

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia N°: 788/2015

Fecha Sentencia: 09/12/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Monterde Ferrer

Segunda Sentencia

RECURSO CASACION N°:834/2015

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Señalamiento: 02/12/2015

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE VIZCAYA (Sección 6ª)

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Escrito por: OVR

Sentencia absolutoria en la instancia. Estimación parcial del recurso del Ministerio público.

***El cultivo y distribución organizada, institucionalizada y con vocación de persistencia en el tiempo de cannabis, entre un colectivo integrado por más de 300 miembros de una Asociación y abierto a nuevas incorporaciones, colma las exigencias típicas del art. 368 CP.**

Falta de control y de los demás elementos exigidos jurisprudencialmente para los supuestos de atipicidad del pretendido consumo compartido.

Error vencible de prohibición. 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 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.

Son inmunes a la doctrina del TEDH, del TC y de esta misma Sala que proscribe las condenas dictadas ex novo en fase de recurso, las 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.

No estimación de la existencia de asociación ilícita ni de pertenencia a grupo criminal. En estas dos infracciones (arts. 515 y 570 quater 1 del 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 sentencia de instancia, bien que con argumentación diferente (art. 14.1 CP), y sin que ello suponga prejuzgar sobre el fondo respecto de esas tipicidades alegadas.

Nº: 834/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Monterde Ferrer

Fallo: 02/12/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 788/2015

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez
D. José Ramón Soriano Soriano
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Luciano Varela Castro
D. Juan Saavedra Ruiz

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 nueve de Diciembre de dos mil quince.

En el recurso de casación por infracción de Ley y precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por **EL MINISTERIO FISCAL**, contra

Sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Vizcaya, **que absolvió** a D. MARTIN FRANCISCO BARRIUSO ALONSO, D. IGOR GAMINDE GARRIDO, DÑA. MAITANE ARRATE SUSTATXA Y DÑA PILAR FERNANDA BADIOLA MAZARIEGOS de un delito **contra la salud pública, integración en grupo criminal y asociación ilícita**, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y fallo, bajo la Presidencia del primero y Ponencia del Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer. Han sido partes **recurridas**, D.MARTIN FRANCISCO BARRIUSO ALONSO, D. IGOR GAMINDE GARRIDO, DÑA.MAITANE ARRATE SUSTATXA, representados por el Procurador D. Luis Fernando Pozas Osset Y DÑA PILAR FERNANDA BADIOLA MAZARIEGOS, representada también por el Procurador D. Luis Fernando Pozas Osset.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 6 de Bilbao, incoó Procedimiento Abreviado con el nº 2477/2012 en cuya causa la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Vizcaya, tras celebrar juicio oral y público, dictó sentencia el 27 de Marzo de 2015, que contenía el siguiente **Fallo**: *"Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a los acusados D. Martín Francisco Barriuso Alonso, D. Igor Gaminde Garrido, D^a Maitane Arrate Sustatxa, D. Enrique Javier Barazon Amat y D^a Pilar Fernanda Badiola Mazariegos de los delitos contra la salud publica, de integración en grupo criminal y de asociación ilícita y declaramos de oficio de las costas procesales causadas.*

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

2.- En la citada sentencia se declararon probados los siguientes **Hechos**:
"UNICO.- Se declara probado que en fecha 22 de febrero de 2003, por acuerdo de los acusados D. Martín Francisco Barriuso Alonso, D^a Maitane Arrate Sustatxa y tres personas mas, se constituyó la Asociación de Usuarios/as de Cannabis Pannagh, con domicilio en Bilbao, cuyo objeto era la constitución de los fines previstos en el artículo 2 de los Estatutos que, para disciplinar el régimen interno de la asociación y su desenvolvimiento, fueron aprobados en el mismo acto fundacional, incorporándose el texto de los mismos al acta de constitución, habiéndose acordado en dicho acto también designar la Junta Directiva y sus componentes con indicación de los cargos que desempeñaban siendo D. Martín Francisco Barriuso Alonso presidente y D^a Maitane Arrate Sustatxa una vocal. El Sr. Barriuso se ha mantenido en el cargo de presidente hasta la última Junta Directiva y la Sra. Arrate en el última Junta Directiva era Secretaria de la misma. La Asociación de Usuarios/as de Cannabis Pannagh fue inscrita con número de registro G.V.:AS/B/10623/2003 en el Registro General de Asociaciones del País Vasco en virtud de lo acordado por resolución de fecha 20 de junio de 2003 del Director de Estudios y Régimen Jurídico, previo análisis de la documentación presentada entre la que se encontraban los Estatutos de la Asociación y el acta de constitución. En la inscripción de constitución de la Asociación consta expresamente su denominación, sus fines estatutarios, su domicilio social, su ámbito territorial, su patrimonio fundacional y los órganos de gobierno. Con posterioridad se han inscrito en el Registro de Asociaciones los cambios de los componentes de la Junta Directiva y los cambios de del domicilio social, constando registrado como último domicilio el de calle Luzarra nº 18 , 4º A de Bilbao. La Asociación de Usuarios/as de Cannabis Pannagh tiene un libro registro de sus socios en el que en relación con cada socio consta su nombre y apellidos, su DNI, su domicilio, la fecha de ingreso, el tipo de cuota y su número de socio.

Los fines estatutarios de la Asociación de Usuarios/as de Cannabis Pannagh son: El estudio sobre el cáñamo y sus posibles aplicaciones culturales, científicas y terapéuticas, Evitar el peligro para la salud de sus usuarios inherente al mercado ilegal de cannabis mediante actividades encaminadas a la prevención de los riesgos asociados a su uso, Promover el debate social sobre su situación legal y la de sus consumidores, así como hacer valer los derechos constitucionales de los que éstos son titulares y denunciar las arbitrariedades que en su observación pueden cometer las distintas administraciones y poderes públicos o cualquier persona. Para ser socio era necesario solicitarlo por escrito, estar avalado por un miembro de la Asociación, ser mayor de edad y gozar de plena capacidad de obrar, compartir los fines y objetivos de la Asociación y ser consumidor de cannabis o haber sido diagnosticado de alguna enfermedad para la cual la eficacia del uso terapéutico o paliativo de los cannabinoides haya sido probada científicamente, correspondiendo a la Junta Directiva resolver sobre la admisión o inadmisión, teniendo obligación los socios de prestar concurso activo para la consecución de los fines de la Asociación, contribuir al sostenimiento de los gastos con el pago de las cuotas que se establezcan por la Junta directiva, acatar y cumplir los Estatutos y los acuerdos validamente adoptados por los órganos rectores de la Asociación y acatar y cumplir las normas recogidas en el Reglamento de régimen Interior.

En aplicación del artículo 2 de los Estatutos de la Asociación y con la finalidad de evitar los riesgos del mercado ilegal mediante una fórmula que permitiera el acceso a los socios a cannabis con garantías de calidad sin vulnerar las disposiciones legales aplicables al caso, se estableció y se aceptó por los socios, la actividad de cultivo para consumo privado de los socios en la que para participar era imprescindible haber adquirido la condición de socio, los socios participantes sostenían los gastos de la actividad de forma proporcional a su participación en ella, cada socio participaba en función de la previsión de consumo que él mismo determinaba para periodo semestral de cultivo, el cultivo solo alcanzaba a cubrir el conjunto de las previsiones que los

socios habían realizado para el periodo, el total de cada periodo de cultivo se dividía entre el total de socios participantes en ese periodo atendiendo a la categoría concreta que a cada socio le correspondía según su previsión, el cuidado del cultivo se llevaba a efecto por socios colaboradores y en orden a excluir cualquier posibilidad distinta del autoconsumo privado la participación de cada socio no podía exceder de la correspondiente a 2 gramos por día.

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

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

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

- Dieciséis tabletas con polvo marrón prensado con un peso de 800 gramos que dio positivo a las reacciones de identificación de CANNABIS (Marihuana).

- Un saco de papel con sustancia vegetal verde con un peso de 767,4 que dio positivo a las reacciones de identificación de CANNABIS (Marihuana).

- Libros y documentos de la citada asociación, entre ellos el libro registro de los socios de la Asociación de Usuarios/as de Cannabis Pannagh.

- Dietario del año 2011 con anotaciones relativas a las entregas de sustancias a los socios y entregas de dinero por parte de los socios para el pago de cuotas anuales o al retirar la sustancias.

- Justificantes de transferencias y relación de plantaciones

- Doce contratos de arrendamientos de varias fincas rústicas para plantaciones con los preceptivos justificantes de transferencia. En los contratos por la parte arrendataria intervino el Sr. Barriuso en su calidad de presidente de la Asociación Pannagh.

- Justificantes bancarios por un importe de 40.232 euros en concepto de compra de semilla para el cultivo de marihuana.

- 3.289 euros

- Una catilla de la B.B.K. con el nº 2095-0119-90-9108134423, con un saldo de 108.880,71 euros a fecha 14 de noviembre de 2011.

- Ocho talonarios de recibos

- Cuatro básculas de precisión

- Plano realizado a mano de invernaderos

- Portafolios con cantidad y calidad de la sustancia.

En la finca rústica de Zamudio “Sandoni Auzoa” se encontró:

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

- Una bolsa conteniendo 156,6 gramos de sustancia vegetal verde que dio positivo a las reacciones de identificación de CANNABIS (Marihuana).

En el trastero de la calle Ibaizabal nº 41-43 de Galdakao se encontraron once cajas conteniendo múltiples bolsas con sustancia vegetal verde con un peso de 23.724,1 gramos que dio positivo a las reacciones de identificación de CANNABIS (Marihuana).

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

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

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

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

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

No ha quedado acreditado que los acusados constituyeran una asociación con apariencia de legalidad para, bajo la cobertura formal de una asociación sin ánimo de lucro inscrita, cultivar cannabis, preparar y distribuir la sustancia estupefaciente obtenida a terceras personas a cambio de dinero, ni que para encubrir la entrega de la sustancia a estas personas se les realizara un

carne de socio en el momento de la entrega de la sustancia. No ha quedado acreditado que los acusados hubieran entregado marihuana o hachis a personas que previamente no hubieran sido socios de la Asociación de Usuarios/as de Cannabis Pannagh. No ha quedado acreditado que las cantidades obtenidas con el pago por los socios de las cuotas anuales y al retirar la sustancia estupefaciente tuvieran otro destino que el de sufragar los gastos propios de la asociación y los relativos al cultivo, recolección y conservación de la sustancia estupefaciente para entregarla a los socios para su autoconsumo según lo acordado. No consta que los acusados tuvieran la intención de que la sustancia estupefaciente fuera difundida entre quienes no fueran socios ni que consintieran o aceptaran que los socios destinaran la sustancia estupefaciente a destino distinto de su propio consumo."

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:

Motivo primero y único.- Por **infracción de ley**, al amparo del nº 1 art. 849 LECr. por inaplicación de los arts. 368 y 369.1.5, CP; y por inaplicación de los arts. 515.1º y 517.1º y 2º CP; o alternativamente por inaplicación de los arts. 570 ter. 1, en relación con el art. 570 quarter 1 CP.

4.- Las representaciones legales de D. MARTIN FRANCISCO BARRIUSO ALONSO, D. IGOR GAMINDE GARRIDO, DÑA. MAITANE ARRATE SUSTATXA Y DÑA PILAR FERNANDA BADIOLA MAZARIEGOS se instruyeron del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, **impugnando su motivo**; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento y fallo cuando por turno correspondiera.

5.- El señalamiento realizado para el día **veintitrés de septiembre** de dos mil quince, fue suspendido, acordándose, por providencia de fecha veintitrés de septiembre de dos mil quince, conferir **audiencia** a las partes en virtud del art. 897.2 LECr. para que manifestasen lo que estimasen conveniente sobre la eventual aplicación del art. 14 CP, quedando en suspenso la deliberación.

6.- La audiencia fue evacuada tanto por el Ministerio Fiscal como por las Defensas, quedando unidos sus respectivos escritos de alegaciones.

7.- Por providencia de dieciocho de noviembre de dos mil quince fue efectuado el nuevo señalamiento para el día **dos de diciembre de dos mil quince**, llevándose a cabo las pertinentes deliberación, votación y fallo, con el resultado que ahora se expresa.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primero y único motivo se configura en su primera parte, por **infracción de ley**, al amparo del art. 849.1 de la LECr, por la indebida inaplicación de los arts **368 y 369.1.5ª del CP**.

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

Argumenta la sala de instancia que: “La constitución de una Asociación y número elevado de socios, que participan en el *cultivo compartido* para obtener sustancia estupefaciente para su propio consumo, no constituye obstáculo para

apreciar la atipicidad, toda vez que los socios partícipes son personas que están debidamente identificadas, son consumidoras de cannabis y existe medidas de control establecidas desde el cultivo hasta la entrega de las sustancias estupefacientes para asegurar su destino al consumo de los socios, medidas de control y seguridad que han sido aceptadas por los socios para conseguir marihuana de calidad y fiable para su autoconsumo, siendo los socios los máximos interesados en el cumplimiento de todas las condiciones y de que no exista difusión de las sustancias estupefacientes a terceros, lo que originaría el fracaso del sistema y graves perjuicios”.

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

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

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

Ello presenta una nota peculiar: mientras que el consumo compartido se caracteriza por el consumo de la droga en un momento episódico, al cultivo compartido es inherente cierta permanencia. El cultivo se desarrolla durante un período de tiempo y su producto se reparte entre los partícipes, sin que,

lógicamente, se produzca un consumo en grupo puntual, sino dilatado o prolongado en el tiempo. Esa perdurabilidad no aparece en el caso de los acopios para fiestas o celebraciones, con los que habitualmente se relaciona el consumo compartido.

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

Y añade el Ministerio público que entre la documentación recogida en el acta de entrada y registro de la Asociación, se encuentra el arrendamiento de 12 fincas rústicas para la plantación de marihuana, cuyos contratos figuran a nombre de Martín Barriuso. Con posterioridad la sustancia tóxica era preparada envasada y entregada a los socios para su consumo, con una previsión regular del mismo. En todo caso, se estableció un límite máximo a dispensar de 2 gramos diarios. El precio de cada gramo dispensado era de 2 euros y cada socio pagaba una cantidad de 10 euros por la inscripción, lo cual significa que cada socio podía disponer de 360 grs cada 6 meses, de modo que para 320 socios declarados en la sentencia(aunque según el registro podían llegar a 600), son 115.200 grs cada semestre),lo cual supone un cultivo elaboración y consumo que exceden los límites jurisprudenciales referidos al consumo compartido y hace imposible aceptar como tal la actividad de la Asociación Pannagh, teniendo en cuenta la difusión a terceros de una manera regular. Del propio relato de hechos probados queda acreditada la actividad real de la Asociación: la cantidad incautada durante el registro, llevado a cabo en 14-11-2011 en la Asociación fue de 78.569’12 grs de cannabis y 800 grs de hachís; y el precio estimado de esta

cantidad en el mercado ilícito es de 370.846'246 euros. Y ninguno de estos datos permite calificar la conducta de “consumo compartido”.

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

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

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

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

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

Y con ello, también resulta imposible considerar “insignificante”, o cuando menos “mínima y adecuada para su consumo en una sola sesión o encuentro”(Cfr STS 187/214, de 10 de marzo), la cantidad de droga que debe reunir la asociación para atender a sus necesidades. Antes al contrario, precisando la asociación de unos 115.200 grs cada semestre para atender la demanda de 320 socios, podríamos estar ante acopios semestrales de hasta 11 veces la cantidad de notoria importancia (10.000 grs) establecida por la Sala Segunda en su Acuerdo no jurisdiccional de 19-10-2011.

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

Hay que reconocerle toda la razón. Como señala la **sentencia del Pleno Jurisdiccional** de esta misma Sala **nº 484/2015, de 7 de septiembre**:

“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 excursus 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”.

4. Por otra parte, no ignora esta Sala **el debate social y también político** sobre la cuestión implicada tras el asunto que se examina. Al respecto, habremos de reproducir lo que indicamos en la precitada STS nº 484/2015, de 7 de septiembre:

“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 no puede 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. 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 (en nuestro caso pasa de esa cifra) 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)."

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

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

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

La Ley de Seguridad Ciudadana (BOE 3 de diciembre 2014) contiene también alguna referencia 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 clubes 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”.

6. Con la misma sentencia derivada del Pleno de esta misma Sala ,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 facilitararlo. Entre esos actos se mencionan expresamente el cultivo, la elaboración o el tráfico.

Acotar **qué ha de entenderse como consumo ilegal** es, en consecuencia, punto de partida básico en la interpretación del tipo. Ese elemento normativo nos remite a legislación extrapenal. Desde su análisis se llega enseguida a la constatación de que *consumo ilegal* (es decir, *no conforme a la legalidad* aunque

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

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* presupuesto de la intervención penal: facilitar o favorecer el consumo *de otros*. El cultivo para el exclusivo consumo personal es contrario a la legalidad, pero carece de relieve penal. El cannabis, como es sabido, es uno de los estupefacientes con ciclo natural de cosecha. Los actos de cultivo del mismo son

punibles sólo en cuanto tiendan a facilitar la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo indebido por terceros.

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** , 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).

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.

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 (STS 1102/2003, de 23 de julio, 850/2013, de 4 de noviembre y 1014/2013, de 12 de diciembre, entre otras).

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

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

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

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

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

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

a) En primer lugar, los consumidores han de ser todos ellos adictos, para excluir la reproble 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.>>

7. Y ciertamente, siguiendo una vez más nuestra citada **sentencia nº 484/2015**, 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 aquella 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 consuno; el encapsulamiento de la actividad en ese grupo (lo que no excluye una adhesión posterior individualizada y personalizada de alguno o algunos más nunca colectiva ni fruto de actuaciones de *proselitismo*, propaganda o captación de nuevos integrantes); así como la ausencia de toda publicidad, ostentación -consumo en lugares cerrados- o trivialización -tal conducta, siendo atípica, no dejará de ser ilícita-, ayudarán a afirmar esa atipicidad por asimilación al cultivo al servicio exclusivo del propio consumo”.

Como en el caso analizado en la sentencia de nuestro Pleno jurisdiccional, en el **supuesto que ahora nos ocupa**: “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”.

Consecuentemente, la primera parte del único motivo del recurso merece ser estimada, con las consecuencia de apreciación del delito, consideración de autores y aplicación de penas y demás consecuencias legales, que se precisará en segunda sentencia

SEGUNDO.- La segunda parte del configurado como único motivo, se basa en **infracción de ley**, al amparo del art. 849.1 de la LECr, por la indebida inaplicación de los arts. 515.1 y 517.1º y 2º CP ,delito de **asociación ilícita**; o

bien, alternativamente de los arts. 570 quater 1, delito de integración en **grupo criminal**.

1. 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, 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. Así, en las tres líneas últimas del último párrafo del fundamento de derecho tercero zanja la cuestión, diciendo que :”...los hechos declarados probados no son constitutivos del delito contra la salud pública del que deben ser absueltos los acusados, lo que determina la absolución de delitos de integración en grupo criminal y asociación ilícita”.

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

3. Con independencia de otros aspectos controvertibles, como en el caso que examinó nuestra STS n.º 484/2015, 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 quater 1 del 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.

Consecuentemente, la segunda parte o proposición del motivo único del recurso del Ministerio Fiscal ha de ser rechazada.

TERCERO.- En su escrito impugnando el recurso, la Defensa de los Sres Barriuso Alonso, Gaminde Garrido, Arrate Sustaxa y Barazona Amat, invoca la conocida doctrina constitucional limitadora de las posibilidades de revisión de sentencias absolutorias al margen de la inmediatez.

1. Para rechazar esta objeción opuesta al éxito -aunque sea parcial- del motivo del Ministerio público, una vez más habremos de estar a lo ya señalado por la STS n.º 484/2015, de 7 de septiembre donde se destaca que:

“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)Y 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, inmediación 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 inmediación 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 inmediación) 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 inmediación; 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 inmediación, 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, SSTEDH 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).” (STC 45/2011, 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.”

2. Como dijimos también en la STS n.º 484/2015: “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 para negar que hayan quedado acreditados que, bajo la cobertura formal de una asociación sin ánimo de lucro: -cultivara cannabis, la preparara y distribuyera a terceras personas a cambio de dinero; -ni que para encubrir la entrega a estas personas se les realizara un carné de socio; -ni que los acusados hubieran entregado marihuana o hachís a personas que previamente no hubieran sido socios de Pannagh; -ni que las cantidades obtenidas con el pago de las cuotas y al retirar la sustancia tuvieran otro destino que el de sufragar los gastos de la asociación, cultivo, recolección y conservación de la sustancia; -ni que tuvieran la intención de que la sustancia fuera difundida entre quienes no fueran socios; -ni que consintieran o aceptaran que los socios destinaran la sustancia estupefaciente a destino distinto de su propio consumo.

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 320 socios. También carece de

consecuencias penales que las cantidades dispensadas no sobrepasasen las marcadas por socio y por periodo.

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

CUARTO.- Las **costas** del recurso deben declararse de oficio, conforme a lo dispuesto en el art. 901 LECr.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de casación interpuesto por **EL MINISTERIO FISCAL**, contra Sentencia dictada, con fecha 27 de marzo de 2015 por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Vizcaya, que absolvió a D. MARTIN FRANCISCO BARRIUSO ALONSO, D. IGOR GAMINDE GARRIDO, DÑA. MAITANE ARRATE SUSTATXA Y DÑA PILAR FERNANDA BADIOLA MAZARIEGOS de un delito contra la salud pública, integración en grupo criminal y asociación ilícita; y en su virtud casamos y anulamos dicha Sentencia, 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



D. Manuel Marchena Gómez

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Francisco Monverde Ferrer

D. Luciano Varela Castro

D. Juan Saavedra Ruiz

834/2015

***Ponente Excmo. Sr. D.:* Francisco Monterde Ferrer**

***Fallo:* 02/12/2015**

***Secretaría de Sala:* Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero**

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA N°: 788/2015

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez
D. José Ramón Soriano Soriano
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Luciano Varela Castro
D. Juan Saavedra Ruiz

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 nueve de Diciembre 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, **integración en grupo criminal y asociación ilícita**, 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. Francisco Monterde Ferrer, 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; combinado ello 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 LECr).

SEGUNDO.- Los hechos que se declaran probados son constitutivos de un delito contra la salud pública del art. **368.1º y 369.5º CP** en la modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, tal y como se ha razonado en la anterior sentencia, a cuya fundamentación hay que remitirse.

En relación a los dos acusados **Dña Pilar Fernanda Badiola Mazariegos y D. Enrique Javier Barazon Amat** es de apreciar la **cláusula atenuatoria** vinculada a la escasa entidad del hecho contemplada en el párrafo segundo del citado precepto 368 que les es aplicable. Su colaboración es descrita en la sentencia como accesorio. Ya de la petición de pena del Ministerio Fiscal (2 años de prisión y multa de 1.000 euros) 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 (368.1º y 2º) 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 LECr 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 aplicación a los casos en que se ha prescindido de ese trámite, como ya señalamos en la STS de 484/2015, de 7 de septiembre.

CUARTO.- 1. El Ministerio Fiscal en su dictamen rechaza toda situación de error, tanto de tipo como de prohibición, ni en el tráfico de drogas ni en la asociación ilícita ni en el grupo criminal. Y en primer lugar, descarta que los acusados en la instancia desconocieran el carácter antijurídico del delito de tráfico de drogas; siendo doctrina consolidada del TS que no cabe en este delito el error de prohibición, por ser hecho notorio para cualquier persona de cultura y conocimientos normales que el tráfico de drogas es punible. Y si lo que quiere decirse es que concurrió error sobre la consideración del supuesto como propio del consumo compartido, el error sugerido sería de tipo, pues afectaría a la tipicidad y en concreto excluiría la consideración “ilegal” del consumo, que exige el precepto en su tipo objetivo. Pero, sobre no haberse alegado ni probado, el error de tipo vendría a recaer sobre quienes constituyeron la asociación ilícita y sobre quienes realizaban las labores de gestión y administración, además de cultivo, preparación y envasado de la cantidad entregada a cada socio, que, como sabemos, en su secuencia semestral se correspondía 360 gramos de hachís o derivados ilegal de la cannabis sativa. No parece que sea posible apreciar ese

error. En primer lugar porque, no es este un supuesto de autoconsumo, no existiendo control alguno sobre la realidad de la condición de adicto o consumidor habitual. En segundo lugar porque no se desarrolló el consumo en lugar cerrado, y fuera del alcance de terceros, según las exigencias jurisprudenciales. En tercer lugar, porque tampoco se da el consumo inmediato de las sustancias adquiridas. En cuarto lugar porque no se limita a un pequeño núcleo de drogodependientes, sino extendido a 320 socios al menos. Y en quinto lugar, porque para atender a la demanda potencial de tantos socios podríamos estar ante acopios semestrales de 115.200 grs, es decir de hasta diez veces la cantidad de notoria importancia (10.000 grs) establecida por el TS para la marihuana.

2. La Defensa de Dña Pilar Fernanda Badiola Mazariegos, en su escrito arguye que, en efecto, estando convencida de la legalidad de la asociación y de su actuación, procede apreciar el error de prohibición como invencible excluyéndose su responsabilidad penal.

3. La Defensa de D. Martín Francisco Barriuso Alonso, Dña Maitane Arrate Sustatxa, D.Igor Gaminde Garrido y D. Enrique Javier Barazon Amat, con carácter subsidiario a las alegaciones de impugnación del recurso, entendiendo que sus patrocinados tenían la certeza de que obraban conforme a derecho, alegó que 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.

4. Como consideración previa, hay que reconocer las hondas discrepancias doctrinales que existen sobre el error en derecho penal y su régimen legislativo. Prescindiendo de esas discusiones dogmáticas, en la línea apuntada por la repetidamente señalada sentencia n.º 484/2015, emanada de nuestro pleno jurisdiccional de 24 de marzo y 8 de julio de 2015, y ciñéndonos al caso que nos ocupa, 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.

Por otra parte, hay que advertir que 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.

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*. 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.

5. 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.

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 el 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.

6. 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 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 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.

QUINTO.- 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.

SEXTO.- 1. 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, como autores del delito contra la salud pública, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, **D. MARTIN FRANCISCO BARRIUSO ALONSO, D. IGOR GARMINDE RODRIGO Y DÑA MAITANE ARRATE SUSTACHA**, frente a los otros dos imputados **D. ENRIQUE JAVIER BARAZON Y DÑA PILAR FERNANDA BADIOLA MAZARIEGOS**. A los primeros les pidió 4 años y 6 meses de prisión y multa de 800.000 euros; y a los segundos 2 años de prisión y multa de 1.000 euros.

2. La pena del delito contra la **salud pública del art 368 en relación con el 369.1.5ª CP, de sustancia que no causa grave daño a la salud, pero en cantidad de notoria importancia**, es la de prisión superior en grado a la comprendida entre uno y tres años (es decir de 3 años a 4 años y 6 meses), además de multa del tanto al cuádruplo, en vez de al duplo, del valor de la droga. Por virtud del art. 14.3 CP habrá de rebajarse al menos un grado, degradación simple que 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.

3. El **arco penológico** en el que por tanto hemos de movernos oscila entre 1 año y 6 meses, y 3 años menos 1 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 **1 año y 8 meses** de prisión aparece como ponderada.

La degradación ha de extenderse a la pena de **multa** (del tanto al cuádruplo) que no será imponible más que en una cantidad comprendida entre la mitad de su valor (el tanto) 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, a diferencia de otros supuestos como el tomado en cuenta por nuestra STS n.º 484/2015, sí contienen valoración de la droga aprehendida. Consta en el *factum* la tasación oficial: 481.176 euros . Por lo tanto la cifra que parece adecuada al caso y a las circunstancias de los condenados, es la de **250.000 euros**.

4. No obstante lo dicho, hemos de excluir de la condena referida al acusado por el Ministerio Fiscal **D. IGOR GAMINDE RODRIGO**, a quien efectivamente la acusación pública le atribuye “como tesorero de la asociación Pannagh, entrar a formar parte de la misma el día 1 de abril de 2011, participando en todas las actividades de la sociedad, con conocimiento exacto de las cuentas de la misma, así como de la venta y cultivo de la mencionada sustancia”.

Sin embargo, los hechos probados de la sentencia de instancia ni siquiera le nombran. En toda la sentencia sólo aparece en el fundamento jurídico segundo, citándolo con motivo de que declaró en el acto del juicio oral, que: “comenzó a consumir cannabis en 1999, era socio desde 2007 y tesorero de la Asociación “; y en el fallo, donde se le absuelve de todos los delitos igual que a los demás acusados..

El Ministerio Fiscal en el texto de su recurso, reconociendo lo dicho, lo atribuye a una omisión involuntaria del Ponente, y solicita su condena junto con los demás, como interesó en la instancia. Sin embargo, no podemos compartir esta posición. Si se trató de una omisión involuntaria debió haberse solicitado su subsanación, de acuerdo con las previsiones del art. 267 de la LOPJ. El resultado absolutorio total, sin duda difuminó la conveniencia de haber exigido el complemento de la resolución con la inclusión fáctica del acusado. Y, como ya vimos en su momento, con la STS 462/2013 de 30 de Mayo, debemos recordar que la doctrina sobre la revisión de las sentencias absolutorias en la instancia del Tribunal Constitucional, ha ido consolidándose, desde la primera sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, la STC 167/2002, así como la de esta

Sala y siguiendo ambas en este aspecto al TEDH. Actualmente se mantiene que se han establecido severas restricciones a la posibilidad de rectificar en vía de recurso los aspectos fácticos de sentencias absolutorias con la finalidad de consignar un nuevo relato de hechos probados al que unir un pronunciamiento condenatorio contra quien había resultado absuelto en la instancia. Por otra parte, la utilización de elementos fácticos de la fundamentación jurídica, para completar en contra del reo los hechos probados, ha repetido esta Sala que no es admisible.

5. Por lo que respecta a los otros dos acusados, **DÑA PILAR FERNANDA BADIOLA MAZARIEGOS** y **D. ENRIQUE JAVIER BARAZON AMAT**, de los cuales el *factum* describe que: “ *...ambos socios de la Asociación... en virtud de contrato de trabajo, realizaban labores de limpieza, selección, pesaje y empaquetado al vacío de la sustancia estupefaciente en cantidades de cierta entidad para su conservación y no realizaban la entrega de la sustancia estupefaciente a los socios......ni el control de dichas entregas a los socios...*”, dijimos que les era aplicable el **párrafo segundo del art 368**. Examinada la historia legislativa del precepto, podemos concluir con la STS 551/2011, de 15 de junio, que el párrafo segundo del artículo 368 CP permite imponer la pena inferior en grado a las previstas en el párrafo primero, atendiendo a la escasa entidad del hecho -lo que nos coloca en el ámbito de la antijuridicidad- y a las circunstancias personales del autor - que nos reconduce al área de la culpabilidad-. Como vemos el ejercicio de la discrecionalidad reglada que permite el precepto queda vinculado a la concurrencia de dos parámetros relacionados con la menor antijuridicidad del hecho y la menor culpabilidad del autor. La "escasa entidad del hecho" debe relacionarse con la menor gravedad del injusto típico, por su escasa afectación o capacidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, salud pública colectiva. Como se sugiere en la STS de 9.6.2010, en la que se invoca la "falta de antijuridicidad y de afectación al bien jurídico protegido", siendo la antijuridicidad formal la contradicción de la conducta con el ordenamiento jurídico representado por el precepto penal y la

antijuridicidad material la lesión efectiva o puesta en peligro del bien jurídico protegido, la menor entidad o gravedad del delito debe relacionarse con la cantidad y calidad de droga poseídas por el autor. Entendemos que, en este caso, el Tribunal podría apreciar la atenuación, pues el precepto sólo exige que atienda a la "escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del autor", realizando una ponderación completa y conjunta de ambos parámetros, pero sin exigir que concurren ambos, bastando con la concurrencia de uno de ellos y la inoperatividad de otro por resultar inexpresivo. Conforme a ello, corresponde una **pena degradada** sobre la prevista en el art. 368 , en relación con las previsiones del art 14 CP, no siendo de aplicación el supuesto de notoria importancia del art 369.1.5ª, dada la ambigüedad de la expresión fáctica , ya que no consta la cantidad de droga que habían llegado a manipular o preparar; lo que nos sitúa en una horquilla que va de tres meses, a seis meses menos un día de prisión. Su colaboración, que en este caso supera lo meramente episódico -a diferencia de otros supuestos parecidos examinados por la Sala- , y habla de una *cierta entidad*, invita a eludir el mínimo. Por lo tanto, será la pena de **6 meses menos 1 día de prisión** la que procede imponerles. Y no habiendo datos, sin embargo, para cuantificar una **multa**, al no constar-como vimos- qué cantidad de droga habían llegado a manipular o preparar, siendo la multa que pedía el Fiscal seguramente por eso, casi simbólica, no procede hacer imposición de tal pena.

El **decomiso** de la sustancia y metálico es consecuencia ineludiblemente ligada a estas infracciones (art. 374 CP); procediendo igualmente la **destrucción** de la sustancia tóxica ocupada, incluidas las muestras obtenidas para su análisis.

SÉPTIMO.- 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 de la instancia. El resto debe ser distribuido en proporción a las condenas recaídas.

III. FALLO

Que debemos condenar y **condenamos** a los acusados D. MARTIN FRANCISCO BARRIUSO ALONSO, y DÑA MAITANE ARRATE SUSTACHA, como **autores de un delito contra la salud pública**, en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, y con la apreciación de un error vencible de prohibición, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las **penas** a cada uno de ellos de **1 año y 8 meses de DE PRISIÓN**, con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y **MULTA DE 250.000 euros**, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 20 días.

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

Debemos **condenar y condenamos** a D. ENRIQUE JAVIER BARAZON, y a DÑA PILAR FERNANDA BADIOLA MAZARIEGOS, como **autores de un delito contra la salud pública** en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud, y con apreciación tanto de la modalidad atenuada de escasa entidad del hecho, como de un error vencible de prohibición, a las **penas** a cada uno de ellos de **6 meses menos 1 día de prisión**, con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena.

Asimismo debemos absolver y absolvemos a D. MARTIN FRANCISCO BARRIUSO ALONSO, a DÑA MAITANE ARRATE SUSTATXA, a D. IGOR GARMINDE RODRIGO, a D. ENRIQUE JAVIER BARAZON, y a DÑA PILAR FERNANDA BADIOLA MAZARIEGOS de los

delitos de **asociación ilícita y grupo criminal** de los que, en régimen de alternatividad, eran acusados.

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

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

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

D. Manuel Marchena Gómez

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Luciano Varela Castro

D. Juan Saavedra Ruiz

PUBLICACIÓN.- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA