

Detalles

Desfavorable a Condenado

ROJ: STS 3981:2015

ECLI: ES:TS:2015:3981

Mencionado en

- Mementos

Penal Económico y de la Empresa

Penal

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- El Juzgado de Instrucción núm. Seis de los de Bilbao inició Procedimiento Abreviado nº 1386/2013, contra Ángel Daniel, Camilo, Caridad, Guillerma y Gabino, y 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 Ángel Daniel, el cargo de Secretario al acusado Camilo y el cargo de Tesorera a la acusada Caridad. 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:

º-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 CÁÑAMO 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 suscriptor 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 respalda 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 Alejo y 0,609 gramos en poder de Desiderio;

-el día 14 de noviembre de 2011, una cantidad aproximada de 18 gramos en poder de Ismael, 4,99 gramos en poder de Roberto, 3,968 en poder de Luis Pedro y 5,1 gramos en poder de Augusto.

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 Guillerma y Gabino, 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 Ángel Daniel, Camilo, Caridad, Guillerma y Gabino, 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 infracción de ley y vulneración de precepto constitucional por el Ministerio Fiscal que se tuvo por anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos por el Ministerio Fiscal.

Motivo primero.- Por infracción de ley, al amparo del 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 Ángel Daniel, Camilo, Caridad, Guillerma y Gabino se instruyó del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal impugnando todos sus motivos; la Sala admitió el mismo, 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 del corriente elevar el asunto al Pleno Jurisdiccional de esta Sala que se señaló para el día veinticuatro de marzo de 2015.

6.- Conforme a lo acordado, por providencia de fecha siete de abril de dos mil quince se dispuso conferir audiencia a las partes en virtud del art. 897.2 LECrim para que manifestasen lo que estimasen conveniente sobre la eventual aplicación del art. 14 CP, quedando en suspenso la deliberación.

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

8.- La continuación del Pleno fue señalada para el día 8 de julio del corriente, llevándose a cabo las pertinentes deliberaciones, 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).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Bizkaia (Sección Sexta) reputa que los hechos probados no son constitutivos de delito. Lo justifica a través de un discurso elaborado y reflexivo, con pertinente cita tanto de pronunciamientos jurisprudenciales de los que trata de extraer consecuencias que estima lógicas y congruentes; como de sentencias de Audiencias provinciales directamente referidas a la cuestión controvertida (algunas en sintonía con la opinión que finalmente acoge; otras, discordantes).

En síntesis entiende que la actividad de la asociación, aun con especiales características, constituye un supuesto de lo que denomina «cultivo compartido» que, como variante del consumo compartido, sería, según dicho órgano, tan atípico como lo es el cultivo para consumo personal. En el cultivo compartido, sostiene el Tribunal de instancia, al igual que en el consumo compartido, no se identifica finalidad de tráfico. Presenta una nota peculiar: mientras que el consumo compartido se caracteriza por el consumo de la droga en un momento episódico, al cultivo compartido es inherente cierta permanencia. El cultivo se desarrolla durante un período de tiempo y su producto se reparte entre los partícipes, sin que, lógicamente, se produzca un consumo en grupo puntual, sino dilatado o prolongado en el tiempo. Esa perdurabilidad no aparece en el caso de los acopios para fiestas o celebraciones, con los que habitualmente se relaciona el consumo compartido.

SEGUNDO.- 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 esa 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: Alejo e Desiderio). De cualquier forma este elemento dista 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 en la valoración de estas conductas. Tiene relevancia pero tan solo como signo externo y elocuente (aunque no imprescindible) de la alteridad que es presupuesto de la punición de estas actividades.

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 que se preocupa de enfatizar la ausencia de móviles lucrativos en los acusados.

CUARTO.- Tras este argumento incidental sobre un tema puntual, retomemos un 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. Como 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 las 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 mayor tolerancia acompañada de rigurosos controles y reglamentación, huyendo del prohibicionismo absoluto.

Es ese un debate que ni puede ser solipsista ni dar las espaldas a una política criminal supranacional. En esta materia esa política no es predominantemente interna; no descansa en exclusiva en los parlamentos nacionales, lo que 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 expresión de algún comentarista, pero siempre respetando

con fidelidad lo que se presenta como voluntad clara e inequívoca de la ley; sin traicionarla haciéndola decir lo que no dice; o ignorando lo que dice.

De nuestro marco legal vigente por tanto es de donde han de extraerse 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.

Ese marco tiene su pieza central en el art. 368 CP; pero no la exclusiva: 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 al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas. El proceso de revisión a que está sometida en la actualidad 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:

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

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

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

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

2. Las conductas expuestas en el apartado I 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 en base a 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. 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.

Bélgica ofrece otros ejemplos.

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.

En Uruguay la reciente 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-.

Cuatro Estados de USA -Colorado, Washington, Oregón y Alaska- han legalizado el uso recreativo de la marihuana. Otros veinte lo habían hecho, desde 1996, para exclusivo uso medicinal. Las normas 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.

A nivel europeo es digna de mención alguna reciente iniciativa en Alemania (aunque el grupo que la promueve y el marco normativo europeo imperante hacen presagiar fundadamente que no llegará a puerto) destinada a regular el consumo de Marihuana mediante una Ley específica (Cannabiskontrollgesetz).

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 que no es 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.

Ha de incluirse una referencia a la Ley Foral Navarra 24/2014, de 2 de diciembre, reguladora de los colectivos de usuarios de cannabis de Navarra. Tal norma (arts. 22 y 23) proporciona cobertura legal a la distribución de cannabis entre los agrupados en una asociación. Debe bastar ahora constatar que la vigencia de tal Ley está suspendida en virtud de resolución de fecha 14 de abril de 2015 del Pleno del Tribunal Constitucional (asunto 1534-2015) al admitirse a trámite el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno.

A nivel prelegislativo el proyecto de Ley Vasca de Adicciones, aprobado por el Consejo de Gobierno Vasco en diciembre de 2014, pretende dar soporte legal a esas asociaciones para el consumo colectivo y responsable de las personas asociadas (art. 83).

La Resolución SLT/32/2015, de 15 de enero, del Departamento de Salud de la Generalitat de Cataluña, por la que se aprueban criterios en materia de salud pública para orientar a las asociaciones cannábicas y sus clubs sociales y las condiciones del ejercicio de su actividad para los ayuntamientos de tal comunidad es otra referencia aunque de nivel muy inferior. Contempla asociaciones sin ánimo de lucro que se autoabastecen de cannabis y lo distribuyen entre sus socios, mayores de edad, para consumo en un ámbito privado con finalidades terapéuticas y/o lúdicas. Se fijan criterios sobre las condiciones de acceso, prohibición de consumo de otras drogas o bebidas alcohólicas, limitaciones horarias o de ubicación o de todo tipo de publicidad de las asociaciones o de sus establecimientos.

Por fin, una Ordenanza municipal del Ayuntamiento de San Sebastián aprobada en el Pleno celebrado el 30 de octubre de 2014 pretende regular la ubicación de clubs sociales de cannabis y las condiciones de ejercicio de su actividad.

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 ingesto de la droga por diversas vías orgánicas que no sea aquella que esté expresamente autorizada por tener finalidad terapéutica o positiva para la salud" (STS 670/1994, de 17 de marzo). Si se entendiese de otra forma el consumo ilegal, vaciaríamos el tipo penal: todo el ciclo de la droga tiene siempre como último puerto de destino una acción de autoconsumo (salvo supuestos nada frecuentes que, precisamente por ello, en algunos casos pudieran no estar cubiertos por la tipicidad del art. 368: vid STS 469/2015, de 30 de junio). Que ese autoconsumo no sea punible no lo convierte en legal.

Lo explica el citado precedente jurisprudencial: "Al negar el carácter ilegal del autoconsumo el recurrente está confundiendo la ilicitud genérica de un acto dentro del ordenamiento jurídico con la ilicitud penal, cuando esta es sólo 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 psicotrópicas cuya promoción, favorecimiento o facilitación veta el precepto, tutelando el bien jurídico de la salud del consumidor, ha de entenderse toda utilización o ingesto de la droga por diversas vías orgánicas que no sea aquella que esté expresamente autorizada por tener finalidad terapéutica o positiva para la salud. La tesis del recurrente de que por el hecho de que el autoconsumo no está sancionado penalmente, es un consumo legal, por lo que toda entrega o facilitación de la droga a un consumidor no puede entenderse como favorecimiento del consumo ilegal que exige el tipo del art. 344, vaciaría de contenido dicho precepto penal y desampararía el bien jurídico que pretende tutelar, que se vería puesto en peligro con actos que no podrían ser reprimidos cuando, por el contrario, es precisamente ese consumo por los drogodependientes lo que, en defensa de la salud pública, se pretendecombatir con la norma prohibitiva y sancionadora de su promoción, favorecimiento y facilitación que se incluye en el citado artº. 344.

El carácter ilegal o de ilicitud genérica y en el terreno administrativo del consumo de drogas deviene de los compromisos internacionales, adquiridos por España al suscribir y ratificar los Convenios sobre represión del tráfico de Drogas de 1936; el Convenio Único sobre estupefacientes de

1961 y el Convenio sobre Uso de Sustancias Sicotrópicas de 1971, que tienen carácter de Derecho interno desde su publicación (artº. 96.1 C.E .). Estos Convenios sólo consideran lícito el consumo de tales sustancias para usos médicos o de investigación científica (artº 1.2 del Convenio de 1961). Para cumplir la aplicación interna de lo convenido, la Ley 17/1967 , ya citada en otro lugar de esta resolución, impone en su artº. 1º un control del Estado sobre el ciclo de producción y distribución de aquellas sustancias, y expresamente determina que todas las incluidas en la Lista IV de las anexas al Convenio son "géneros prohibidos". De ahí que la tenencia o consumo de tales géneros, fuera de los supuestos expresamente autorizados y sin cumplir las prevenciones administrativas que tales supuestos contemplan, constituyan un ilícito administrativo, el alcance, forma o conveniencia de cuya sanción pueda debatirse, pero sin que sea discutible la ilegitimidad en su caso de los actos que conculquen aquellas normas administrativas, como es el consumo indiscriminado y fuera de las pautas reguladoras del

mismo de aquellas sustancias. La propia procedencia de su comiso y destrucción, aunque sean ocupadas en poder de un autoconsumidor que no comete ilícito penal, revela el carácter ilícito de su posesión ya que en definitiva se trata de géneros prohibidos.

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

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

El cultivo es una de las acciones expresamente mencionadas en el art. 368. 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 presupuesta 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 extensión ya aludida de la conducta castigada en el tipo penal, combinada con la consideración como impune del consumo propio (por más que no pueda definirse como legal desde el punto de vista general del ordenamiento jurídico), así como la necesidad, confesada o no, de limitar el alcance del precepto punitivo embridando su aptitud gramatical para acoger acciones muy dispares, ha llevado a considerar atípico no sólo el consumo particular, sino también el practicado en grupo aunque se identifiquen actos de auxilio o facilitación recíproca entre los integrantes del colectivo que siempre ha de ser reducido (singulamente, encargarse de la adquisición de la sustancia).

Si particularizamos los requisitos reiterados por el propio TS para aplicar esta doctrina, las posibilidades de ser proyectada 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 igualmente y con intervención de notario entre los socios participantes." La sentencia rememora que uno de los acusados "elevó al Fiscal Delegado de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña para la prevención y represión del tráfico ilícito de drogas... una suerte de memoria explicativa de las actividades de la Asociación y en concreto de la plantación de cáñamo índico de la finca de Riudecoms, que dio origen a la incoación de unas diligencias respecto a las cuales recayó Decreto de archivo, en cuanto se reputaba que los hechos puestos de manifiesto no revestían los caracteres de delito, en consideración a que "la referencia de la producción para el consumo se especifica que se acota exclusivamente a la producción concreta del autoconsumo, que debe entenderse como individual, no punible, y no a autoconsumo colectivo de la asociación que plantearía serios problemas de tipificación penal".

La sentencia sienta la siguiente afirmación: "Es claro que los acusados sabían lo que hacían y por lo tanto conocían los elementos del tipo, pues en su memoria explicativa de las actividades de la asociación expusieron su actividad de plantación

de cáñamo índico en la finca de Riudecoms, como consta en los hechos probados. Quienes saben que cultivan cáñamo índico saben todo lo necesario para obrar con dolo en relación al art. 344 CP., a pesar de que puedan haber pensado que esta conducta no era la definida en el tipo penal como prohibida".

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

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

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

Repasemos las directrices de esa doctrina de la mano de la STS 360/2015, de 10 de junio, muestra bien reciente de ella. Su proximidad temporal invita a seleccionar esa de entre 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 (STS1102/2003, de 23 de julio , 850/2013, de 4 de noviembre y 1014/2013, de 12 de diciembre , entre otras).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Según se expresa en la STS 1014/2013, de 12 de diciembre , alguna de estas exigencias puede ser matizada, o incluso excluida en supuestos específicos, pues cuando un número reducido de adictos se agrupan para la adquisición y ulterior consumo compartido de alguna sustancia estupefaciente, y la intervención penal se realiza en el momento inicial de la adquisición,

puede ser difícil constatar la concurrencia de la totalidad de dichos requisitos, que solo podrían concretarse por completo en el momento del consumo.

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

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

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

DÉCIMO.- 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 una colectividad. No quiere decir ello que tales conductas se acomoden a la legalidad. Entre la atipicidad o irrelevancia penal de una conducta y su licitud desde el punto de vista de la globalidad del ordenamiento jurídico media 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 también puede alcanzar, en otro orden de cosas, a la decisión compartida de cultivo de la conocida como marihuana para suministro en exclusiva a ese grupo de consumidores en condiciones congruentes con sus principios rectores que hacen asimilable esa actividad no estrictamente individual al cultivo para el autoconsumo. Se distancia así esa conducta tolerable penalmente de una punible producción 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 manifestación de ser usuarios para hacerlos partícipes de ese reparto para un consumo no necesariamente compartido, inmediato o simultáneo.

Evaluar cuándo aquélla filosofía que inspira 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 a ese 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 esa atipicidad por asimilación al cultivo al servicio exclusivo del propio consumo.

En el supuesto ahora analizado un reducido núcleo de personas organiza, y dirige la estructura asociativa. Disponen y preparan toda la intendencia, abastecimiento, distribución, control, cultivo,... y ponen tales estructuras al servicio de un grupo amplio e indiscriminado de usuarios que se limitan a obtener la sustancia previo pago de su cuota y de su coste. Eso es facilitar el

consumo de terceros. Hay distribuidores -aunque sean también consumidores- frente a simples consumidores receptores. Esa forma de distribución es conducta no tolerada penalmente.

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 independientes del ya analizado. Aparecen como una consecuencia de la estimación del primero que obliga 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. Por tanto 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 variadas. 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: secuelas, v.gr. 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 va a orillar tal cuestión. Con independencia de otros aspectos controvertibles, será suficiente anunciar que, como se explicará y argumentará en la segunda sentencia que debemos dictar se entiende apreciable un error de prohibición vencible. 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 siendo 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.

Tal doctrina, bien asentada en la actualidad, hunde sus raíces en una más lejana en el tiempo emanada del TEDH. La STEDH Ekbatani contra Suecia es un primer punto de referencia (26 de mayo de 1988). Luego vendrían otras tres que comparten fecha: 29 de octubre de 1991 (casos Helmer, Jan-Ake Anderson y Fejde respectivamente contra Suecia). La doctrina ha sido refrendada en múltiples pronunciamientos más próximos en el tiempo: SSTEDH de 8 de febrero de 2000 (casos Cooke contra Austria y Stefanelli contra San Marino); 27 de junio de 2000 (caso Constantinescu contra Rumania) y 25 de julio de 2000 (caso Tierce y otros contra San Marino), y con matices y variaciones y modulaciones, muchas posteriores.

El respeto a los principios de publicidad, inmediatez y contradicción, integrantes los tres del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria examinada directa y personalmente por el Tribunal que proclama ex novo la culpabilidad en un debate público en

el que se respete la posibilidad de contradicción sobre la totalidad del acervo probatorio. Por tanto, cuando en apelación -o casación- se plantean cuestiones de hecho referidas a la valoración o ponderación de pruebas personales de las que depende la condena o absolución del acusado, deviene imprescindible la celebración de vista pública en segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas. El Tribunal de apelación ha de oír personalmente a los testigos, peritos y acusados que hayan prestado declaración en el acto del juicio, dada la naturaleza personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y corregir la efectuada por el órgano de instancia. Sin esa percepción directa no podrá modificar los hechos probados para conducir a la condena del acusado.

Queda a salvo lo que es valoración estricta de cuestiones jurídicas. La revisión puramente jurídica de una sentencia absolutoria para sustituirla por un pronunciamiento condenatorio sin afectar en nada de signo agravatorio al relato fáctico de la sentencia de instancia es legítima y conforme con esa reiterada doctrina. Ni la revisión en beneficio del reo ni la fiscalización, aunque sea contra reo, de la subsunción jurídico penal están vedadas.

La STC 205/2013, de 5 de diciembre desarrolla estas ideas cumplidamente:

"La cuestión referida a la condena en segunda instancia en virtud de valoración de pruebas personales no practicadas con intermediación ha sido objeto de tratamiento en múltiples ocasiones por este Tribunal, que ha establecido a través de sus pronunciamientos un cuerpo de doctrina estable cuyo origen se encuentra en la STC 167/2002, de 18 de septiembre, y que viene reiterándose en otras muchas desde entonces.

Tal como recordábamos en la STC 272/2005, de 24 de octubre, "según esta doctrina consolidada resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen a presencia del órgano judicial que las valora. Corolario de lo anterior será que la determinación de en qué supuestos se ha producido vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (cristalizado ahora en la garantía de intermediación) es eminentemente circunstancial, pues lo decisivo es si la condena de quien había sido absuelto en la instancia trae causa en primer lugar de una alteración sustancial de los hechos probados y, de ser así, si tal apreciación probatoria encuentra fundamento en una nueva reconsideración de medios probatorios cuya correcta y adecuada apreciación exige la intermediación; esto es, que sea el órgano judicial que las valora el órgano ante quien se practican... Por ello no cabrá efectuar reproche constitucional alguno cuando la condena pronunciada en apelación (tanto si el apelado hubiese sido absuelto en la instancia como si la Sentencia de apelación empeora su situación) no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia del órgano a quo, o cuando, a pesar de darse tal alteración, ésta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración o, finalmente, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del Juez de instancia por no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la Sentencia de instancia y no alterados en la de apelación, pero a partir de los cuales el órgano ad quem deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la intermediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales" (FJ 2).

Si -prosigue esta STC- el razonamiento del Tribunal Supremo se limitó a un aspecto puramente jurídico: la interpretación de la norma penal y de las causas de exclusión de la antijuricidad, sin alterar el relato contenido en los hechos probados, no puede hablarse de vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

No deviene indispensable una audiencia personal del acusado en los casos de debate estrictamente jurídico como el que se ha llevado a cabo en casación en este supuesto: "la exigencia de la garantía de la audiencia del acusado en fase de recurso depende de las características del proceso en su conjunto. Más concretamente, en la STEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 53, se destaca que cuando se celebra una audiencia pública en la primera instancia, la omisión del debate en apelación puede estar justificada por las particularidades del procedimiento, teniendo en cuenta la naturaleza del sistema de apelación, la índole de las cuestiones que han de resolverse, el alcance que la decisión del recurso puede tener y la medida en que los intereses del afectado han sido realmente satisfechos y protegidos. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado también que cuando el Tribunal de apelación ha de conocer de cuestiones de hecho y de derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa (entre otras, STEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 55; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía, § 39; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, § 64; 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 27), resaltando, además, que tras revocar la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que éste es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él (STEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, §§ 58 y 59)." (STC45/2011, de 11 de abril, FJ 3).

También se ha destacado que "desde la STC 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 15, que cuando a partir de los hechos declarados probados en la primera instancia, el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria sea

una cuestión estrictamente jurídica, para su resolución no resulta necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indica que tras celebrarse una vista pública en primera instancia, la ausencia de debate público en apelación puede justificarse por las particularidades del procedimiento considerado, teniendo en cuenta la naturaleza del sistema de apelación interno, el alcance de los poderes del órgano de apelación, la manera en que los intereses del demandante han sido realmente expuestos y protegidos ante éste, y principalmente la índole de las cuestiones que éste tiene que juzgar... Así, ante un Tribunal de apelación que goza de plenitud de jurisdicción, el artículo 6 no garantiza necesariamente el derecho a una vista pública ni, si dicha vista ha tenido lugar, el de comparecer personalmente en los debates' (entre otras STEDH de 16 noviembre 2010, caso García Hernández c. España § 24; 16 diciembre 2008, caso Bazo González c. España § 30). De acuerdo con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dicha audiencia pública no es necesaria cuando el Tribunal ad quem se limita a efectuar una distinta interpretación jurídica respecto a la realizada en la instancia anterior. Por esta razón, en la mencionada STEDH de 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España, se consideró inexistente la vulneración del art. 6.1 Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en la medida en que los aspectos analizados por la Audiencia Provincial poseían un aspecto puramente jurídico, sin que los hechos declarados probados en primera instancia hubieran sido modificados.' (§ 36)." (STC 45/2011, FJ 3).

En dicha Sentencia se precisaba que "si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre cuestiones jurídicas, ya sea por la configuración legal del recurso -como en nuestro sistema jurídico ocurre, en tantas ocasiones, en la casación penal-, ya sea por los concretos motivos que fundamentan la solicitud de agravación de condena planteada por los acusadores, para su resolución no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, sino que el Tribunal ad quem puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En tales supuestos, en cuanto el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte podría entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, en quien se encarnaría la efectividad del derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte." (STC 45/2011, FJ 3).

Estas directrices interpretativas encuentran respaldo, entre otras, en la STEDH de 22 de octubre de 2013 -caso Naranjo Acevedo c. España-. Cuando el Tribunal Supremo en vía de recurso se pronuncia "sobre la definición jurídica del delito con carácter general" analizando el alcance de aspectos puramente jurídicos, "sin que los hechos probados en primera instancia, hayan sido modificados", no se requiere audiencia específica. Otra exégesis cancelaría la posibilidad de recurso de casación contra toda sentencia absolutoria pues, como se afirmaba en el acuerdo del Pleno de esta Sala de 19 de diciembre de 2012, no existe un trámite idóneo para esa audiencia personal.

DÉCIMO CUARTO.- Son inmunes por tanto a esa doctrina las condenas dictadas ex novo en fase de recurso que respetan íntegramente la resultancia fáctica (tanto en su vertiente objetiva como en la subjetiva) pero llegan a conclusiones contrapuestas sobre la subsunción jurídico-penal. A eso nos limitamos aquí al estimar el recurso del Ministerio Fiscal. Para nada hay que modificar el hecho probado.

A lo largo de la fundamentación jurídica la sentencia revisada reitera en diversos pasajes la sustancial conformidad de las partes en lo que constituyen los hechos nucleares.

El último apartado del relato fáctico es prescindible. No son hechos probados, sino hechos no probados que no contradicen los proclamados en párrafos anteriores. Se encadenan una serie de asertos -muchos ni siquiera eran afirmados en el escrito de acusación- para negar que hayan quedado acreditados: que la asociación no se limitase a distribuir marihuana o cannabis en cualquiera de sus formas; que la droga hubiese sido entregada a no socios, o en cantidad mayor a la pactada; que se produjese algún lucro por parte de los acusados en la medida en que todo el dinero recibido se destinaba a costear los gastos derivados de esa actividad. Se considera asimismo inacreditado que alguno de los socios tuviese intención de distribuir la sustancia recibida entre personas no integrantes de la Asociación, ni a título oneroso ni a título gratuito (hecho éste que tampoco figuraba en el acta acusatoria del Ministerio Público).

Ninguno de esos elementos negados afecta al desarrollo jurídico que se ha efectuado. Los hechos narrados antes de ese último párrafo (puramente negativo pues recoge hechos no probados, y no hechos acreditados) encajan según se ha expresado en el art. 368 CP. Es indiferente la presencia o no de ánimo de lucro; como lo es la difusión efectiva o, ni siquiera, el ánimo de difundir, a personas diferentes a sus 290 socios. También carece de consecuencias penales que las cantidades dispensadas no sobrepasasen las marcadas por socio y por periodo.

Buena parte de esos hechos no se mencionaban en la acusación por lo que incluso en rigor sobraba una alusión expresa en la sentencia. No es necesario dar por no acreditado un hecho desfavorable no alegado por la única acusación.

Otros son irrelevantes a efectos de casación: el recurso del Fiscal no contradice ninguna de esas aseveraciones.

La mencionada doctrina sobre los límites de la revisión de sentencias absolutorias no constituye por tanto obstáculo alguno para la estimación del recurso del Fiscal.

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

FALLO

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 Ángel Daniel, Camilo, Caridad, Guillerma y Gabino 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.

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

Manuel Marchena Gómez Cándido Conde Pumpido Tourón Joaquín Giménez García Andrés Martínez Arrieta Julián Sánchez Melgar José Ramón Soriano Soriano José Manuel Maza Martín Miguel Colmenero Menéndez de Luarda 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

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

Fallo: 04/02/2015

Recurso N°: 1765/2014

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

SEGUNDA SENTENCIA N°: 484/2015

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez

D. Cándido Conde Pumpido Tourón

D. Joaquín Giménez García

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Julián Sánchez Melgar

D. José Ramón Soriano Soriano

D. José Manuel Maza Martín

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda

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^a. Ana María Ferrer García

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Septiembre de dos mil quince.

En la 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 por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen y bajo la Presidencia del Primero y la Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

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

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Al dictar esta segunda sentencia tras la casación de la que provenía de la Audiencia asumimos a tenor de la ley las funciones del tribunal de instancia en todo lo pendiente de resolver como consecuencia de la anulación, con la obvia limitación, que por otra parte deriva de la naturaleza del motivo estimado (art. 849.1º LECrim), de mantener en su integridad los hechos probados; combinada con la obligación de solventar todas las cuestiones que al no haber sido abordadas por el Tribunal de instancia en congruencia con el sentido absolutorio de su pronunciamiento, habremos de resolver por primera vez (art. 902 LECrim).

En casos excepcionales en que deviene imposible la asunción plena de esa tarea (v. gr., casación de una sentencia que decretó una absolución por prescripción y que por ello omitió toda motivación fáctica o algún debate jurídico enjundioso) se ha tenido que optar por el desenlace que la Ley prevé para los motivos por quebrantamiento de forma (reenvío al tribunal de instancia: art. 901 bis a). Es también esa técnica la procedente en algunos supuestos que hoy se canalizan a través del art. 852 LECrim.

No es este el caso. No hay óbice alguno para afrontar el dictado de esa segunda sentencia, pero siendo escrupulosos para dar respuesta a todas las cuestiones suscitadas en la instancia o que podrían haberse suscitado por iniciativa del órgano jurisdiccional (incluidas, v. gr., posibles atenuantes, invocadas o no) (vid. STC 148/2003, de 14 de julio).

SEGUNDO.- 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.

En relación a los dos acusados Guillerma y Gabino es de apreciar la cláusula atenuatoria vinculada a la escasa entidad del hecho contemplada en el párrafo segundo del citado precepto. Su colaboración es descrita en la sentencia como ocasional. Ya de la petición de pena del Ministerio Fiscal (6 meses de prisión) se desprende que consideraba aplicable ese subtipo (según lo viene catalogando la jurisprudencia) proveniente de la reforma de 2010. Solo a través de esta vía se podría llegar al quantum solicitado.

Es factible ese doble encuadramiento de los hechos (368.1 y 2) respecto a los distintos partícipes en un delito, como éste, de tracto continuado, en atención a la mayor o menor permanencia u ocasionalidad y el carácter más o menos protagonista de la contribución de cada uno de los coautores. Cabe la aplicación individualizada del art. 368.2º CP sólo a alguno o algunos de los partícipes si se constata la escasa entidad de su contribución o su carácter esporádico (SSTS 872/2013, de 31 de octubre o 506/2012, de 11 de junio).

TERCERO.- 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, alimentaban 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. Tal previsión evoca en alguna medida las análogas del art. 733 o del art. 788.3.2º LECrim si bien exclusivamente en lo que encierran de herramienta procesal de salvaguarda o fortalecimiento del principio de contradicción; no en lo que pueden comportar de modulaciones o forma de perfilar las exigencias del principio acusatorio.

Aunque la ley sitúa esa incidencia en el marco de una vista oral, nada impide su implementación a los casos en que se ha prescindido de ese trámite. Esa llena de sentido aplicación extensiva o análoga a los casos en que no se celebra vista oral (que cuenta además con precedentes en esta Sala, no numerosos pero tampoco insólitos), viene favorecida por un importante argumento de historia legislativa: la redacción del precepto proviene de una época en que la vista era hito obligado en la tramitación del recurso de casación. Al suprimir el legislador su imperatividad olvidó acoplar esta norma. La adecuación se puede efectuar por vía interpretativa.

CUARTO.- 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, en efecto, de considerarse típica y antijurídica la conducta, nos enfrentaríamos a un error de prohibición que reputa invencible y que, por tanto, debería arrastrar a desestimar el recurso y refrendar, aunque fuese por razones diferentes, la absolución decretada por la Audiencia Provincial.

Se imponen unas previas consideraciones dogmáticas sobre el error en derecho penal y su régimen legislativo, terreno que, -y esto es un lugar común- constituye campo bien abonado para polémicas doctrinales y hondas discrepancias que en la mayoría de las ocasiones no son simples divergencias puntuales sobre un tema accesorio de escasa aparición en la práctica sino reflejo de enfrentadas concepciones sobre algunos de los elementos que integran el concepto de delito. No es misión nuestra ni mediar en esa discusión doctrinal ni entretenernos en disquisiciones infecundas para resolver el asunto concreto que se nos somete a consideración (máxime tratándose de una segunda sentencia en la que la función casacional aparece muy difuminada).

De ser apreciable -luego lo discutiremos-, 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 previamente 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 son reflejo algunas iniciativas legislativas (ley de Navarra), normativas de rango inferior o de otro tipo (Proposición no de Ley para su debate en el Parlamento Vasco para crear una ponencia específica para el análisis de una solución regulada de los denominados Clubs sociales de cannabis, en la que se hablaba de alegalidad); así como otros factores que tanto la sentencia de instancia como la estimatoria del recurso de casación del Fiscal, ponen de relieve, podía hacer pensar a los acusados que la actividad que desarrollaban no solo quedaba fuera del mandato de prohibición que emana del art. 368 CP, sino también que no era frontalmente contraria a la legalidad.

Se impone en este punto del itinerario discursivo, un excurso: lo que se exige para un reproche respetuoso con el principio de culpabilidad es el conocimiento genérico de la antijuricidad de la conducta. No es exigible que el autor conozca en particular y en concreto los contornos exactos y fronteras precisas de la tipicidad penal. Otro entendimiento sería absurdo: solo los juristas (probablemente no todos) podrían incurrir en responsabilidad por algunos tipos penales. Estar fundadamente convencido de que el delito del art. 379 CP exige una velocidad superior a ochenta km/h también en vía urbana, no anula la responsabilidad penal de quien conduce a más de sesenta km/h en viales internas de una población. Procede la condena sin dificultad alguna derivada del error; como procede también la de quien por haber residido fuera de España durante años o provenir de otro país con diferente normativa ignorase que esa conducta desde 2007 ha engrosado el elenco de conductas prohibidas mediante la amenaza de una pena, sustrayéndola del ámbito sancionador administrativo. Como tampoco excusaría de responsabilidad penal la ignorancia, que puede ser muy fundada y creíble, de que a partir del uno de julio último determinada acción, antes penalmente irrelevante, ha pasado a ser constitutiva de delito. Es claro que el debate jurídico, doctrinal o judicial sobre el ámbito de un determinado delito es muy diferente a la cuestión de verificar en un caso concreto si estamos ante un error de prohibición. Es suficiente el conocimiento genérico de la ilicitud de la conducta; no es necesaria la seguridad de que la acción encaja en un tipo específicamente penal.

Pues bien desde esta perspectiva, de existir, el error habría que adscribirlo necesariamente a la categoría del error de prohibición y no al de tipo. No se trataría solo de la creencia de estar ante un consumo legal en contraste con un consumo ilegal, que es la base de la que parte el Fiscal para reconducir el debate al error de tipo. Es otro el enfoque: creer que la notoria prohibición legal de cultivar y distribuir sustancias estupefacientes no abarca en virtud de ciertas interpretaciones judiciales las actividades de esas asociaciones si se atienen a ciertos requisitos, es estar confundido no sobre un elemento fáctico configurador de la conducta típica; ni siquiera sobre una especie de excusa absolutoria o sobre los requisitos de una "anómala" eximente. Versa el conocimiento equivocado sobre el ámbito y alcance de la prohibición.

La ubicación en uno u otro tipo de error no responde a la pura obsesión de categorización de los conceptos jurídicos. No es diletante conceptualismo.

Adquiere o puede adquirir enorme relevancia práctica ante un error vencible. Sin internarnos en los complicados vericuetos que inspiran o explican o pueden explicar su diferente régimen, nos basta constatar que con arreglo al art. 14 CP un error vencible de tipo solo merece reproche penal si el delito cuenta con una versión imprudente (lo que no sucede ni con el delito contra la salud pública, ni con los delitos de asociación ilícita o grupo criminal). Si el error evitable es de prohibición la solución es diferente: nacerá una responsabilidad penal aunque atenuada (rebaja en uno o dos grados de la pena del delito -en principio doloso: no es ahora cuestión de mediar en polémicas doctrinales- por el que se ha de condenar: art. 14.3 CP).

QUINTO.- Desde esas premisas, como sugiere el Fiscal, es harto discutible que existiese en los acusados certeza firme sobre la legalidad de su actuación. Muchos datos inclinan a pensar en una actitud muy próxima a la relativa indiferencia frente a esa cuestión: no importarles que pudiese no ser conforme con el ordenamiento jurídico, aunque sí se preocupasen de revestirla de apariencia de esa conformidad, asumiendo el alto riesgo de su ilicitud.

Pero también se detectan datos idóneos que nutren la otra hipótesis. Ya se han mencionado.

Aún tratándose del error (donde, como recuerda el Fiscal, se ha dicho en muchas ocasiones que ha de estar tan probado como el hecho mismo, al igual que se hace respecto de las eximentes o atenuantes en postulado discutido doctrinalmente y que, afirmado sin modulación alguna, no es asumible), siendo una hipótesis dotada de fundamento, armónica con muchos datos constatados y constatables, más que razonable -aunque no segura-, y, en principio, con un grado de probabilidad equiparable al de la hipótesis alternativa, puede abrirse paso en una sentencia. Ante un panorama como el descrito hay que admitir la presencia de ese error como una inferencia que, sin estar expresamente afirmada (no necesitó plantearse al Tribunal a quo pues absolvía por razones metodológicamente previas), transita por la narración fáctica y la fundamentación jurídica de manera implícita; fluye de ellas. Es inferencia admisible por ser beneficiosa para los acusados. No fue alegada por las defensas, pero no podemos obviarla por ello pues implica una aminoración de la responsabilidad penal.

SEXTO.- Sería exagerado, incompatible con el hecho probado e inasumible desde todo punto de vista tachar de invencible el error. Que los acusados actuasen alentados por la infundada esperanza de que su actuación podría ser tolerada o confiando en que algunos órganos judiciales pudieran acoger la tesis que propugna la irrelevancia penal de estos hechos es una actuación nada prudente, que roza la temeridad y no se cohonesta bien con una actitud de fidelidad incondicionada y escrupulosa a la norma. Era exigible mayor cautela y un mínimo esfuerzo sincero de indagación. Porque, y esto es determinante, lo que resulta patente como se explicó en la anterior sentencia es la contradicción con la legalidad de la actividad desplegada. La conciencia de que sopesaban y se representaron como posible la antijuricidad de su actividad queda evidenciada por la forma en que se redactan los Estatutos de la Asociación. Demuestran conocer mediante cita expresa de algunas sentencias (que, leídas, distan mucho de proporcionar marco legal a la actividad asociativa) los angostos márgenes de la doctrina del consumo compartido. A la hora de describir su actividad se cuidan de ocultar la producción de cannabis y su distribución entre los socios previa contribución a los gastos a través de unas cifras fijadas como cuota y otras como contraprestación por el coste de la sustancia recibida en cada caso. Una convicción absoluta, sin atisbo alguno de duda, avalada por averiguaciones y consultas serias, ni concurre ni es compatible con el hecho probado. Su eventual creencia equivocada se hubiese despejado probablemente mediante la presentación de sus estatutos ante la autoridad gubernativa con una descripción transparente de la real actividad que se proponían sin esconderla bajo fórmulas ambiguas e invocaciones retóricas de unos consejos jurisprudenciales. Si ante eso la autoridad gubernativa, pese a tratarse de una actividad claramente ilegal, hubiese dado curso a la inscripción, de forma tácita o expresa, podríamos plantearnos -no asegurar- la inevitabilidad del error.

Los recurrentes no hicieron nada por superar ese error que vamos a considerar en su beneficio como hipótesis factible. Antes bien huyeron de mecanismos (claridad en sus estatutos, por ejemplo) que habrían logrado disipar dudas, y evitar el error. Los hechos probados y la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia proporcionan base suficiente para considerar probable una creencia equivocada; pero ninguna para tildarla de inevitable.

El error de prohibición evitable comporta una culpabilidad disminuida que ha de traducirse en una atenuación penológica. El error ha de considerarse evitable cuando el autor alberga razones para sospechar la ilicitud de su conducta y cuenta con medios para alcanzar el conocimiento de esa ilicitud, siéndole exigible hacer uso de ellos antes de actuar. La valoración sobre la vencibilidad del error es un juicio hipotético en el que, según se ha dicho con razón, lo decisivo no es estrictamente la posibilidad fáctica de evitar el error, sino también el deber de evitarlo (es más, si no es posible no existe el deber). Las coordenadas apuntadas confluyen en este supuesto.

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

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

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

No nos enfrentamos a una conducta estereotipadamente lícita socialmente. Más bien al contrario.

En otro orden de cosas no había urgencia en decidir y actuar. Era una decisión por su propia naturaleza postergable.

Tampoco sirve a la tesis de la invencibilidad del error el principio de confianza en la jurisprudencia o decisiones judiciales al que se acude en ocasiones. La doctrina más solvente hace distinguos. Cuando la jurisprudencia es contradictoria se diferencia entre sentencias divergentes de tribunales de distinto rango (hay que estar al criterio del tribunal superior sin que el particular pueda invocar para sostener la invencibilidad de su error el del tribunal inferior). Cuando confluyen sentencias contradictorias de tribunales de igual jerarquía es opinión mayoritaria que el autor que hace suyo el criterio que le es más favorable, asume también el riesgo de violar la ley, de modo que si, no obstante, actúa, lo hace siempre, en principio en error de prohibición

evitable, si no con conciencia eventual del ilícito; sin perjuicio de que alguno de esos supuestos pudiera ser tratado como caso de no exigibilidad.

De cualquier forma este excurso es innecesario. Solo pretende reforzar conclusiones ya obtenidas: recordemos que lo exigible no es el conocimiento de la ilicitud penal, sino el conocimiento de la ilicitud en general. Los pronunciamientos judiciales dispares existentes y antes reflejados versan tan solo sobre el alcance típico del art. 368 CP, y no sobre la ilicitud de la conducta que no es discutida.

Podemos afirmar la vencibilidad del error: los acusados debieron cuestionarse la posible ilicitud de su conducta y les hubiera sido factible confirmar, al menos, la ilicitud extrapenal, si no también su probable o al menos más que razonable ilicitud también penal. Sin eso primaba la obligación de abstenerse de una actividad probablemente ilícita.

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

SÉPTIMO.- El Ministerio Fiscal acusaba simultáneamente en régimen de alternatividad por los delitos de asociación ilícita o grupo criminal. Estas tipicidades se derrumban ante la presencia de un error vencible. Actuar sin conciencia de que las acciones promovidas son constitutivas de delito se convierte en error de tipo en relación a esas dos figuras penales que incorporan como elemento normativo esa categoría jurídica -"delitos o faltas"-

. El error de tipo vencible reconduce los hechos a la imprudencia, es decir a la versión culposa del delito pero solo cuando esté expresamente prevista (art. 12 CP). Como se anticipó en la anterior sentencia no sucede así con ninguna de estas dos tipicidades lo que conduce a la desestimación de esa pretensión acusatoria.

OCTAVO.- No es de apreciar la atenuante de dilaciones indebidas que reclamaba la defensa de los acusados. La causa se incoó en noviembre de 2011. El enjuiciamiento se produjo en sesiones que finalizaron el 29 de mayo de 2014. La sentencia está fechada el 16 de junio de 2014. Dos años y medio aproximadamente no es un retraso extraordinario en el sentido exigido por el art. 21.6 CP, atendiendo a los estándares que maneja la jurisprudencia, y ponderando los hechos que han sido objeto de investigación y la pluralidad de acusados. Ni se señalan (folios 500 a 515 de la causa), ni se detectan paralizaciones en la tramitación.

Sin duda en ésta como en muchas otras causas sería deseable una mayor agilidad que razones estructurales dificultan. Pero no basta ese desideratum compartido para edificar una atenuación que el derecho positivo concede solo en casos en que los retrasos rebasan parámetros habituales (art. 21.6 CP). Esa opción legislativa guarda armonía con los perfiles atribuidos tanto por nuestro TC como por el TEDH al derecho al enjuiciamiento en un plazo razonable o a un proceso sin dilaciones indebidas (por aludir a la doble nomenclatura en la que algunos descubren algo más que un debate terminológico). No toda infracción de los plazos procesales ni toda excesiva duración de las actuaciones judiciales supone una vulneración de ese derecho fundamental. El juicio sobre el alcance concreto de las dilaciones y sobre su carácter indebido, emergerá como producto de la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso de los criterios objetivos que se han ido paulatinamente precisando: la complejidad del asunto, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que arriesgan los implicados, su conducta procesal y la de las autoridades, entre otros (SSTC 89/2014, de 9 de junio y 99/2014, de 23 de junio). Desde esa óptica interpretativa no se aprecian dilaciones extraordinarias que puedan dar vida a una atenuante.

NOVENO.- A la hora de individualizar las penas ha de partirse del diferente tratamiento que se ha dado, en sintonía con la acusación del Ministerio Fiscal, a los acusados Ángel Daniel, Camilo y Caridad frente a los otros dos imputados. La pena del delito contra la salud pública es la de prisión comprendida entre uno y tres años además de multa del tanto al duplo del valor de la droga. Por virtud del art. 14.3 CP habrá de rebajarse al menos un grado, degradación simple que nos parece la más ajustada: la actitud mostrada por los acusados no es la propia de quien parte del respeto a la legalidad y actúa con una convicción clara, segura y firme, aunque equivocada, de licitud, en error del que solo aplicando un esmerado celo o escrúpulo pudiera haber salido. Bordea los linderos de un posicionamiento de indiferencia (no importa que pueda no ser legal) y de la asentada intuición de que probablemente no solo contradecía el ordenamiento jurídico (lo que basta para cubrir la exigencias del requerido conocimiento de la antijuricidad: no es necesario saber además que la conducta encaja en un tipo penal), sino que además con arreglo a los cánones implantados en la jurisprudencia era cuestión más que controvertible que no estuviesen invadiendo el territorio del Código Penal. La ocultación de lo que aparece como núcleo principal de la actividad -cultivo de la sustancia para distribuirla entre los socios- que se camufla deliberadamente bajo unas ambiguas y estratégicas referencias a recomendaciones de la jurisprudencia es manifestación de esa situación anímica muy cercana a la conciencia de la antijuricidad, que si no se ha llegado a afirmar pese a su elevada probabilidad, es por optar por la alternativa de las razonablemente posibles más favorable a los acusados.

El arco penológico en el que por tanto hemos de movernos oscila entre seis meses, y un año menos un día de prisión. Un ligero incremento sobre el mínimo se revela prudente a la vista de que era una actividad no esporádica, que se desplegó durante varios meses: la sustancia ocupada es solo una parte del total distribuido que indudablemente fue superior. La cuantificación en ocho meses de prisión aparece como ponderada.

La degradación ha de extenderse a la pena de multa que no será imponible más que en una cantidad comprendida entre la mitad de su valor y éste disminuido en un euro. Así lo viene afirmando una jurisprudencia tan nutrida como uniforme (por todas SSTs 503/2012, de 5 de junio, 243/2013, de 25 de enero o 1020/2013, de 27 de diciembre) desde el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de 22 de julio de 2008. Se concluyó que la imprevisión de una regla específica para buscar los grados inferiores de las penas de multa proporcionales puede integrarse aplicando por analogía la fórmula prevista para el resto de las penas. Si en estas a partir de la reforma de 2003 hay que descontar un día para no solapar el máximo de la pena inferior con el mínimo de la superior, la analogía ha de extenderse a ese punto.

Paralelamente a lo razonado para la pena de prisión se cuantificará la multa en una cantidad moderadamente superior al mínimo resultante de ese descenso en un solo grado.

Una puntualización deviene necesaria: los hechos probados no contienen más valoración de la droga que la asignada en la Asociación: dos euros por cada gramo. No consta en el factum la tasación oficial. Con independencia de que además no carece de sentido lo que razona sobre ese punto el escrito de impugnación de los recurridos, no hay debate posible ante esa omisión. Los hechos probados de la sentencia obligan a atenerse a los efectos del art. 377

CP a ese monto, lo que significará una rebaja en comparación con la cantidad de la que partía la acusación.

A los otros dos acusados, Guillerma y Gabino corresponde una pena degradada sobre la prevista en el art. 368. 2º; lo que nos sitúa en una horquilla que va de tres meses, a seis meses menos un día de prisión. Su colaboración, que no consta haya ido más allá de lo episódico (ocasionalmente dice el hecho probado) invita a buscar el mínimo. No hay datos, por otra parte, para cuantificar una multa al no constar qué cantidad de droga habían llegado a manipular o preparar. La multa que pedía el Fiscal era, seguramente por eso, casi simbólica.

El decomiso de la sustancia y metálico es consecuencia ineludiblemente ligada a estas infracciones (art. 374 CP).

DÉCIMO.- Decretándose la absolución por una de las conductas delictivas por las que se acusaba y conforme al sistema de distribución por delitos procede declarar de oficio la mitad de las costas procesales. El resto debe ser distribuido a prorrata: cada uno de los condenados abonará un décimo del total de las costas.

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a los acusados Ángel Daniel, Camilo y Caridad 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 Eur.) CON RESPONSABILIDAD PERSONAL SUBSIDIARIA en caso de impago DE VEINTE DÍAS.

Asimismo debemos absolver y absolvemos a los tres citados Ángel Daniel, Camilo y Caridad de los delitos de asociación ilícita y grupo criminal de los que, en régimen de alternatividad, eran acusados.

Debemos condenar y condenamos a Guillerma y Gabino 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.

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

Manuel Marchena Gómez Cándido Conde Pumpido Tourón Joaquín Giménez García Andrés Martínez Arrieta Julián Sánchez Melgar José Ramón Soriano Soriano José Manuel Maza Martín 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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

VOTO PARTICULAR

FECHA:07/09/2015

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Cándido Conde Pumpido Tourón, AL QUE SE ADHIEREN EN SU TOTALIDAD EL EXCMO. SR. D. Joaquín Giménez García Y LA EXCMA. SRA. D^a Ana María Ferrer García, Y PARCIALMENTE, EL EXCMO. SR. D. Andrés Martínez Arrieta, EN LA SENTENCIA DICTADA POR EL PLENO DE ESTA

SALA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 1765/2014, N° DE SENTENCIA 484/2015, DE FECHA 7 DE SEPTIEMBRE DE 2015, SOBRE TIPICIDAD DE LAS ASOCIACIONES DE CULTIVO COMPARTIDO DE CANNABIS.

Con todo el respeto a la sentencia mayoritaria debo manifestar mi discrepancia parcial con la misma, en el sentido de estimar que, por razones de seguridad jurídica, es conveniente que esta Sala determine con mayor precisión los límites de la tipicidad en los supuestos de agrupaciones para el cultivo y consumo compartido de cannabis.

Primero.- En primer lugar debo expresar mi conformidad con la sentencia mayoritaria en el sentido de que el caso enjuiciado en la sentencia impugnada excede de dichos límites, y asimismo mi adhesión al voto particular del Magistrado D. Joaquín Giménez García en el sentido de que debió valorarse como invencible el error de prohibición apreciado, por las razones que se expresan en el mismo.

Segundo.- La función actual del Tribunal Supremo, más allá de su papel tradicional de intérprete de la ley, de mero guardián de la norma, se ha transformado en una misión de interés más general: hacer evolucionar el derecho, adaptarlo a los cambios sociales, y garantizar la seguridad jurídica unificando la jurisprudencia.

En el caso de la Sala de lo Penal, constituye una garantía de la libertad, como valor esencial del Estado de Derecho, que determine con absoluta precisión y certeza el ámbito de las conductas típicas, para asegurar la predictibilidad de las resoluciones judiciales en un sector del ordenamiento en el que el poder público utiliza como reacción a las conductas prohibidas el arma más contundente de que dispone el Derecho: la pena.

Tercero.- La sentencia mayoritaria admite la aplicación de la doctrina de la atipicidad del consumo compartido a supuestos de agrupaciones de personas para el cultivo de marihuana destinada exclusivamente al consumo de los componentes del grupo (fundamento jurídico undécimo), y señala acertadamente diversos criterios que permitirán valorar o excluir cuando concurre dicha atipicidad (el número poco abultado de los ya consumidores de cannabis concertados que adoptan dicho acuerdo; el encapsulamiento de la actividad en el grupo...la ausencia de toda publicidad, ostentación o trivialización, etc.).

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

Cuarto.- El establecimiento de requisitos precisos para delimitar las conductas típicas en normas que definen comportamientos demasiado abiertos, forma parte de la práctica habitual de esta Sala. La evolución y adaptación del derecho a los cambios sociales, también. Buen ejemplo de ello lo constituye precisamente la doctrina de la atipicidad del consumo compartido, que ahora es necesario adaptar, en las nuevas circunstancias sociales, a la multiplicación de agrupaciones de consumidores de cannabis, estableciendo con claridad cuando pueden actuar al amparo de la doctrina jurisprudencial del consumo compartido.

Y cuando, por el contrario, nos encontramos ante acciones típicas, que deben ser sancionadas penalmente por utilizar dicha doctrina como mera cobertura para amparar comportamientos de difusión de productos estupefacientes que atentan contra el bien jurídico de la salud pública, como sucede en el supuesto enjuiciado por las razones expuestas en la sentencia mayoritaria, que compartimos básicamente.

Quinto.- En el Pleno jurisdiccional de esta Sala de ocho de julio de 2015, se propusieron y debatieron una serie de criterios o requisitos para la aplicación de la doctrina del consumo compartido a los supuestos de cultivo compartido de cannabis, que a nuestro entender permitirían una aplicación más segura de la persecución y sanción penal en esta materia, y por ello estimamos conveniente explicitar.

A) 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 pretende 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.

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 y el cultivo, 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 de terceros, y en consecuencia no están abarcados por el amplio espectro de conductas que entran en el radio de acción del precepto.

B) Al amparo de esta doctrina han proliferado agrupaciones de consumidores de hachís, que se dedican al autocultivo para autoconsumo, formando clubs de consumidores.

Este tipo de agrupaciones, muy consolidadas en la realidad social, han dado lugar a supuestos abusivos, en los que por el elevado número de los asociados, la modalidad de suministro del hachís, la posibilidad de distribución a terceros o las cantidades de droga manejadas, se exceden notoriamente los límites razonables de nuestra doctrina jurisprudencial, incurriéndose en conductas idóneas para perjudicar la salud pública porque promueven, favorecen o facilitan el consumo ilegal de hachís fuera del círculo de los consumidores habituales que se agrupan para el consumo compartido.

Se hace necesario, por ello, establecer limitaciones que, adaptando la doctrina del consumo compartido a la realidad social actual, eviten sin embargo la posibilidad de supuestos abusivos, notoriamente excluidos del espíritu y finalidad de la mencionada doctrina jurisprudencial.

C) En consecuencia, puede establecerse como criterio general que solo podrían ampararse en nuestra doctrina jurisprudencial sobre la atipicidad del consumo compartido:

1º) Aquellas agrupaciones constituidas para evitar el recurso al tráfico ilícito como vía de autosuministro, que reúnan a quienes fuesen previamente consumidores habituales, siempre mayores de edad y en pleno uso de sus facultades, estableciendo un período de carencia prolongado desde la incorporación a la agrupación a la adquisición del derecho a compartir la sustancia, para evitar el favorecimiento del consumo ilegal por terceros que se incorporen ocasionalmente para el consumo inmediato.

2º) Aquellos supuestos en los que el consumo se lleve a cabo exclusivamente en el interior de la agrupación, es decir "en lugar cerrado", como exige la doctrina del consumo compartido. La finalidad de esta exigencia es evitar la promoción pública del consumo y la posibilidad de compartir, comerciar o difundir la sustancia que se entregue para consumir fuera a quienes no forman parte de los inicialmente agrupados.

3º) Aquellos supuestos en que se circunscriba el consumo a un grupo reducido de adictos, identificables y determinados, por lo que estas agrupaciones no deberían sobrepasar un número limitado de miembros, que en ningún caso debería exceder de la treintena.

4º) Aquellas agrupaciones que suministren a sus miembros cantidades que no rebasen la droga necesaria para el consumo inmediato, sin superar el consumo diario.

El autocultivo debería, en consecuencia, limitarse a una producción que no supere el consumo previsible del número reducido de miembros que integren la agrupación, quedando excluido el ánimo de lucro pues los socios únicamente pueden compartir los gastos.

Estos criterios o requisitos, que constituyen una adaptación a la realidad actual de las agrupaciones de consumidores, de los requisitos establecidos tradicionalmente por nuestra jurisprudencia para el consumo compartido, pueden a nuestro entender complementar la doctrina de la sentencia mayoritaria, con el fin de garantizar la seguridad jurídica, y evitar en el futuro la posibilidad de errores de prohibición.

Sexto.- En conclusión, estimamos que el fallo de la sentencia mayoritaria debió ser absolutorio, en aplicación del error de prohibición invencible, y que en todo caso la sentencia debió incluir los requisitos precisos para aplicar al cultivo compartido la doctrina del consumo compartido, en los términos anteriormente expresados.

Cándido Conde Pumpido Tourón Joaquín Giménez García Andrés Martínez Arrieta

Ana María Ferrer García

T R I B U N A L S U P R E M O Sala de lo Penal

VOTO PARTICULAR

FECHA:07/09/2015

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Joaquín Giménez García Y AL QUE SE ADHIERE EL EXCMO. SR. D. Cándido Conde Pumpido Tourón Y LA EXCMA. SRA. D^a Ana María Ferrer García, respecto de la Sentencia nº

484/2015 de fecha 7 de Septiembre de 2015, recaída en el Recurso de Casación nº 1765/2014, interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección II, de fecha 16 de Junio de 2014 .

Desde el respeto que me merecen los compañeros firmantes de la opinión mayoritaria expresada en la sentencia, manifiesto mi discrepancia parcial con la misma y con el fallo condenatorio en su totalidad.

Primero.- Tres son los niveles del análisis efectuado en la sentencia.

El primer nivel se refiere a la doctrina de la Sala relativa al consumocompartido y a la imposibilidad de extender dicha doctrina al hecho descrito en los hechos probados de la sentencia de instancia. A esta cuestión se dedican

los fundamentos primero a undécimo de la sentencia casacional.

El segundo nivel está referido a la cuestión de la revisión de las sentencias absolutorias, tema al que se dedica el fundamento jurídico decimotercero y decimocuarto.

El tercer nivel se refiere a la culpabilidad atribuible a los absueltos en la instancia, en relación a la conducta antijurídica descrita en el hecho probado, llegando a la conclusión de que la teoría del error solo es aplicable en la modalidad de error de prohibición vencible, cuestión que se desarrolla en la segunda sentencia en la que se concluye condenando a los absueltos en la instancia, Ángel Daniel, Camilo y Caridad, como autores de un delito contra la salud pública en la modalidad de drogas que no causan grave daño a la salud con la concurrencia de un error vencible de prohibición a las penas de ocho meses de prisión y multa de cinco mil euros --absolviéndoles de los delitos de asociación ilícita y grupo criminal--, y condenando, asimismo, a Guillerma y Gabino como autores de un delito contra la salud pública en la modalidad de drogas que no causan grave daño a la salud, en la modalidad atenuada de escasa cantidad y con igual concurrencia de error vencible de prohibición a la pena de tres meses de prisión.

Hay que recordar que según el factum, Ángel Daniel era el Presidente de la "Asociación de Estudios y Usuarios del Cáñamo - EBERS-", el Secretario de la misma era Camilo y el cargo de tesorería correspondía a Caridad; por su parte Guillerma y Gabino se encontraban al tiempo de la intervención policial en el interior de la sede de la Asociación efectuando labores de preparación y envasado de bolsas, labores que preferentemente efectuaban el Presidente y el Secretario, siendo auxiliados ocasionalmente, y en ese momento por las dos personas antes citadas.

En definitiva, la sentencia de la mayoría arriba a la conclusión de que la actividad a la que se dedica la Asociación EBERS es claramente antijurídica, entendiendo tal antijuridicidad como la oposición al ordenamiento jurídico penal, y por tanto como un juicio despersonalizado de culpabilidad, no teniendo cabida en la doctrina de esta Sala iniciada en los años 1990 del consumo compartido, y seguidamente, considera que la misma le es reprochable penalmente, a los condenados, considerando la culpabilidad como un juicio personalizado de antijuridicidad condenándoles en los términos del fallo como autores de un delito contra la salud pública. En la sentencia de instancia la absolución lo fue en aplicación de la doctrina de esta Sala sobre el consumo compartido, por lo que no siendo la misma antijurídica, para el Tribunal de instancia, no se pronunció sobre su culpabilidad.

Segundo.- Comparto la decisión de la mayoría de que a los hechos descritos en el factum, no puede serles de aplicación la doctrina de esta Sala sobre la falta de tipicidad de los casos de consumo compartido, ya que la realidad que ofrecen los hechos desborda claramente la realidad valorada por esta Sala sobre la que se vertebra la doctrina del consumo compartido.

La sentencia de la mayoría recoge en los fundamentos expresados los elementos que nuclean tal doctrina de consumo compartido que es de claro origen jurisprudencial.

En efecto, hay que recordar que, en su origen, tal doctrina tuvo como justificación la atipicidad del consumo que desde el principio se predicó del tráfico de drogas, que limitaba --y limita-- su naturaleza antijurídica a los actos de intermediación que van desde la del cultivo hasta la puesta a disposición del comprador/consumidor. Son delitos todos los actos intermedios pero no el acto final de consumo. Hay que advertir la incoherencia lógica que supone tal planteamiento porque solo el consumo es posible si hay un acto de intermediación --con la extensión que describen los verbos nucleares del art. 368 Cpenal y sus precedentes legislativos--.

Tal falta de lógica es solo una consecuencia de la imposibilidad de reconducir a esquemas lógicos una realidad mucho más rica y compleja.

Precisamente, esta Sala II, ante la realidad social entonces apreciable de jóvenes que de forma más o menos episódica y con ocasión de eventos consumían conjuntamente drogas que eran adquiridas por uno del grupo para todos, para un consumo privado, conjunto e inmediato, estimó que no se atacaba ni se ponía en riesgo de difusión el consumo de drogas en la medida que todo el grupo era consumidor y se trataba de situaciones concretas y no generalizadas.

La sentencia en la mayoría recoge la jurisprudencia de la Sala sobre esta doctrina de la atipicidad del consumo compartido, fundamentalmente en el f.jdco. noveno con cita de las sentencias correspondientes.

Comparto tal doctrina y que asimismo, la realidad de la Asociación EBERS desborda las líneas de tal doctrina por lo que la construcción de la doctrina de la Audiencia de Bizkaia que justificó la absolución en la atipicidad de la acción no es de aplicación al caso de autos.

No puede hablarse de un cultivo compartido atípico como antecedente al consumo compartido atípico porque la realidad con que se alumbró tal teoría por la jurisprudencia de esta Sala ante la realidad de una asociación como EBERS que consta de 290 socios y que permite un acopio en el propio domicilio particular del asociado para seis meses, siendo la dosis diaria decada socio la de dos gramos, desborda de forma desproporcionada aquella realidad del consumo compartido.

En este sentido, comparto totalmente el criterio de la sentencia de la mayoría en el sentido de no ser de aplicación la doctrina del consumo compartido que se sostiene en la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia.

Solo una precisión en relación al dato de que los miembros integrantes del "consumo compartido" deben ser adictos, para evitar la difusión del consumo que se cita en las sentencias de esta Sala citadas en la sentencia de la mayoría.

Tal concepto de "adictos" ha sido matizado por la jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que no deben ser drogadictos strictu sensu, pues tal exigencia vaciaría de efectividad la aplicación de la doctrina. Basta con que sean consumidores con un protocolo de "consumidor de fin de semana" de suerte que lo que se quiere decir con tal exigencia es que no se introduzca en el consumo de drogas a una persona.

En tal sentido, se pueden citar las SSTS 76/2011 de 23 de Febrero y las en ella citadas, SSTS 983/2000 de 30 de Mayo y 237/2003 de 17 de Febrero.

En el mismo sentido y más recientemente en la STS 493/2015 de 22 de Julio.

Tercero.- Con lo razonado hasta aquí puedo concluir afirmando mi coincidencia con la decisión de la mayoría en el sentido de no ser de aplicación la doctrina del consumo compartido a la realidad del cultivo compartido, en consecuencia no se comparte la argumentación de la sentenciade instancia de su atipicidad en la que justificó su absolución.

Los hechos son antijurídicos y por tanto típicos desde la órbita penal delart. 368 Cpenal.

Cuarto.- Procede pasar al segundo y tercer nivel del examen.

Analizo en primer lugar el tema de la culpabilidad y de la concurrenciadel error como causa de exclusión de esta.

La Sala en el marco del art. 897-2º de la LECriminal concedió una audiencia tanto a los absueltos como al Ministerio Fiscal a fin de que expresaran su posición respecto de la posible concurrencia de un error en los absueltos.

Ambas partes emitieron sus respectivos posicionamientos en sus escritos de 15 de Abril de 2015 el Ministerio Fiscal y el 22 de Abril la defensa de los absueltos.

La posición del Ministerio Fiscal fue la de inexistencia de error alguno, ni de prohibición ni de tipo, en tanto que la defensa estimó que concurría un error invencible de prohibición por estar los absueltos en la creencia invencible de estar obrando legítimamente.

La tesis de la sentencia de la mayoría asume la teoría del error venciblede prohibición.

En la decisión de la mayoría de estimar que existió una capacidad deculpabilidad en la acción ejecutada por los condenados en los términos y con la extensión expresada en el fallo es donde manifiesto mi disconformidad contal decisión.

Desde una doble perspectiva, considero que no obstante ser la acción antijurídica y típica penalmente, no hubo culpabilidad ni por tanto capacidadde reproche en los ahora condenados y ello, insisto, desde una doble perspectiva:

Primero : por concurrir un error de prohibición invencible frente a la decisión de la mayoría que solo lo estimó como error vencible, y

Segundo : por la no exigibilidad de otra conducta a los ahora condenados. En tercer lugar se puede añadir los límites de revisión en sede casacionalde la sentencia absolutoria para convertirla en condenatoria, cuestión resuelta en el sentido afirmativo en la sentencia de la mayoría y por tanto, sin necesidad de oír a los absueltos, por ser una cuestión estrictamente jurídica y extramuros de toda re-valoración de prueba, cuestión abordada en el f.jdco. decimotercero de la sentencia de la mayoría, y de la que igualmente discrepo.

Quinto.- Abordo en este fundamento la cuestión del error de prohibiciónvencible aceptado en la sentencia de la mayoría.

En síntesis, el error en clave penal es la existencia de una informaciónequivocada en la persona concernida en relación a la ilicitud penal de la acción emprendida.

El Cpenal en el art. 14 describe dos tipos de error: el de tipo y de prohibición.

El error de tipo supone un conocimiento equivocado sobre un elemento del hecho típico o circunstancia de agravación que concurre y que desconoce el agente. Es en definitiva un error sobre la tipicidad.

El error de prohibición supone la creencia de estar actuando legítimamente cuando en realidad no es así. En definitiva, es un error sobre laculpabilidad, al estar constituido por la creencia de actuar legítimamente y de acuerdo a derecho.

Ambos tipos de errores pueden ser, a su vez, vencibles o invencibles, según se considere que la persona concernida pudo o no superar el conocimiento erróneo y conocer la realidad antijurídica de su acción o el dato del hecho típico.

En definitiva, la vencibilidad del error supone que la persona concernida pueda fácilmente despejarlo acudiendo a una fuente solvente de información jurídica.

Ambos tipos de error --de tipo y de prohibición--, cuya diferencia en la práctica, puede, en ocasiones, ser dificultoso como tiene reconocido esta Sala, tienen efectos diferentes según se trate de un error vencible o invencible. En los casos de error invencible de prohibición se excluye la responsabilidad penal, el error vencible de prohibición --el apreciado en la sentencia de la mayoría-- prevé la aplicación de una pena rebajada a la correspondiente al delito cometido; concretamente "...se aplicará la pena inferior en uno o dos grados..." -- art. 14-3º Cpenal --, que es lo que ha acordado la sentencia de la mayoría.

En definitiva, los casos de error son situaciones psicológicas en las que

se encuentra el sujeto concernido, afectado de esa información errónea a la que el ordenamiento jurídico le concede una relevancia normativa -- STS 826/2003 -

- en los términos expuestos.

El error de prohibición despliega su eficacia en relación al dolo que como es sabido se integra por un doble elemento intelectual y volitivo. El elemento intelectual, se integra por el conocimiento de la ilicitud penal de la acción, el elemento volitivo en querer dicha acción.

Pues bien, el error de prohibición que es el apreciado en la sentencia supone que hay un conocimiento equivocado sobre el hecho que afecta al conocimiento de su significación típica penalmente, y por tanto al resultado y consecuencias de su acción, habiéndose matizado por la jurisprudencia de la Sala que no existe error de prohibición si el agente está socializado normalmente y tiene un conocimiento usual de las normas de convivencia y cultura, bastando la mera sospecha de un proceder antijurídico aunque desconozca con exactitud el tipo penal o la pena. Basta en consecuencia el conocimiento de la probabilidad de su actuar antijurídico para que resulte responsable de las consecuencias de la acción emprendida en esa situación -- SSTS 1171/1997, 302/2003, 1074/2004, 171/2006 ó 429/2012, entre otras muchas--.

En definitiva, el error de prohibición es el reverso de la conciencia de la antijuridicidad -- STS 429/2012 --, y por ello debe ser firme y consistente - STS 737/2007 -- caso de autos supone el convencimiento sincero por parte de las personas concernidas de la corrección de su actuación.

Pues bien, la sentencia de la mayoría excluye la invencibilidad del error alegando que a los inicialmente absueltos les era exigible una "cierta cautela y un mínimo esfuerzo sincero de indagación", igualmente se alega que en los Estatutos de EBERS se cuidan de ocultar la producción de cannabis y su distribución entre los socios previa contribución a los gastos, igualmente se censura la falta de averiguaciones y consultas serias sobre la licitud de la actividad de la sociedad.

Retenemos el siguiente párrafo del f.jdco. sexto de la segunda sentencia de la mayoría :

"... Su eventual creencia equivocada se hubiera despejado probablemente mediante la presentación de sus Estatutos ante la autoridad gubernativa con una descripción transparente de la real actividad que se proponían esconderla bajo fórmulas ambiguas e invocaciones retóricas de unos consejos jurisprudenciales....".

"...Los recurrentes no hicieron nada para evitar ese error que vamos a considerar en su beneficio como hipótesis factible. Antes bien huyeron de las fórmulas (claridad de sus Estatutos) que habrían logrado disipar cualquier duda y evitar el error. Los hechos probados y la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia proporcionan base suficiente para considerar probable una creencia equivocada, pero ninguna para tildarla de inevitable....".

Se concluye en la sentencia alegando que los absueltos estaban en un estado de cierta duda y que solo desde esa hipótesis que sostiene la sentencia de la mayoría "...se explican hechos como algunas nada inocentes ambigüedades de los Estatutos asociativos....", aunque hay que decir que no se especifican ni se concretan las "nada inocentes ambigüedades", aunque pueda suponerse que se refiere a la producción del cannabis y su distribución entre los socios.

A mi juicio, el examen de los Estatutos de la Asociación EBERS, recogidos en esencia en el hecho probado de la sentencia de instancia, lo que acredita es justamente lo contrario: se está ante unos Estatutos, nada ambiguos y donde la omisión en ellos de la dosis diaria de cada socio y la posibilidad de acopio para su consumo en casa, no impide conocer con claridad que la finalidad de la Asociación era dedicarse al cultivo de cannabis para exclusivo consumo de los asociados.

Retenemos, en síntesis, los datos recogidos en el factum de dichos Estatutos.

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

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

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

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

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

Del examen directo de los Estatutos de la Asociación, que obran en las actuaciones se verifica que se contienen los elementos propios de una actividad asociativa concretándose el domicilio social, su ámbito territorial, órganos de gobierno y administración, órganos unipersonales, derechos y deberes de los socios, pérdida de la condición de socio, régimen sancionador, etc. etc.

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

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

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

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

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

Por ello el hecho de que los datos relativos al consumo diario de dos gramos por socio, al precio de dos euros, así como la posibilidad de retirar cada socio el consumo de seis meses para llevarlo a su domicilio, aunque no esté en los Estatutos, estimo que nada puede argumentarse en clave de simulación asociativa porque para cualquier lector de los Estatutos la conclusión que puede extraer de la lectura de los mismos de que se trata de cultivar el cannabis para consumo de los asociados, aparece diáfano y sin ambigüedades. Tanto más para la Administración Pública que inscribió la Asociación sin reservas.

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

a) Salir fumando cannabis del local.

b) Exhibir en la calle material adquirido.

c) Ser esperado por terceras personas en las proximidades del local.

d) Consumir en el local otras sustancias diferentes al cannabis, médico o no lucro.

Consta en la sentencia que cuando el Agente de la Policía Municipal NUM000 se introdujo de paisano en el local de la Asociación comprobó que para la entrega del cannabis era preciso la identificación como socio.

Igualmente se acreditó la existencia de un registro de socios y que se había procedido a sustituir los carnets antiguos por otros con fotografía.

Asimismo en el interior de la sede asociativa existían bien visibles carteles expresivos de las obligaciones de los socios en lo relativo a tener prohibida la entrada a personas no asociadas, la exhibición obligatoria del carnet o la prohibición de salir fumando.

En relación al número de asociados a la sazón existían 290 socios. En los Estatutos no se prevé la limitación numérica alguna, pero como se dice en la sentencia de instancia "es relevante, además, constatar que se intervino en el registro -de la Asociación- una relación de personas en lista de espera de ingresar en la Asociación, lo que apunta a que no se trataba de un número ilimitado y que se procuraba no rebasar unos límites autoimpuestos" --f.jdco. sexto, apartado quinto--.

Igualmente consta que en relación al socio Alejo que entregó en la calle a Desiderio el día 8 de Noviembre de 2011 cannabis que había adquirido en la Asociación, fue expulsado de la misma por infracción de la normativa interna.

En opinión del autor de este Voto discrepante, no puedo compartir las afirmaciones de la sentencia de la mayoría relativas a que los Estatutos maquillaron la realidad de la actividad asociativa. Se habla de "fórmulas ambiguas" y de que no existió claridad en los fines asociativos y así se califican de "nada inocentes ambigüedades de los Estatutos asociativos".

Sinceramente a la vista de los datos expuestos extraídos de la sentencia de instancia y con respeto a la opinión de la mayoría, no percibo ambigüedad alguna, y creo que el juicio de intenciones que traducen tales afirmaciones, anudado a la ausencia de

los datos consignados en el Reglamento de régimen interno o en los dos documentos que debían firmar los socios que no constaban en los Estatutos, no permite arribar a esa conclusión.

No veo ni ambigüedad, ni maquillaje, ni oscuridad tendente a conseguir una autorización que ocultara otra actividad de naturaleza delictiva, ni les era exigible una mayor claridad en los medios y fines asociativos.

Los asociados, querían una asociación legalmente inscrita y para una actividad que está descrita claramente en los Estatutos y que se correspondía con la realidad observada. La pieza separada de documentos que obra en las actuaciones contiene todos los datos correspondientes a la actividad de la asociación: el Reglamento de régimen interno al que ya me he referido, las hojas de inscripción, el contrato de previsión de consumo de cultivo colectivo, los impresos de autorización de recogida del cannabis, el libro de cuentas, con el diario de caja, diario de caja laboral, registro de gastos y cuenta de pérdidas y ganancias, la exigencia de que solo el carnet con foto será válido, incluso el contrato de trabajo de duración determinada en favor de un trabajador apareciendo EBERS como nombre de la empresa.

La inscripción de la Asociación en el Registro General de Asociaciones del País Vasco en virtud de resolución de 3 de Marzo de 2011, supuso --a mi juicio-- una creencia invencible en la licitud de la actividad y por tanto no obstante haber declarado que la actividad descrita no tiene acogida en la teoría de esta Sala del consumo compartido, como ya se ha dicho, de ahí no se deriva culpabilidad que se declara en la sentencia de la mayoría.

También se refiere la sentencia de la mayoría --f.jdco. sexto-- a la situación jurisprudencial existente en esta materia y la realidad de sentencias contradictorias --absolutorias y condenatorias-- en relación a la realidad de las Asociaciones del Cáñamo dictadas por diversas Audiencia Provinciales. Estima la sentencia de la mayoría que esta situación reforzaría la necesaria duda sobre la legalidad de tal actividad, por lo que se estaría ante un argumento más en contra de la teoría del error invencible.

Tampoco puedo aceptar tal criterio, solo es doctrina jurisprudencial la que emana de esta Sala de Casación como último intérprete de la legalidad penal ordinaria, y es a partir de ahora cuando se cuenta con el criterio de esta Sala en esta cuestión. Hasta ahora no existía criterio ni decisión al respecto por parte de esta Sala.

Como conclusión estimo que se está ante un error de prohibición invencible y como tal, de acuerdo con el art. 14.3º Cpenal queda excluida la responsabilidad penal de todos los condenados en la sentencia de la mayoría.

Sexto.- A la misma conclusión absoluta se llega, a mi juicio, desde el expediente de la no exigibilidad de otra conducta.

Se trata de una excepción al principio de culpabilidad no expresamente reconocida en el Cpenal pero que no es desconocida en la jurisprudencia de esta Sala.

La no exigibilidad de otra conducta actúa como una causa general de ausencia de culpabilidad a añadir a las expresamente reguladas en el Cpenal como causas que excluyen la culpabilidad, en las que la no exigibilidad de otra conducta viene a ser el fundamento de las mismas.

Esta Sala, bien como obiter dictum se ha referido a esta causa suprallegal de exculpación en las SSTs de 5 de Diciembre de 1997 y 30 de Junio de 1997, y más recientemente la ha aplicado en la STS 19/2015 de 22 de Enero de la que retengo el siguiente párrafo :

"...Es en esta situación conflictiva y transmática de la que surge, en opinión de la Sala (que a la persona concernida, condenada en la instancia) no le era exigible otra actuación en términos jurídicos. Dicho más claramente, se está ante una causa de exculpación en clave individual, vía no exigibilidad de otra conducta, a la vista de las concretas circunstancias particulares a que se ha hecho en la sentencia....".

Los hechos, en síntesis, se referían a la actitud pasiva de un miembro de la Guardia Civil que llevaba un mes en activo, de 22 años de edad, que estuvo

presente cuando el Cabo Primero de la Guardia Civil de 38 años agredió a las dos de la madrugada en la playa a una persona con clara extralimitación de su autoridad y con intención de humillación y de envilecimiento.

El miembro de la Guardia Civil recurrente fue absuelto por esta Sala del delito contra la integridad moral del art. 175 Cpenal del que fue condenado en la instancia en base a que en las circunstancias descritas en la sentencia no le era exigible otra conducta, encontrándose en una situación motivacional anormal dada su bisoñez y falta de experiencia. El Cpenal, se decía en nuestra sentencia, no puede exigir a persona alguna actos cercanos al heroísmo a la vista de las concretas circunstancias concurrentes.

Obviamente, el caso actual presenta otro escenario muy distinto pero que lleva a igual conclusión exculpatoria.

Se trata de una Asociación legalmente constituida que ha actuado a mi juicio con claridad, transparencia y normalidad, realidad asociativa que como luego se dirá, dista mucho de ser aislada o episódica.

A ello debemos añadir una serie de elementos que conforman una realidad social --la de las Asociaciones del Cáñamo--, que ofrece datos empíricos concretos que abonan la creencia de la licitud de tal actividad.

La propia sentencia de la mayoría reconoce esta nueva realidad social en España y fuera de España y esta nueva realidad asociativa.

Al respecto, se cita la Ley Foral de Navarra de 24/2014 recurrida actualmente ante el Tribunal Constitucional por el Presidente del Gobierno, y a nivel legislativo, la Ley Vasca de Adicciones aprobada por el Gobierno Vasco en Diciembre de 2014 y la Resolución de 15 de Enero de 2015 del Departamento de Salud de la Generalitat de Catalunya, incluso la Ordenanza Municipal del Ayuntamiento de Donostia/San Sebastián.

A ello se puede añadir los documentos 1 a 10 y el 22 de los aportados por la defensa con el escrito de defensa a los que ya se ha hecho referencia.

Más aún, cualquier ciudadano --el autor de este Voto lo ha hecho-- se puede acercar a cualquier quiosco kiosco de prensa de cierta entidad y adquirir revistas especializadas sobre las Asociaciones del Cábamo que dan consejos para su cultivo, para la mejora del producto y que incluso regalan semillas, fertilizantes o plaguicidas con la adquisición de los números correspondientes y con información amplia sobre ferias y otros eventos y técnicas de cultivo y selección de semillas.

Más todavía el día 28 de Octubre de 2014 tuvo lugar en el Palacio del Senado y bajo la Presidencia del Excmo. Sr. Juan Alberto, una reunión para el estudio del problema de las drogas con asistencia de diversos representantes de los partidos políticos, del Excmo. Sr. Fiscal de Sala Jefe de la Fiscalía Especial Antidroga, así como de la representante de la Plataforma de Asociaciones y Usuarios del Cannabis --PAUC--.

Solo citaré el dato alegado en dicha comparecencia por la representante de PAUC :

"...Hoy día, habrá unas 1000 ó 1200 Asociaciones en este país, y si consideramos que hay una media de 150 socios en dichas Asociaciones, quiere decir que alrededor de 150.000 usuarios acuden a esta forma de encontrar su sustancia....".

En esta realidad social, considero que los condenados en la sentencia de la mayoría se encontraban en la razonable y sincera seguridad de estar situados extramuros de una actividad delictiva, no les era exigible acudir a una fuente jurídica que les pudiera sacar de su error. No estaban instalados como una ambigua e interesada duda.

No se trata de la inexigencia de un acto heroico como en el caso de la STS 19/2015 ya citada. En el presente caso tal inexigencia de otra conducta se conecta con la realidad social descrita, reforzada en la inscripción de la Sociedad en el Registro Público correspondiente sin reserva u observación alguna.

En definitiva lo que persiguen este tipo de asociaciones es una alternativa al mercado negro de la adquisición del cábamo a través del cultivo asociativo -

-variante del cultivo personal--, que ante la orfandad normativa en que se encuentra, precisa --insisto-- una regulación precisa y clara que fije los límites que se estimen convenientes, cuestión que queda extramuros de la misión de esta Sala.

La función limitada de esta Sala, como último intérprete de la legalidad ordinaria, ha sido la de estimar que la doctrina del consumo compartido no puede extenderse a la realidad social del cultivo asociativo sin más limitaciones que las que quiera autoimponerse la asociación concernida, y ya en lo referente a la responsabilidad penal --la culpabilidad--, en mi opinión, y frente a la tesis de la mayoría, estar por la tesis del error invencible, y razonado, y por la causa de exclusión de la culpabilidad por la no exigibilidad de otra conducta. Por ambas vías concurrentes, se llega a la exclusión de la culpabilidad.

Séptimo.- Todavía existe una tercera vía que nos llevaría a la misma conclusión desde otra perspectiva, ya anunciada: se trata de los límites de la revisión casacional de las sentencias absolutorias en la instancia.

La doctrina de la Sala, sintetizada en varias resoluciones, se puede resumir con la STS 493/2015 de 22 de Julio que recogiendo la doctrina tanto del TEDH y del Tribunal Constitucional llega a la conclusión de la especial rigidez que tienen las sentencias absolutorias, las dificultades de separar lo fáctico de lo jurídico, y la conclusión de ser exigible la audiencia de los absueltos como presupuesto para la revocación de la absolución y su condena.

Con la STS 462/2013 de 30 de Mayo, debemos recordar que la doctrina sobre la revisión de las sentencias absolutorias en la instancia del Tribunal Constitucional, ha ido consolidándose, desde la primera sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, la STC 167/2002, así como la de esta Sala y siguiendo ambas en este aspecto al TEDH. Actualmente se mantiene que se han establecido severas restricciones a la posibilidad de rectificar en vía de recurso los aspectos fácticos de sentencias absolutorias con la finalidad de consignar un nuevo relato de hechos probados al que unir un pronunciamiento condenatorio contra quien había resultado absuelto en la instancia.

Esta jurisprudencia exige desde el derecho a un proceso con todas las garantías, que, cuando las cuestiones a resolver afecten a los hechos, tanto objetivos como subjetivos, y sea necesaria para su resolución la valoración de pruebas personales, es precisa la práctica de estas pruebas ante el Tribunal que resuelve el recurso; en consecuencia desde la perspectiva del derecho de defensa, es preciso dar al acusado absuelto en la instancia la posibilidad de ser oído directamente por Tribunal que conoce del recurso, en tanto que es el primero que en vía penal puede dictar una sentencia condenatoria contra aquél.

Sobre esta cuestión hay que reconocer la dificultad de separar lo "jurídico" de lo "fáctico" lo que es relevante en la medida que si la cuestión es jurídica, el Tribunal de apelación sin modificar el factum podría revisar la absolución y condenar, lo que no sería posible de tratarse de una cuestión fáctica en la que sería imprescindible la audiencia del absuelto. Relacionado con ello

hay que reconocer que los elementos subjetivos del tipo como el dolo tienen fuertes componentes fácticos por lo que sería imprescindible la audiencia del absuelto.

Así se ha pronunciado el TEDH en tres recientes sentencias que contemplan supuestos en los que han sido condenados en casación personas que habían resultado absueltos por la Audiencia debido a que no se consideraba en la instancia que concurría prueba de cargo para fundamentar la condena. En los tres casos el TEDH estimó el recurso de los condenados en casación y consideró que las condenas dictadas ex novo por el Tribunal Supremo no cumplimentaron las garantías que impone el art. 6.1 del CEDH para estimar que se ha celebrado un juicio justo, garantías que afectaban a los principios de inmediación y de contradicción y al derecho de defensa.

La primera sentencia es la STEDH de 22 de Noviembre de 2011, caso Lacadena Calero contra España, examinó el supuesto de un notario que fue condenado ex novo en casación como cómplice por un delito de estafa, en la sentencia de esta Sala 1036/2003, de 2 de Septiembre, después de haber sido absuelto por la Audiencia Nacional. La sentencia condenatoria dictada en casación fue cuestionada ante el Tribunal Constitucional, que desestimó el amparo en la sentencia 328/2006, de 20 de Noviembre.

El TEDH discrepó, en cambio, de los criterios probatorios seguidos por esta Sala y por el Tribunal Constitucional y estimó la demanda de la parte recurrente. Argumentó al respecto que "el Tribunal Supremo concluyó sobre la existencia de esta voluntad, elemento decisivo para la culpabilidad del acusado, sin una valoración directa de su testimonio y en sentido opuesto al del Tribunal de instancia, el cual había tenido la oportunidad de oír al acusado y a otros testigos".

Y añade:

"Cuando la inferencia de un Tribunal ha tenido relación con elementos subjetivos (como en este caso la existencia de dolo eventual), no es posible proceder a la valoración jurídica de la actuación del acusado sin haber tratado previamente de probar la realidad de esta actuación, lo que implica necesariamente la verificación de la intención del acusado con relación a los hechos que se le imputan".

Por último, el TEDH acaba estimando la demanda porque, en definitiva, "el acusado no fue oído personalmente sobre una cuestión de hecho que, sin embargo, era determinante para la valoración de su culpabilidad".

La segunda sentencia del TEDH, también contra España es la sentencia de 20 de Marzo de 2012, caso Serrano Contreras vs España, se sometió al juicio del TEDH una condena dictada ex novo en casación por esta Sala del Tribunal Supremo en relación con los delitos de estafa y falsedad en documento mercantil y oficial. El acusado había sido absuelto de esos delitos por la Audiencia Provincial, pero fue condenado en casación por la sentencia de esta Sala 1435/2005, de 14 de Octubre, sin que después el Tribunal Constitucional admitiera a trámite el recurso de amparo.

El TEDH argumenta en su sentencia que "a juicio del Tribunal, el Tribunal Supremo se apartó de la sentencia de instancia después de haberse pronunciado sobre elementos de hecho y de derecho que le permitieron determinar la culpabilidad del acusado. Al respecto, hay que reconocer que, cuando la inferencia de un Tribunal se refiere a elementos subjetivos (como, en este caso concreto, la existencia de dolo), no es posible proceder a la valoración jurídica del comportamiento del acusado sin haber previamente intentado probar la realidad de este comportamiento, lo que implica necesariamente la comprobación de la intención del acusado con relación a los hechos que se le imputan (caso Lacadena Calero vs España).

Por último, la tercera la Sentencia de 27 de Noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris y Llop García vs España, el TEDH examinó la STS 1091/2006, de 19 de Octubre, en la que este condenó ex novo a dos personas: a un alcalde, como autor de un delito continuado de prevaricación medioambiental, por acción y omisión, debido a la emisión de ruidos de un cogenerador de una empresa de cerámicas; y al representante de la empresa cuyo cogenerador emitía ruidos de forma que infringía la normativa vigente y causaba perjuicios y molestias a los vecinos de la zona, condenándole como autor de un delito contra el medio ambiente.

El TEDH comienza su argumentación remitiéndose al contenido de las sentencias de los casos "Lacadena Calero vs España" y "Serrano Contreras vs España", señalando que su doctrina ha de ser aplicada a este supuesto toda vez que todas ellas tratan los mismos problemas.

Las circunstancias referidas permiten al TEDH apreciar que el Tribunal Supremo ha fundamentado su conclusión sobre una nueva valoración de los elementos de prueba aportados en el curso de la vista pública de la Audiencia Provincial. El Tribunal de casación --matiza la sentencia del Tribunal Europeo-- ha procedido a esta nueva valoración de las pruebas sin haber tenido un contacto directo con ellas y sobre todo sin haber permitido a las partes exponer sus argumentos contrarios a las conclusiones de la Sala.

Acaba concluyendo que, a la vista del conjunto de circunstancias del proceso, los demandantes han sido privados de su derecho a defenderse en el marco de un debate contradictorio. Por lo cual, se ha vulnerado el derecho a un proceso justo reconocido en el art. 6.1 CEDH.

En definitiva, hoy es un lugar pacífico en la doctrina del Tribunal Constitucional como de esta Sala que en lo referente a la concurrencia de los elementos subjetivos del delito --el dolo en su doble acepción de conocimiento y consentimiento--, forman parte de los hechos, la naturaleza de hechos subjetivos no le priva de su naturaleza fáctica --por eso hemos dicho

que deben constar en el factum --, por ello cuando en apelación o en casación se quiere revisar la razonabilidad de los juicios de inferencia en clave absolutoria alcanzados por el Tribunal de instancia, con la finalidad de arribar a una conclusión condenatoria será preciso oír nuevamente a la persona absuelta en la instancia porque la apreciación del elemento subjetivo del injusto alberga un componente fáctico que hace imprescindible oír al absuelto antes de dictarse sentencia condenatoria en apelación contra él.

Para completar la argumentación expuesta, hay que recordar que el Pleno no Jurisdiccional de 19 de Diciembre de 2012 tomó el acuerdo de considerar que:

"La citación del acusado recurrido a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza de la casación, ni está prevista en la Ley".

La sentencia de la mayoría en el f.jdco. decimotercero estima que se está ante una cuestión estrictamente jurídica, y por tanto revisable en casación citando en su apoyo la STEDH de 22 de Octubre de 2013 --caso Naranjo Acevedo vs España --, en dicha sentencia el TEDH, ciertamente, declaró que no había habido vulneración del Convenio en la medida que no secuestionaba la existencia de dolo eventual en la persona concernida en el marco de un delito de robo con violencia y uso de armas cometido por varias personas en el que resultaron dos personas fallecidas, de las que el demandante ante el TEDH había sido absuelto en la instancia y condenado en apelación por la Sala Civil y Penal del TSJ de Cataluña.

Estimo que en el presente caso, la cuestión es la inexistencia de dolo tanto en el aspecto cognoscitivo como volitivo, de la ilicitud penal de la actividad de los condenados y que para declarar tal conocimiento y consentimiento era necesario la audiencia de ellos, no tratándose de una meracuestión jurídica sino que afecta a la existencia de la culpabilidad y de acuerdo con el art. 5 del Cpenal, sin esta no es posible la imposición de pena.

La sentencia de la mayoría aborda esta cuestión en el f.jdco. decimotercero de la sentencia casacional, llegando a la conclusión que desde el respeto a la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala, en este casoconcreto por tratarse de una cuestión estrictamente jurídica, respetando los hechos declarados probados, se puede condenar en casación, sin el trámite de la audiencia previa, pues caso contrario "...cancelaría la posibilidad de recurso de casación contra toda sentencia absolutoria...".

Al respecto hay que recordar que el derecho a la segunda instancia exigido en los Tratados Internacionales está referido solo a las sentencias condenatorias, y no a las absolutorias --véase al respecto el art. 10 apartado 15 del Pacto Internacional de 1966-- sin perjuicio de que cualquier sentencia absolutoria o condenatoria puede ser revisada vía recurso cuando sea patente su arbitrariedad.

En el acaso de autos, los hechos imputados a los condenados están reconocidos por las personas concernidas y no existe debate sobre ellos, la cuestión que se suscita en este recurso de casación es la existencia o no de dolo en la actuación de tales personas.

En la medida que en los hechos probados de la sentencia se afirma in fine con claridad que no ha quedado acreditado que la Asociación tuviera como finalidad puro y simplemente la distribución a terceras personas de marihuana o cannabis, ni que tampoco se hubiese entregado droga por ninguno de los acusados a ninguna persona que no tuviera la condición de socio, ni que las cuotas abonadas tuvieran otra finalidad que la de sufragar el abastecimiento

por parte de la Asociación, sin ningún enriquecimiento, ni que tampoco se hubiera entregado a socio alguno mayor cantidad de marihuana de la que le correspondiera en virtud del contrato de previsión de consumo, ni que tampoco la misma fuera difundida a terceras personas ajenas a la Asociación, considero que con tal mantenimiento de los hechos, no es posible la condena en la medida que de dicho relato se deriva la inexistencia del dolo que exige el art. 308 Cpenal.

Octavo.-En conclusión, ya desde la vía del error de prohibición invencible, ya desde la causa genérica de exclusión de la culpabilidad por la no exigibilidad de otra conducta, o ya desde la doctrina relativa a los límites de revisar en el ámbito de un recurso de casación la sentencia absolutoria en instancia al no haber sido oídas por esta Sala las personas absueltas en la instancia, hubiera procedido el mantenimiento de la absolución de loscondenados en la instancia.

Discrepo, en consecuencia, de la decisión de la mayoría concretada en el fallo de la sentencia.

Joaquín Giménez García Cándido Conde Pumpido Tourón Ana María Ferrer García

VOTO PARTICULAR

FECHA:07/09/2015

Voto particular que formulan el Excmo. Sr. Don Andrés Martínez Arrieta y el Excmo. Sr. Don Andrés Palomo Del Arco, contra la sentencia número 484/2015, dictada en el Recurso de Casación 1765/2014.

A través de este Voto expresamos nuestra disensión con la argumentación de la Sentencia en el particular relativo a la elaboración de criterios interpretativos para declarar en qué supuestos pueden ser atípicos actos de tráfico de sustancias tóxicas que no causan grave daño a la salud cuando ésta se realiza a través de clubes de consumidores. Nos adherimos

parcialmente al contenido del Voto particular redactado por el Excmo. Sr. Don Cándido Conde Pumpido Tourón en lo referente a la falta de mayor concreción de los requisitos de atipicidad de esta modalidad de consumo. No compartimos, y por ello nuestra adhesión es parcial, la argumentación y referencia a la existencia de un error de prohibición invencible que es objeto de otro Voto particular.

Discrepamos de la Sentencia en cuanto afirma que renuncia a definir criterios interpretativos del tipo penal respecto a la modalidad de consumo que se presenta en esta casación. Por el contrario, entendemos que es una exigencia de nuestra función proporcionar criterios claros y asertivos para fijar el sentido de la ley y para ello, como expusimos en la deliberación, debemos partir de la doctrina del consumo compartido y adoptarla a esta modalidad social de consumo, señalando bajo qué supuestos podía ser atípica por menor afectación a la libertad y a la salud pública.

La función de un tribunal de casación no es sólo la resolución de un caso concreto por vía de revisión, sino la de interpretar la norma penal para asegurar la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

Andrés Martínez Arrieta Andrés Palomo Del Arco

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079120012015100533