten las razones que motivan esa punición por faltar la *alteridad* . Se trataría, como en el *consumo compartido*, de actuaciones asimilables al autoconsumo, aunque se prediquen de un colectivo. No quiere decir ello que tales conductas se acomoden a la legalidad. Entre la atipicidad o irrelevancia penal de una conducta y su licitud desde el punto de vista de la globalidad del ordenamiento jurídico media un trecho. Hay conductas ilícitas -el cultivo de estas sustancias lo es siempre que no se cuente con la debida autorización ( art. 8.1 de la Ley 17/1967 ya citada que también evoca el Fiscal en su recurso)-, que pueden quedar fuera del ámbito de lo punible en esta como en tantas otras materias. De la falta de trascendencia penal no puede derivarse sin más la conformidad con el ordenamiento jurídico.

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

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



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

Evaluar cuándo aquella filosofía que vertebra la atipicidad de la "compra compartida" puede proyectarse sobre supuestos de cultivo colectivo es una cuestión de caso concreto y no de establecimiento seriado de requisitos tasados que acabarían por desplazar la antijuricidad desde el bien jurídico -evitar el riesgo para la salud pública- a la fidelidad a unos protocolos cuasi-administrativos pero fijados jurisprudencialmente. Pueden apuntarse indicadores, factores que iluminan a la hora de decidir en cada supuesto y que son orientadores; pero no es función de la jurisprudencia (como sí lo sería de una hipotética legislación administrativa de tolerancia) establecer una especie de listado como si se tratase de los requisitos de una licencia administrativa, de forma que la concurrencia, aunque fuese formal, de esas condiciones aboque a la inoperancia del art. 368; y la ausencia de una sola de ellas haga nacer el delito. Eso significaría desenfocar lo que se debate de fondo: perfilar la tipicidad del art. 368. Se castiga la promoción del consumo ajeno, pero no la del propio consumo. La actividad que, 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 favorecerán la apreciación de la atipicidad el reducido número de personas que se agrupan informalmente con esa finalidad, el carácter cerrado del círculo; sus vínculos y relaciones que permiten conocerse entre sí y conocer sus hábitos de consumo y además alcanzar la certeza, más allá del mero compromiso formal exteriorizado, de que el producto se destina en exclusiva al consumo individual de quienes se han agrupado, con la razonable convicción de que nadie va a proceder a una redistribución o comercialización por su cuenta; los hábitos de consumo en recinto cerrado. Quedaría definitivamente ratificada esa estimación, aunque no sea este dato imprescindible, si el cultivo compartido va seguido de un consumo compartido. La ausencia de cualquier vestigio de espíritu comercial u obtención de ganancias por alguno o por varios; la absoluta espontaneidad y por supuesto voluntad libre e iniciativa propia de quienes se agrupan, (lo que permite excluir los supuestos en que se admite a un menor de edad que carecerá de madurez para que su consentimiento en materia perjudicial para la salud como ésta pueda considerarse absolutamente informado y por tanto libre) son otros factores de ponderación.

No se trata tanto de definir unos requisitos estrictos más o menos razonables, como de examinar cada supuesto concreto para indagar si estamos ante una acción más o menos oficializada o institucionalizada al servicio del consumo de terceros (aunque se la presente como modelo autogestionario), o más bien ante un supuesto de real cultivo o consumo compartido, más o menos informal pero sin pretensión alguna de convertirse en estructura estable abierta a terceros. Algunas orientaciones al respecto pueden ofrecerse, pero en el bien entendido de que finalmente habrá que dilucidar caso a caso la presencia o no de esa condición de *alteridad*, aunque aparezca camuflada bajo una ficticia apariencia de autogestión.

El número poco abultado de los ya consumidores de cannabis concertados que adoptan ese acuerdo de 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, no dejará de ser ilícita-, ayudarán a afirmar la atipicidad por asimilación al cultivo al servicio exclusivo del propio consumo.

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

Tratándose de consumo, que no de cultivo, compartido habrá que estar a las pautas reiteradas en la jurisprudencia bien entendidas, es decir, no como requisitos *sine qua non*, sino como criterios o indicadores que orientan en la tarea de discriminar entre el autoconsumo colectivo y la facilitación del consumo a terceros. Lo decisivo no es tanto el ajustamiento exacto a esos requisitos, a modo de un listado reglamentario, cuanto la comprobación de la afectación del bien jurídico en los términos en que el legislador quiere protegerlo.



Si no, degradaríamos el bien jurídico -salud pública- convirtiendo anómalamente el delito en una especie de desobediencia a la jurisprudencia. El ataque a ese bien jurídico penalmente tutelado no depende tanto de que se hayan *cumplimentado* formalmente todas esas exigencias o no, de modo que si faltase cualquiera de ellas (local cerrado; consumo inmediato...) ya necesariamente quedaría invadido el campo penal, como de otros rasgos de mayor fuste de los que aquellos son meros indicadores.

**El primer motivo del recurso del Fiscal merece ser acogido** con la consecuencia de dictar una segunda sentencia tras la casación de la emanada de la Audiencia.

**DUODÉCIMO.-** Los motivos segundo y tercero del recurso postulan encajar los hechos para tres de los recurridos (los que ocupan cargos en la Asociación: Presidente, Secretario y Tesorera) bien en el delito de **asociación ilícita** de los arts. 515.1 y 517.1 ° y 2° CP ( **motivo segundo** ); bien, alternativamente, en el delito de integración en **grupo criminal** de los arts. 570 ter 1 c ) y 570 quater 1 y 2 CP ( **motivo tercero** ).

En realidad no son motivos totalmente autónomos respecto del ya analizado. Aparecen como una consecuencia de la estimación del primero que obligaría a replantear esas tipicidades. No hay en la sentencia ningún argumento adicional para rechazar esa pretensión acusatoria alternativa más allá de la ausencia de carácter delictivo de la actividad de la asociación o grupo. En rigor nada específico hay que argumentar contra la sentencia sobre esas cuestiones. Se trataría de una única infracción de ley (error en la subsunción jurídica) con consecuencias diversas. Cada una de esas repercusiones no debe necesariamente configurar un motivo diferenciado. Serán cuestiones a abordar más bien en la segunda sentencia, como sucede en otros muy frecuentes supuestos: v.gr., secuelas, en la penalidad derivadas de la estimación de un motivo por infracción de ley para apreciar un delito rechazado en la instancia. Un recurso en el que se ataca una absolución argumentando que unos hechos son típicos (art. 849.1°) no exige motivos diferenciados para reclamar la imposición de una pena o la fijación de responsabilidad civil.

La sentencia de instancia descarta esas dos tipicidades disyuntivas invocadas con un razonamiento bien simple y más que suficiente a la vista de lo que se había resuelto en cuanto al delito contra la salud pública. En tres líneas (último párrafo del fundamento de derecho sexto) zanja la cuestión: si la actividad no es constitutiva de delito, decae el fundamento de esas dos infracciones que exigen como presupuesto que el objetivo de los responsables sea la comisión de ilícitos penales.

El silogismo es impecable; aunque, como señala el Fiscal, desautorizada una de sus premisas han de revisarse las conclusiones.

Habría que hacerlo efectivamente en abstracto; pero en concreto no es necesario. Se puede orillar tal cuestión. Con independencia de otros aspectos controvertibles, será suficiente anunciar que, como se argumenta en la segunda sentencia que debemos dictar, se entiende apreciable un error de prohibición. En estas dos infracciones ( arts. 515 y 570 ter CP ) el carácter *delictivo* (no meramente *ilícito* ) de los hechos que se promueven asociativa o colectivamente constituye un elemento típico. La asociación para ser delictiva ha de tener por objeto cometer algún delito o promoverlo después de su constitución ( art. 515.1 CP ). El Grupo criminal ha de perseguir la perpetración de delitos o faltas. Ninguna de las dos figuras penales consiente la forma culposa. Por tanto el error, aun en la hipótesis de que fuese *evitable*, lleva *inevitablemente* a ratificar el pronunciamiento absolutorio de la instancia bien que con argumentación diferente ( art. 14.1 CP ), y sin que ello suponga prejuzgar sobre el fondo respecto de esas tipicidades alegadas.

**Los motivos segundo y tercero del recurso del Ministerio Fiscal han de ser rechazados.**

**DÉCIMO TERCERO.-** En su escrito impugnando el recurso la defensa invoca la conocida doctrina constitucional limitadora de las posibilidades de revisión de sentencias absolutorias al margen de la inmediatez. El hito inicial en nuestro ordenamiento de ese estándar hay que situarlo en la STC 167/2002, de 18 de septiembre . Se ha reiterado luego en más de un centenar de pronunciamientos del TC (entre muchas otras, SSTC 21/2009, de 26 de enero , o 24/2009, de 26 de enero , 80/2013 o 120/2013 ).

El Fiscal se anticipaba en su escrito de recurso a esa previsible objeción citando la STS 370/2014, de 9 de mayo .

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

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

**FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por **EL MINISTERIO FISCAL**, contra Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Vizcaya, que absolvió a Nemesio, Pablo, Palmira, Pilar y Rubén por un delito contra la salud pública, **por estimación del motivo primero de su recurso y con desestimación del resto de ellos y en su virtud casamos y anulamos dicha Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya** con declaración de las costas de este recurso de oficio.

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

Asimismo comuníquese esta sentencia al Tribunal Constitucional con atento oficio e interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Andrés Martínez Arrieta

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Francisco Monterde Ferrer

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Luciano Varela Castro

Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral García Andrés Palomo Del Arco

Ana María Ferrer García Pablo Llarena Conde

RECURSO CASACION núm.: 1765/2014

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

**TRIBUNAL SUPREMO****Sala de lo Penal Segunda Sentencia**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D<sup>a</sup>. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

En Madrid, a 21 de febrero de 2018.

Esta sala ha visto causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Bilbao, fallada posteriormente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección sexta), y que fue seguida por un delito contra la salud pública en su modalidad de drogas que no causan grave daño a la salud teniéndose aquí por reproducidos todos los datos que aparecen en el encabezamiento de la Sentencia recurrida y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como se expresa.

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



## ANTECEDENTES DE HECHO

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

**SEGUNDO.**- Aunque no había sido invocada, en la deliberación y a tenor tanto del hecho probado como de la fundamentación de la sentencia de instancia se suscitó la eventualidad de apreciar en los acusados una situación de **error** que pudiera atraer la aplicación del art. 14 CP . Algunos datos consignados en los hechos probados, el contexto sociológico así como el debate de que se hace eco la fundamentación jurídica de la sentencia reseñando pronunciamientos contradictorios de diversos Tribunales existentes en aquel momento, nutrían ese planteamiento.

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

**TERCERO.**- El Ministerio Fiscal en un extenso y fundado dictamen rechaza toda situación de error que, además, de existir, encontraría su tratamiento penal adecuado en el art. 14.1 CP (error de tipo), según su argumentada opinión.

La defensa, en un escrito de alegaciones también extenso, arguye que, de considerarse típica y antijurídica la conducta, nos enfrentaríamos a un error de prohibición que reputa invencible y que, debería arrastrar a desestimar el recurso y refrendar, aunque fuese por razones diferentes, la absolución decretada por la Audiencia Provincial.

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

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

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

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

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

## FALLO

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

**1.-** Que debemos **absolver y absolvemos** a los acusados Nemesio , Pablo y Palmira de los delitos contra la salud pública y asociación ilícita o grupo criminal de los que eran acusados.

**2.-** Debemos absolver y absolvemos a Pilar y Rubén del delito contra la salud pública de que venían siendo acusados.



3.- Se declaran de oficio las costas causadas.

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

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Andrés Martínez Arrieta

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Francisco Monterde Ferrer

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Luciano Varela Castro

Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral García Andrés Palomo Del Arco

Ana María Ferrer García Pablo Llarena Conde

### VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. Antonio del Moral García A LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL RECURSO Nº 1765/2014 Y AL QUE SE ADHIERE EL EXCMO. SR. D. Manuel Marchena Gómez.

Coincidimos íntegramente con el contenido de la sentencia de casación. Únicamente discrepamos de la solución final alcanzada en la segunda sentencia por razones puramente procesales y no de fondo.

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

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

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

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

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

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

Considerar que es dato decisivo que el tema implicado y no resuelto por la Audiencia al inclinarse por una absolución por otras razones luego desacreditadas en casación (prescripción, atipicidad, ausencia de una condición de perseguibilidad...) haya sido expresamente planteado nos abocaría a una asimetría perversa e injustificada o a autolimitarnos indebidamente. En efecto, ejemplificando con el caso que ahora se nos



presenta: si en la instancia las defensas hubiesen suscitado la cuestión del error, lo correcto sería devolver el conocimiento a la Audiencia para resolver esa cuestión. No parece técnica asumible desde ningún punto de vista dictar segunda sentencia necesariamente absolutoria pese a considerarse que la conducta es típica, al no poder decidir sobre la naturaleza del error sin intermediación. Eso acabaría aniquilando la eficacia de todo recurso de casación contra sentencias absolutorias por razones estrictamente jurídicas reduciéndola a un efecto doctrinal proyectado solo hacia el futuro y sujeto siempre a la asunción que los órganos inferiores hiciesen del criterio jurisprudencial ( STC 37/2012, de 19 de marzo ).

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

No hay razones para no equiparar ambas situaciones.

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

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

Evocamos uno de ellos.

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

Estos son los argumentos manejados:

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

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

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

*Hay casos en que aparece de manera diáfana que es esa la única salida viable si se quiere preservar un adecuado orden procesal. Cuando una sentencia que absuelve; v.gr., por prescripción del delito, sin fijar hechos probados con precisión o sin analizar la prueba o eventuales problemas de tipicidad por considerarlo innecesario a la vista de la constatación de los periodos de paralización es anulada por el Tribunal de casación al estimar que la*



prescripción se había interrumpido y que, por tanto, estaba indebidamente aplicado el art 113 CP e indebidamente inaplicado el art. 114 CP, obligar a dictar segunda sentencia de fondo a la Sala de casación es inviable. No solo se hallaría en la imposibilidad de hacerlo en algunos casos (no puede fijar los hechos probados sin haber presenciado la prueba), sino que, además y sobre todo en los puntos que resolviese directamente, sin previo pronunciamiento de la Audiencia, estaría privando a las partes tanto de la posibilidad de impugnar, como de la oportunidad de que la Audiencia resolviese en primera instancia de una forma más favorable a sus intereses.

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

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

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

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

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

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

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

Del mismo modo, es exigible ese pronunciamiento previo del tribunal de instancia para que pueda considerarse debidamente respetado el derecho que el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, reconoce a favor de toda persona declarada culpable de un delito para que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescrito por la ley. La ley española regula para los delitos que se juzgan por las audiencias el sistema de juicio oral y única instancia con recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Si esta sala dictara sentencia de fondo en el caso presente, violaría ese derecho del art.

14.5 conocido ordinariamente como el derecho a la doble instancia".

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

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



El razonamiento final de esa sentencia ha quedado desautorizado por la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 146/2017):

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

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

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

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

Manuel Marchena Gómez Antonio del Moral García