

STS 352/2018 (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), de 12 de julio

CASO CLUB DE CULTIVO Y CONSUMO DE CANNABIS

1. RESUMEN DE LOS HECHOS PROBADOS

Entre los días 14 y 15 de noviembre de 2011 se efectuó un registro en las sedes, locales y fincas de la Asociación de Usuarios/as de Cannabis Pannagh, en los que se encontraron más de 50.000 gramos de marihuana, dosificados en bolsas de cantidades diversas –desde bolsitas de poco más de un gramo hasta cajas de 2.000 gramos–; el libro de registro de los socios; un 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, justificantes de transferencias, relación de plantaciones, entre otra documentación.

La Asociación se encontraba inscrita correctamente en el Registro General de Asociaciones del País Vasco, y contaba en el momento de la intervención judicial con más de trescientos socios. En sus Estatutos se contemplaba, como uno de sus fines estatutarios, 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. De este modo, apoyándose en esta finalidad, se estableció y se aceptó la actividad de cultivo para consumo privado de los socios, mediante el siguiente funcionamiento: los socios participantes sostenían los gastos de la actividad de forma proporcional a la previsión de consumo que cada uno determinaba para un periodo semestral de cultivo y el cuidado de este lo realizaban socios colaboradores. Con el objeto de evitar cualquier posibilidad distinta del autoconsumo privado, cada socio no podía exceder de 2 gramos por día.

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. Y tampoco se ha acreditado que constituyeran una asociación con apariencia de legalidad para cultivar cannabis, preparar y distribuir la sustancia estupefaciente obtenida a terceras personas, a cambio de un precio.

2. BREVE REFERENCIA AL ITER PROCESAL

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) 352/2018, de 12 de julio (ROJ: STS 2745/2018) se dicta en cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) 37/2018, de 23 de abril, por la que se estimó el recurso de amparo n.º 1889/2016 contra la sentencia de casación del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) 788/2015, de 9 de diciembre (ROJ: STC 5435/2015). Entendió el Tribunal Constitucional que era necesario retrotraerse al momento anterior a esta última Sentencia ya que se habían vulnerado los derechos a un proceso con todas las garantías y de defensa.

De este modo, en la Sentencia objeto de nuestro estudio, se resuelve de nuevo el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la resolución de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección Sexta) 18/2015, de 27 de marzo (ROJ: SAP BI 653/2015) que dictó Sentencia absolutoria a los cuatro acusados de los delitos contra la salud pública e integración en grupo criminal y asociación ilícita, cumpliendo con las advertencias del Tribunal Constitucional.

3. ¿SE EXTIENDE LA ATIPICIDAD DE BOLSA COMPARTIDA AL CULTIVO COMPARTIDO?

La acusación vertida sobre cuatro de los socios de la Asociación se refiere a un delito contra la salud pública e integración en grupo criminal y asociación ilícita. Si bien, toda la problemática radica en la amplitud de la tipicidad del artículo 368 del Código Penal y de la necesidad de limitarlo.

De ello se ha ocupado la jurisprudencia, tratando de establecer criterios claros. Existe un consenso unánime sobre la atipicidad del autoconsumo de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Y, por extensión, se excluye de la sanción penal, también, el denominado consumo compartido o, expresado con mayor rigor, la «compra conjunta» o la «bolsa común». Es decir, el comportamiento de quien, con el dinero y acuerdo de varios, adquiere la droga para que sea consumida por todos en un momento inmediato o cercano en el tiempo. Se entiende que este comportamiento no es sancionable penalmente cuando los sujetos son consumidores habituales o adictos que se agrupan para consumir la sustancia; que lo realicen en un lugar cerrado, de manera que se evite la promoción pública del consumo y la difusión de la sustancia; que se trate de un grupo reducido, y que la cantidad no supere lo necesario para consumir de manera inmediata [así, Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Sección 1.ª) 360/2015, de 10 de junio (ROJ: STC 2595/2015); 1014/2013, de 12 de diciembre; 850/2013, de 4 de noviembre (ROJ: STC 5455/2013); 888/2012, de 22 de noviembre (ROJ: STC 8052/2012); 1102/2003, de 23 de julio (ROJ: STC 5315/2003); 1472/2002,

de 18 de septiembre (ROJ: STC 5921/2002)]. Aunque, como indica la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Sección 1.ª) 1014/2013, de 12 de diciembre (ROJ: STC 6198/2013), algunos de estos criterios pueden matizarse o excluirse, atendiendo al caso concreto.

El inconveniente del caso *en comento* es que no se identifica plenamente con estos hechos, sino que corresponde a un momento previo. Los socios no se reúnen para consumir juntos ni adquieren la droga entre varios para luego consumirla inmediatamente en la sede de la Asociación. Lo que se desarrolla en la sede u otros locales o espacios vinculados con la Asociación es el cultivo, realizado entre varios socios encargados, mediante las aportaciones de los socios participantes, las cuales serán proporcionales a la cantidad que requieren hasta completar el consumo necesario para cada uno de ellos durante seis meses.

Sin embargo, con este relato, la Audiencia Provincial de Vizcaya absolvió a los acusados por entender que los hechos describían un «cultivo compartido», necesario para realizar el consumo compartido. De este modo, se consideró que la ampliación del ámbito de la atipicidad del consumo compartido al cultivo compartido se justificaba porque «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» a las que se requiere si los intervinientes conformaran un grupo reducido. Siendo esto así, los acusados quedaron absueltos también de los delitos de asociación ilícita y de organización criminal.

Frente a esta resolución, el Ministerio Fiscal planteó un recurso de casación alegando la inaplicación de los artículos 368 y 369.1.5 del Código Penal –así como los artículos 515.1.º y 517.1.º y 2.º del Código Penal; o alternativamente por inaplicación de los artículos 570 ter 1, en relación con el artículo 570 quater 1 del Código Penal–. El desarrollo del recurso se sustentaba en la idea de que el cultivo es, precisamente, la primera conducta típica del amplio catálogo que contiene el artículo 368 y por ello no puede extenderse la doctrina del consumo compartido a él, incluso aunque no se realice con ánimo de lucro.

Admitido a trámite, en la resolución del recurso el Tribunal Supremo argumentó –y así se mantiene en la Sentencia 352/2018, ya que en nada le afecta al respecto el recurso de amparo– que los hechos no cumplen con los requisitos necesarios para que queden al margen de la prohibición penal. Recordaba el Tribunal que lo que permite que la «compra compartida» o la «bolsa común» sean atípicas es que no se facilita el consumo ajeno. Con este mismo argumento, el cultivo tampoco será penalmente relevante, siempre y cuando esté controlado y no implique un riesgo facilitador del consumo. El problema está en que los hechos por los que se enjuicia a los acusados impiden el control sobre el cultivo y su destino. Señala el Tribunal Supremo que «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 se pudiera dar al cannabis sus receptores desbordan no solo los términos más literales en que se desarrolla esa doctrina, sino sobre todo su filosofía inspiradora». De este modo, considera el Tribunal Supremo que existe «un salto cualitativo y no meramente cuantitativo» entre el consumo que se puede realizar entre amigos o conocidos y la actividad que se relata que se llevaba a cabo en la Asociación donde hay una estructura organizativa metódica, institucionalizada, con vocación de permanencia y abierta a la integración sucesiva de socios. Esto requiere el almacenamiento masivo de droga y el incremento del riesgo de que acabe en manos de personas que no han participado en el cultivo para el autoconsumo. No obstante, el Alto Tribunal advirtió que en la actuación de los acusados había concurrido un error de prohibición vencible.

Esta valoración será lo único que varía entre la Sentencia de 2015 y la de 2018. La calificación automática de que se había producido un error de prohibición vencible fue considerada por el Tribunal Constitucional una vulneración de «los derechos a un proceso con todas las garantías y de defensa como consecuencia de que en la segunda sentencia, tras considerar concurrente un error de prohibición, se descarta que el mismo fuese invencible sin haber oído directamente a los acusados».

Así, al volver a dictar Sentencia, el Tribunal Supremo concluyó que el error podría haber sido invencible y, por lo tanto, los acusados fueron absueltos por todos los delitos. No obstante, no se puede ignorar el voto particular formulado por MORAL GARCÍA, al que se adhirió MARCHENA GÓMEZ. En el voto particular se manifiesta la conformidad con el contenido de la Sentencia de casación, con una discrepancia en la solución final por razones procesales. Entienden los magistrados que se debería haber reenviado el asunto a la Audiencia Provincial para que dictase nueva sentencia partiendo del carácter típico de los hechos y de la presencia de un error de prohibición en los acusados, de manera que se pronunciase solo por el carácter vencible o invencible del error.

4. REFLEXIÓN FINAL

No son pocos los casos de socios de clubes de cannabis que han llegado a los Tribunales, a través de los cuales se ha creado una doctrina jurisprudencial en torno a la tipicidad, o no, de las actividades que en su seno se realizaban. Sin embargo, la sentencia objeto de análisis demuestra que todavía se desconoce exactamente qué prácticas son sancionables penalmente y cuáles permanecen al margen, especialmente en los supuestos donde no concurre ánimo de lucro. Esta confusión es la que ha permitido admitir la concurrencia del error de prohibición en la Sentencia del Tribunal Supremo 352/2018.

Entendemos que la Sentencia del Tribunal Supremo 352/2018 es relevante porque pone el foco de atención en un elemento que podrá ser fundamental *a futuro*

para otorgar mayor seguridad jurídica, en tanto y cuando no se delimite el tipo normativamente. Nos referimos al carácter facilitador del consumo ajeno de la conducta que eventualmente se analice. Este debe ser el elemento que permita determinar si la conducta colma el tipo o no.

Patricia TAPIA BALLESTEROS
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Penal (Titular Acreditada)
Universidad de Valladolid
patricia.tapia@uva.es