

LA RELEVANCIA PENAL DE LOS CLUBES SOCIALES DE CANNABIS

Reflexiones sobre la política de cannabis y análisis jurisprudencial

Juan Muñoz Sánchez

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Málaga

MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan. La relevancia penal de los clubes sociales de cannabis: reflexiones sobre la política de cannabis y análisis jurisprudencial. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2015, núm. 17-22, pp. 1-50.

Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-22.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 17-22 (2015), 26 dic]

RESUMEN: La sentencia del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 7 de septiembre 2015 ha planteado y resuelto la relevancia penal de los clubes sociales de cannabis. Los clubes sociales de cannabis son asociaciones de personas mayores de edad consumidoras de cannabis que pretenden la autoorganización de su consumo con los objetivos de desvincular el consumo de drogas del tráfico u oferta ilícito, mediante la gestión por los propios consumidores del ciclo completo de producción y distribución del cannabis entre sus asociados. Inicialmente este modelo surgió como un programa de reducción del riesgo en el ámbito de un modelo prohibicionista, que no castiga penalmente el consumo y solo se prohíbe el consumo en lugares públicos. Pero una vez asentado se ha planteado como un sistema alternativo de producción y abastecimiento legal que se puede llevar a cabo junto a modelos de venta controlada.

La referida sentencia del Tribunal Supremo concibe el delito de tráfico de drogas como un delito de aptitud para la producción de un daño a la salud pública y reclama que la acción concreta sea apta para dar lugar a una difusión indiscriminada de la

droga, pero sostiene que en este caso concreto la conducta de la asociación realiza el tipo penal del delito relativo a drogas ilegales porque existe “un riesgo real y patente de difusión del consumo”. El argumento conclusivo que utiliza el Pleno para declarar aplicable el tipo penal al caso concreto se puede resumir en que la actividad de la asociación crea un riesgo real y patente de difusión del consumo entre terceras personas. Las razones esgrimidas en la sentencia para constatar esta afirmación son de dos tipos. En primer lugar, el argumento se basa en la incapacidad de controlar el riesgo de difusión, incapacidad que viene determinada por la magnitud de las cantidades manejadas y por la imposibilidad de controlar el destino que pudieran dar al cannabis sus receptores. Ninguna de las dos interpretaciones nos parece que realice una subsunción lógica de los hechos probados. Ni se puede afirmar que existan actos de difusión de la droga a terceras personas indeterminadas cuando se entrega de forma ordenada la droga a los socios. Los socios no son terceros indeterminados. Ni tampoco es lógico sostener que existe un riesgo típico de difusión de la drogas por parte de los socios a terceras personas, dada la cantidad y frecuencia con la que se entrega la droga y los mecanismos de control establecidos por la asociación.

PALABRAS CLAVE: Política criminal de drogas. Políticas de cannabis. Delitos relativos a drogas ilegales. Doctrina del consumo compartido. Club social de cannabis.

ABSTRACT: A ruling of the Spanish Supreme Court on September 7 2015 raised and resolved the criminal relevance of social cannabis clubs. Cannabis social clubs are associations of adult consumers of cannabis seeking self-organization of its consumption. The goal is to unlink the drug trafficking or illicit supply through management by consumers of the full cycle of production and distribution of cannabis among its members. Initially this model emerged as a risk reduction program in the field of a prohibitionist model, which does not punish criminal consumption and only prohibits consumption in public places. But once settled it has been proposed as an alternative legal system of production and supply which can be carried out with controlled sales models.

The Supreme Court conceives the crime of drug trafficking as a crime suitable for the production of harm to public health and demands concrete action which is apt to result in an indiscriminate spread of drugs. This behavior is criminal because there is "a real and obvious risk of spread of consumption". In short, the court finds that the activity of the

association creates a real and obvious risk of spreading consumption between third parties. The reasons given in the judgment to verify this assertion are of two types: First, the argument is based on the inability to control the risk of spreading. The inability is determined by the magnitude of the amounts involved and the inability to control the destiny of cannabis given its receptors. Neither interpretation seems to make a logical subsumption of the proven facts. Nor can we say that there are acts of diffusion of the drug to other unspecified third persons when it is correctly distributed among members of the group. Nor is it logical to argue that there is a typical risk of spread of drugs from partners to third parties, given the amount and frequency of drug delivery and monitoring mechanisms set up by the association.

KEYWORDS: Drug crimes policy. Cannabis policies. Illicit drugs crimes. Doctrine of shared consumption. Cannabis social club.

Fecha de publicación: 26 diciembre 2015

SUMARIO: I. Introducción. II. El contexto político criminal de los clubes sociales de cannabis. 1. El movimiento de normalización del consumo del cannabis. 2. El cannabis en los convenios internacionales. 3. La despenalización del consumo, la adquisición y posesión para el consumo personal. 4. Consumo, adquisición y posesión para el consumo personal en España. III. Posición jurisprudencial sobre los clubes sociales de cannabis. 1. El cultivo de drogas ilegales como modalidad típica del art. 368. 2. Resoluciones de juzgados penales y audiencias provinciales sobre los clubes sociales de cannabis. 3. Sentencia del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2015. 4. Error de prohibición o de tipo.

I. Introducción

Recientemente el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la relevancia penal de los clubes sociales de cannabis. El 7 de septiembre dictó sentencia estimando el primer motivo de casación del ministerio Fiscal y anuló la sentencia recurrida¹. La segunda sentencia condena a los tres acusados de la Junta directiva como autores de un delito contra la salud pública cuyo objeto son sustancia que no causan grave daño a la salud.

El objeto del presente trabajo es realizar un análisis en profundidad de los fundamentos jurídicos utilizados para concluir que la actividad de este club social de cannabis realiza el tipo penal del art. 368 del Código penal. Análisis que presenta, sin duda, un interés dogmático en relación con temas que son discutidos en la sentencia, la creación de un riesgo para la salud pública, la estructura típica del

¹ STS 484/2015, de 7 de septiembre TOL 5496760.

delito, la interpretación teleológica restrictiva que ha dado lugar a la atipicidad del consumo compartido y de las donación altruistas y compasivas, el error de prohibición y el ámbito de aplicación del tipo atenuado del párrafo segundo del art. 368. Además, la sentencia presenta un especial interés de política criminal, en cuanto es una decisión que afecta a una amplia realidad social y que va a determinar la política criminal del cannabis en nuestro país.

Por ello comenzaremos ocupándonos brevemente de la realidad del consumo del cannabis en España y el movimiento de normalización del consumo de esta sustancia.

En la discusión sobre la política del cannabis tiene especial importancia la política impuesta por los convenios internacionales de Naciones Unidas que han marcado las directrices de política criminal y han configurado un modelo prohibicionista de la política de drogas en general. Lo que determina que nos detengamos en la regulación del cannabis en los convenios internacionales.

El cannabis se presenta como la sustancia que más discusión plantea sobre el modelo de control social del consumo más adecuado, dado que es la droga ilegal más consumida, que se considera una droga que no causa grave daño a la salud pública y que presenta la misma o menor lesividad a la salud que otras drogas legales. El debate se centra en el fracaso del modelo prohibicionista en la consecución de su objetivo de reducir el tráfico y el consumo, en el reconocimiento de la necesidad de una política de reducción de daños y riesgos asociados al consumo que dé prioridad a la protección de la vida y de la salud de los consumidores de sustancias ilícitas, a la mejora de su bienestar y protección, y en la viabilidad de un nuevo modelo de control social basado en un control administrativo.

Es precisamente en el contexto de la política de reducción de daños y riesgos asociados al consumo en el marco de un modelo prohibicionista, que no castiga el consumo ni la posesión para el consumo, donde surgen los clubes sociales de cannabis. Razón por la que nos interesa determinar si se castiga penalmente el consumo, la adquisición o la posesión para el consumo personal.

Por último, analizaremos la respuesta ofrecida por los juzgados y audiencias provinciales a esta modalidad de autoorganización del consumo y, en concreto, la sentencia del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2015. Resolución que ha cerrado el paso a una opción de política criminal que trataba de hacer frente al problema del consumo del cannabis sin acudir al derecho penal. Otra línea jurisprudencial mayoritaria sostiene la atipicidad de esta conducta por falta de idoneidad de la acción del cultivo de cannabis para la difusión necesaria de la sustancia cultivada a terceros ajenos a aquellos que dominan el cultivo.

II. El contexto político criminal de los clubes sociales de cannabis

1. *El movimiento de normalización del consumo del cannabis*

El cannabis es la droga ilegal con más presencia en el mercado ilegal europeo y español.

El consumo general del cannabis en Europa se ha estabilizado en un nivel de prevalencia importante. El Informe del Observatorio Europeo de Drogas y las Toxicomanías de 2014 constata que 73.6 millones de personas adultas de la Unión Europea (entre 15 a 64 años), o el 27%, han consumido cannabis alguna vez en la vida; 18,1 millones (5,3%) lo consumieron en el último año. Por lo que se refiere a adultos jóvenes (de 15 a 34 años), 14.6 millones, o el 11.2%, lo consumieron en el último año. Y entre jóvenes (de 15 a 24 años) el 13.9%, 8,5 millones consumieron en el último año. También representa la mayor parte del consumo entre los estudiantes de 15 a 16 años, el 24% lo ha consumido alguna vez en la vida, el 20% lo ha consumido en el último año y el 12% en el mes anterior².

Igual ocurre en España. Según la Encuesta sobre alcohol y drogas en la población general en España 2013-2014³, el 30.4% de la población residente en España entre 15 y 64 años ha consumido alguna vez cannabis, el 9.2% ha consumido en los últimos 12 meses y el 6.6% en el último mes. Porcentajes que aumentan si nos referimos a la prevalencia del consumo en estudiantes de enseñanza secundaria entre 14 y 18 años. La Encuesta estatal sobre uso de drogas en enseñanzas secundarias 2012-2013 cifra en un 33.6% los estudiantes que han consumido alguna vez en la vida, un 26.5% los que han consumido en los últimos doce meses y 16.7% los referido al último mes.

Esta prevalencia relativamente elevada del consumo se refleja también en las incautaciones que se producen y en las infracciones por consumo o posesión para el consumo de drogas. En Europa más del 80% de las incautaciones de droga son de cannabis. En su mayor parte corresponde a pequeñas cantidades decomisadas a los consumidores y casi dos terceras partes son de hierba de producción interior⁴. Se estima que en 2012 se cometieron en Europa más de un millón de infracciones por consumo y/o tenencia para el consumo. Más de las tres cuartas partes estaban relacionadas con el cannabis⁵. En el ámbito español el 87.03% de estas sanciones administrativas impuestas en 2013 están relacionadas con el cannabis⁶.

² Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías. Informe Europeo sobre Drogas. 2014, pp. 13 y 33.

³ Encuesta sobre alcohol y drogas en la población general en España 2014. Disponible en <http://www.pnsd.msc.es/profesionales/sistemasInformacion/sistemaInformacion/pdf/EDADES2013.pdf>

⁴ Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías. Informe Europeo sobre Drogas. 2014, pp. 17-19.

⁵ *Ibidem.*, p. 68.

⁶ Anuario Estadístico del Ministerio de Interior 2013. Ministerio del Interior 2014. Disponible en http://www.interior.gob.es/documents/642317/1204854/Anuario_Estadistico_2013.pdf/b7606306-4713-4909-a6e4-0f62daf29b5c

Desde finales del siglo XX no solo se consume más, sino que esos consumos se extienden, se hacen más transversales y aparecen integrados en formas de relación establecidas y normales. Aparece una cierta legitimación del consumo. Lo que da lugar a un movimiento de normalización del consumo⁷. En esta etapa son mayoritarias las voces que aceptan la convivencia con las drogas, y entre esas drogas, de forma muy privilegiada el cannabis.

Con la llegada de la crisis económica se puso fin a esta situación de progresiva integración normalizadora de los consumos, pero con una notable excepción: el cannabis. No se puede hablar de una reversión en la aceptación formal del consumo del cannabis, existe una postura favorable en la población general a autorizar el consumo en privado y en autorizar la venta a adultos. Se acepta mayoritariamente los diferentes tipos de asociaciones de consumidores, el 28% cree que es una buena iniciativa, el 22% asegura que no le molestan, y solo 13% cree que deben ser prohibidos porque fomentan el consumo, y un 8% cree que supone una burla de la ley⁸. La Encuesta sobre alcohol y drogas en España 2013-2014 aprecia una tendencia estable en el porcentaje de personas que consideran que es muy importante la legalización del cannabis, de un 32,7 en 2011 ha aumentado a un 33,1 en 2013.

Debido a su cada vez más frecuente uso y popularidad, el cannabis aparece como la droga sobre la que hay más polarización de las actitudes de la opinión pública y se presenta como el símbolo en el que se apoyan los que quieren que las políticas de drogas cambien. Lo que favorece un intenso debate público sobre los medios que se han de utilizar para el control social del consumo. Ello dio lugar a numerosos informes en los que se reclama una nueva política del cannabis: La Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia en el año 2009 elaboró un Informe sobre Drogas y Democracia. Hacia un cambio de paradigma⁹, Informes de la Comisión Global de políticas de drogas de 2011 y 2014¹⁰, Informe sobre los Escenarios para los problemas de las Drogas en América 2013-20125 de la Organización de Estados Americanos¹¹.

⁷ Véase Megías Valenzuela (dir)/Rodríguez San Julián/Megías Quirós/Navarro Botella, “La percepción social de los problemas de las drogas en España”. 2004 en <http://www.fad.es/sites/default/files/percepII.pdf>

⁸ Rodríguez San Julián (codirector)/ Megías Valenzuela (codirector)/ Megías Quirós/Rodríguez Felipe/Rubio Castillo, “La percepción social de los problemas de la droga en España”. FAD 2014, pp. 74-76 y 79-81. Véase en <http://www.fad.es/node/6415>.

⁹ Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia. Drogas y Democracia. Hacia un cambio de paradigma en http://www.drogasedemocracia.org/archivos/livro_espanhol_04.pdf.

¹⁰ Descarga disponible en el sitio web de la Comisión Global de Políticas de Drogas www.globalcommissionondrugs.org/reports/.

¹¹ Organization of American States (2013) Scenarios for the drug problem in the America 2013.2025 www.oas.org/document/.PDFeng/pres/Scenarios_Report.

2. *El cannabis en los convenios internacionales*

La primera vez que aparece el cannabis como sustancia objeto de control y fiscalización internacional es en los preparativos para la Conferencia Internacional del Opio, que tuvo lugar en 1911 en la Haya, y dio lugar a la Convención internacional del Opio de 1912¹². El cannabis no aparecía en la agenda de esta Convención. A principios de siglo no existía preocupación por esta sustancia, pero fue Italia quien planteó la necesidad del control internacional del cannabis. Con el apoyo de Estados Unidos lograron que se incluyera una mención a la necesidad de un estudio científico y estadístico del cáñamo con fines de regularlo internacionalmente en el Anexo de la Convención¹³.

Será en la Convención Internacional del Opio de 1925 cuando se incorpora el cannabis a la lista de sustancias psicoactivas sometidas a control internacional¹⁴. En el artículo primero se define el cáñamo índico como “las sumidades secas, florecidas o fructíferas de las matas hembras del *Cannabis sativa* L. de la que no ha sido extraída la resina, cualquiera que sea la denominación, bajo la cual se presente en el comercio”, y en el capítulo IV se prohíbe la exportación a países donde fuera legal y se exige un certificado de importación para los países que permitía el uso que atestigüe que está aprobado y es exclusivamente para los médicos o científicos.

En 1948 en Naciones Unidas se comienza a preparar una nueva convención que sustituyera los distintos tratados existentes desde la Convención de la Haya de 1912. En el último borrador de la Convención se incluyó un apartado de prohibición del cannabis que obligaba a ser abolidos usos socialmente aceptados del cannabis en muchos países asiáticos y africanos, si bien la objeción de la India a que se prohibiera el extendido uso del *blang*, preparado a base de hojas de cannabis y con bajo contenido psicoactivo, hizo que se excluyera de la definición del cannabis las hojas y las semillas¹⁵.

La Convención Única de estupefaciente de 1961 incluyó el cannabis en la Lista I, que incluye sustancias muy adictivas y nocivas como la heroína o la cocaína, y en la Lista IV, que recoge los estupefacientes más peligrosos y nocivos incluidos en la

¹² Dave Bewley-Taylor/Tom Blickman/Martin Jelsma, “Auge y caída de la prohibición del cannabis. La historia del cannabis en el sistema de control de drogas de la ONU y opciones de reforma”. Transnational Institute. 2014, p. 13.

¹³ “La Conferencia considera conveniente estudiar la cuestión del cáñamo índico desde el punto de vista estadístico y científico, con el propósito de regular sus usos indebidos, si así se estima necesario, mediante la legislación internacional o un acuerdo internacional”.

¹⁴ Es en la Conferencia de Ginebra, convocada para preparar las medidas necesarias para aplicar la Convención del Opio de 1912, donde se propone incorporar el cannabis en las deliberaciones y someterlo al alcance de la Convención. Dave Bewley-Taylor/Tom Blickman/Martin Jelsma, “Auge y...”, cit. p. 14 aluden al delegado de Egipto como el que propone su inclusión.

¹⁵ Art. 1 de la Convención define el cannabis como “las sumidades, floridas o con fruto, de las planta de la cannabis (a excepción de las semillas y las hojas no unidas a sumidades) de las cuales no se ha extraído la resina, cualquier que sea el nombre con que se designe”.

Lista I, con escaso o nulo valor terapéutico y sujetos a todas las medidas de fiscalización aplicables. Según el artículo 2 “*las partes prohibirán la producción, fabricación, exportación e importación, comercio, posesión o uso de tales estupefacientes..., con excepción de las cantidades necesarias para la investigación médica o científica*”.

El art. 36.1 de la Convención, enmendada por el protocolo de 25 de marzo de 1975, establecía la obligación de los estados partes de castigar penalmente, a salvo de lo dispuesto por su constitución, “*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*”, pero deja fuera el uso o consumo.

Respecto a la posesión es necesario distinguir la posesión para el consumo personal y la posesión para el tráfico. Atendiendo a que las disposiciones penales en la Convención están destinadas hacer frente al tráfico ilícito de drogas¹⁶, una interpretación teleológica nos lleva a excluir de este artículo la posesión para el consumo personal.

El Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971, ratificado por instrumento de 2 de febrero de 1973, incluyó el THC, el principal principio activo del cannabis, en la Lista I. Según el artículo 7 del Convenio se prohíbe todo uso, excepto el que con fines científicos y médicos hagan personas debidamente autorizadas de las sustancias incluidas en la lista I.

La inclusión del THC en la Lista I permitía su uso en investigaciones médicas pero planteaba obstáculos al desarrollo y comercialización de preparados farmacéuticos. De ahí que en 1991 se pasara el dronabinol, una formulación farmacéutica del THC, a la Lista II del Convenio, que implica controles menos estrictos y supone reconocer la utilidad médica del principal principio activo del cannabis.

En la década de los ochenta se generalizó la opinión de que la política sobre drogas desarrollada estaba resultando un fracaso¹⁷. Ello dio lugar a que en el seno de las Naciones Unidas se insistiese en la necesidad de incrementar la persecución, sobre todo penal, de estas conductas. De este modo se consideró que se necesitaba

¹⁶ En su redacción inicial el art. 36 llevaba por rúbrica “Medidas contra los traficantes ilegales”.

¹⁷ La resolución 39/141 (Campaña internacional contra el tráfico de drogas. Documento E/CN. 7/1985/19 de 14 de enero de 1985. Consejo económico y social. Naciones Unidas) y 39/142 (Declaración sobre la lucha contra el narcotráfico y el uso indebido de drogas. Departamento de información pública. Naciones Unidas, Abril 1985) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptados el 14 de diciembre de 1984, que marcan el principio de una nueva política de drogas, parten de la necesidad de adopción de nuevas medidas a las hasta ahora adoptadas. En Europa el Informe Stewart-Clark de la Comisión de investigación del parlamento europeo de 1986 (Documento A 2-114-86, serie A, de fecha de 2 de octubre de 1986) asume la idea de que la política de drogas de la Comunidad Económica Europea no ha sido correcta y que se impone un cambio. Véase una amplia consideración de las opiniones nacionales y e internacionales al respecto en Díez Ripollés, “La política de drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente”. ADPCP. 1987, pp. 348 y ss.

otra convención para luchar contra el tráfico de drogas y perseguir los beneficios de esta actividad. Esta tendencia se concretó a nivel internacional en la Convención de Viena de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20 de diciembre de 1988¹⁸.

La Convención de Viena de 1988 recoge una serie de prescripciones a los estados partes para que adopten las medidas necesarias con el objeto de tipificar como delitos en su Derecho interno un amplio catálogo de conductas relacionadas con las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Se propone criminalizar todos los comportamientos relacionados con el tráfico y el consumo de drogas, incluidos la posesión, la adquisición o el cultivo para el consumo personal¹⁹. Respecto a los actos referidos al consumo personal, la Convención establece una cláusula de escape al establecer que la criminalización de esas conductas se hará “*a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su orden jurídico*”.

3. *La despenalización del consumo, la adquisición y posesión para el consumo personal*

A pesar de este reforzamiento del modelo prohibicionista que supone la Convención de 1988, distintos organismos internacionales competentes asumen que esta política no ha logrado reducir de manera significativa la demanda de drogas y que se precisan nuevas aproximaciones al problema.

La Declaración política de la Comisión de Estupefacientes del 52 periodo de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas²⁰ reconoce expresamente el fracaso de la política de drogas en eliminar o reducir sensiblemente el tráfico y consumo de drogas ilegales.

Por otra parte, el Parlamento europeo en su Recomendación al Consejo sobre la Estrategia en materia de lucha contra las drogas²¹, de forma contundente reconoce el fracaso de la política europea en la lucha contra las drogas y propone “*unos medios totalmente distintos de los indicados para conseguir el objetivo general del proyecto de Estrategia de la Unión, dando prioridad a la protección de la vida y de la salud de los consumidores de sustancias ilícitas, a la mejora de su bienestar y*

¹⁸ Véase un análisis detenido de la Convención de Naciones Unidas de 1988 en Díez Ripollés, “Tendencias político-criminales...”, cit. pp. 770 y ss.

¹⁹ El art. 3 de la Convención de 1988 repite con términos más amplios las disposiciones del art. 36 de la Convención Única de 1961 y el párrafo segundo añade: “*A reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su orden jurídico, cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales conforme a su derecho interno, cuando se cometan intencionadamente, la posesión, la adquisición o el cultivo de estupefacientes, sustancias psicotrópicas para el consumo personal...*”.

²⁰ E/CN/7/2009/nº2.

²¹ Informe sobre una propuesta de Recomendación del Parlamento europeo destinada al Consejo sobre la Estrategia europea en materia de lucha contra la droga (2005-2012). 2004/2221(NI). Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior. Parlamento europeo. FINAL A&-0067/2004.

protección, con un planteamiento equilibrado e integrado del problema, ya que los propuestos son equivocados”.

En el mismo sentido la Decisión Marco 2004/75/JAI del Consejo relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas²² excluye de las conductas que deben ser castigadas penalmente la posesión, la adquisición o el cultivo con fines de consumo personal.

Conforme a la reserva de la Convención de 1988 sobre la criminalización de los actos referidos al consumo personal y en el marco del nuevo enfoque global e integrado de la Unión europea que asume la reducción de daños como objetivo en la reducción de la demanda se ha permitido y aceptado que en diversos países partes de la Convención no se haya castigado penalmente la posesión para el consumo personal.

En Portugal en 2001 se despenalizó el uso, la adquisición y la posesión para uso personal de todas las drogas e implementó una estrategia más enfocada a la salud, incluyendo medidas de reducción de daños. La República Checa en 2009 dejó de sancionar con penas la posesión de drogas para el consumo personal y se imponen medidas de tratamiento o sanciones administrativas. En Holanda y Alemania la posesión para consumo personal sigue siendo delito, pero en virtud del principio de oportunidad no se persigue si la cantidad es insignificante y para consumo personal.

Proceso que también ha tenido lugar en el continente americano. 12 estados de los Estados Unidos han despenalizado la posesión personal del cannabis²³. En Argentina la Corte Suprema declaró inconstitucional el artículo de la Ley de drogas de 1989 que castigaba penalmente la posesión de drogas para uso personal.

Algunas legislaciones van más allá de la despenalización del consumo y la tenencia para el consumo y han optado por regular jurídicamente el mercado del cannabis.

Holanda. La reforma de 1976 de la ley de Opio introdujo un cambio en la política de drogas, la cual se basó en tres principios: una estricta persecución penal de la producción y comercio de los estupefacientes y de los delitos relacionados con la droga, una política de no intervención respecto de la posesión de pequeñas cantidades de drogas duras o blandas para el propio consumo, así como respeto del comercio de la entrega de cantidades para el propio consumo en ciertos centros, y una oferta de asistencia a los drogodependientes.

La posesión, el comercio interior y la producción de productos de cannabis, hasta 30 gramos, dejó de considerarse delito y se configuró como falta (artículo 11 de la ley de Opio). Aunque no se sacó del Derecho penal estas conductas referidas

²² Consejo de la Unión europea DG H II 279/04, de 20 de septiembre de 2004.

²³ Oregón, California, Colorado, Ohio, Maine, Minnesota, Mississippi, Nueva York, Nebraska, Connecticut, Wisconsin y Virginia occidental.

al cannabis, la producción y el pequeño tráfico del cannabis están *de facto* legalizados. Nunca, o rara vez, se persiguen estas formas de comportamiento formalmente punibles. Esto es posible porque en Holanda rige el principio de oportunidad. Éste deja a la Fiscalía un amplio espacio de decisión y le permite prescindir de la persecución penal si el interés general no exige la intervención. Por eso para estas faltas se han dictado determinadas líneas de actuación para la Fiscalía en las que se establece que no existe un interés público en la persecución penal de dichas faltas. No solo en relación a los consumidores, tampoco existe persecución penal contra los *Coffieshops* y los *Hausdealer* en centros juveniles²⁴.

Mercados regulados en estados de Estados Unidos de América: Colorado, Washington, Alaska y Oregón.

En 2012 los estados de Colorado y Washington aprobaron una iniciativa popular por la que se establecieron mercados regulados del cannabis. En Colorado se aprobó una Enmienda constitucional, la Enmienda-64 y en Washington una ley, la I-504. En los dos estados con anterioridad se habían aprobado el uso medicinal del cannabis, lo que había permitido la implantación de dispensarios. Las leyes de los dos estados regulan la producción, el procesamiento y la venta por particulares u organizaciones con licencia.

En Colorado se establece un modelo de “integración vertical”, es decir, que la licencia abarca la producción, el procesamiento y la venta con la finalidad de limitar el número de empresa para facilitar el control del mercado. Inicialmente se requirió que todo el cannabis que se vendiera para uso no medicinal debía ser cultivado de acuerdo con el modelo de producción de cannabis medicinal, lo que supuso que en el primer año las licencias de producción solo se otorgaron a quienes ya participaba en el sistema de cannabis medicinal. Los puntos de venta habilitados deben producir al menos el 70% de la producción y no pueden vender más del 30% de lo que producen a otros establecimientos. Este sistema se ha justificado porque minimiza el número de transacciones en la cadena de abastecimiento, haciendo que sea más fácil el seguimiento del cannabis desde la semilla a la venta.

En Washington se opta por un modelo de “integración horizontal”, concediendo licencias de producción y procesamiento o venta por separado. Cualquier persona o entidad puede obtener un número máximo de tres licencias de producción y procesamiento, y los productores y procesadores no pueden obtener ninguna licencia de venta. No se permite tener más del 33% de licencias en un condado determinado. El objetivo es evitar un mercado dominado por las grandes empresas²⁵.

²⁴ Van Kalmthout, “Aspectos de la política holandesa en materia de drogas”, *Eguzkilore* nº 2. 1988, pp. 89-90; De Kort, M. (1994). “The Dutch Cannabis Debate, 1968-1976”. *The Journal of Drug Issues*, 24(3): 417-427.

²⁵ Véanse Velasco, M. “La legalización de la marihuana en el estado de Colorado”. *Razón pública*. 2014;

Siguiendo el ejemplo de estos estados, Alaska en enero de 2014 sometió a referéndum la legalización del uso del cannabis y fue aprobada la ley el 4 de noviembre. Un consumidor no podrá portar más de 28 gramos de marihuana ni cultivar más de 100 gramos en su casa. En Oregon se ha aprobado el uso del cannabis, permitiendo el cultivo de 4 plantas y la tenencia para el consumo personal de hasta 8 onzas. Para la producción, tratamiento y venta se exige licencia.

Uruguay. El 20 de diciembre de 2013 se promulgó la Ley 19.172 que regula la producción, distribución y venta del cannabis. El 2 de mayo de 2014 se aprobó el Decreto reglamentario de la ley. El Estado asume a través del Instituto de Regulación y Control del Cannabis (IRCCA) el control de la producción, cultivo y distribución del cannabis. La producción se realiza por empresas con licencia, que luego solo pueden vender el cannabis al gobierno que lo distribuye a través de las farmacias.

Se permite el acceso al cannabis por tres vías: el autocultivo personal, los clubes de cannabis y la compra en farmacia.

Los consumidores podrán cultivar cannabis para uso personal o compartido con una limitación de 6 plantas y con una cosecha máxima de 480 gramos anuales.

Los clubes de cannabis pueden tener un mínimo de 15 y un máximo de 45 socios, cultivar hasta 99 plantas y obtener una recolección proporcionada al número de socios, cada socio podrá recibir un máximo de 480 gramos por año.

Solo podrán vender el cannabis las farmacias comunitarias y de primera categoría que se registren y en las que se podrá comprar hasta 40 gramos por mes en envases no mayores de 10 gramos. El producto tendrá en la farmacia el mismo tratamiento que los medicamentos controlados. La dispensación en farmacias no está aun en funcionamiento.

Todos los consumidores deben registrarse en el IRCCA, tanto los autocultivadores, los miembros del club y los compradores en farmacia.

4. Consumo, adquisición y posesión para el consumo personal en España

Como consecuencia de la ratificación el 3 de septiembre de 1966 por España de la Convención Única de estupefacientes de 1961, aunque en aquellos años el consumo de drogas en nuestro país era prácticamente despreciable, el régimen franquista decidió hacer de la “lucha contra la droga” uno de los ejes legitimadores de un sistema político agotado y aprobó la Ley 44/1971, de 15 de noviembre de reforma del Código penal por la que se modifica el artículo 344 del Código penal.

El nuevo texto, siguiendo las líneas del Convenio, castiga, de modo expreso, la tenencia, la elaboración y tráfico de sustancias estupefacientes, así como todo acto

Montañés, V. “Rompiendo el hielo. La regulación del cannabis en Países Bajos, Colorado y Uruguay”. San Sebastián 2014, Renovatio.

de favorecimiento o promoción de su uso²⁶. Con esta regulación quedaba indeterminada si se castigaba la tenencia para el consumo, lo que provocó una discusión doctrinal que resolvió el Tribunal Supremo en 1975 declarando la penalidad únicamente de la tenencia para el tráfico²⁷.

Esta regulación fue muy criticada por la doctrina por no respetar el principio de legalidad y la seguridad jurídica. En aras a salvaguardar la seguridad jurídica, de forma que el arbitrio judicial no devenga en indeterminación de las conductas y de la penas, la Ley Orgánica 8/1983 de reforma urgente y parcial del Código penal deja claramente fuera del tipo penal la tenencia para el consumo, como había establecido la jurisprudencia, se elimina la expresión “o de otro modo”, distingue el tratamiento penal según se trate de sustancia que causen grave daño o que no cause grave daño y supone una rebaja de las penas.

La Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, aunque precedió a la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20 de diciembre de 1988, se formuló siguiendo los distintos borradores de la Convención. Esta reforma del Código penal supuso una “contrareforma” de la operada en 1983 y cumplió ampliamente las demandas internacionales: se vuelve a una amplia formación del tipo básico del delito de tráfico de drogas, recuperándose la expresión “*de cualquier otro modo*”, se crean nuevos tipos agravados y se amplían los ámbitos de punición de los ya existentes, se elevaron las penas de estos delitos y se introducen nuevas figuras delictivas destinadas a perseguir a quienes se aprovechen de los efectos y beneficios derivados del tráfico de drogas .

Nuestro legislador ha mostrado una aptitud más moderada dentro de esta opción represiva en dos aspectos de los que se separa, al menos, parcialmente, de las propuestas de las Naciones Unidas. Por un lado, mantiene la distinción entre drogas susceptibles de causar grave daño y las que no y, por otro lado, no da el paso demandado por la Convención de castigar las conductas orientadas al consumo personal. Sin embargo, solo parcialmente se puede afirmar que nuestro legislador no haya acogido la pretensión de las Naciones Unidas de castigar la posesión para el consumo personal porque si bien no se castiga penalmente, si se sanciona administrativamente. La Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana de 1 de febrero de 1992 ha puesto fin a la ausencia de toda previsión sancionadora de la tenencia y el consumo de drogas, al considerar infracción grave contra la seguridad ciudadana el consumo en lugares públicos, vías, establecimientos o transportes públicos (art. 21.1), la tenencia ilícita de estas sustancias, aunque no estuvieran destinadas al tráfico (art. 21.1) y la tolerancia del consumo ilegal o el

²⁶ Art. 344: “Los que ilegítimamente ejecuten actos de cultivo, fabricación, elaboración, transporte, tenencia, venta, donación, tráfico general de drogas tóxicas o estupefacientes o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten su uso serán castigados con las penas de prisión mayor y multa de 5.000 a 250.000 pesetas”.

²⁷ STS de 23 de mayo de 1975 Tol 4251828.

tráfico de las drogas en lugares o establecimientos públicos o la falta de diligencia en orden a impedirlos por parte del propietario, administradores, o encargados de los mismos (art. 23.i).

Esta Ley ha sido derogada por la Ley Orgánica 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana, que sigue considerando infracción grave contra la seguridad ciudadana “*el consumo o la tenencia ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, aunque no estuvieran destinadas al tráfico, en lugares, vías, establecimientos públicos o transportes colectivos*” (art. 36.18), “*la tolerancia del consumo ilegal o el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en locales o establecimientos públicos o la falta de diligencia en orden a impedirlos por parte de los propietarios, administradores o encargados de los mismos*” (art. 36.19) y se ha añadido “*la ejecución de actos de plantación y cultivo ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en lugares visibles al público, cuando no sean constitutivos de infracción penal*” (art. 36.18).

Junto a estas medidas centradas en el control de la oferta, en estos años se comienza a realizar una política de reducción de la demanda introduciendo paulatinamente una política de reducción de daños asociados al consumo. A principios de 1999, la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional de Drogas impulsó un proceso para elaborar una Estrategia Nacional sobre drogas 2000-2008, mediante el RD 1911/1999, de 17 de diciembre²⁸. Entre sus objetivos generales se destaca la reducción de la demanda (prevención del consumo, reducción de daños, asistencia e integración social) y la reducción de la oferta. En el Plan de acción 2005-2008 se recoge, dentro del eje de trabajo de la asistencia integral, una serie de acciones dirigidas a la reducción y prevención de daños sobrevenidos por el consumo de drogas.

Cabe destacar entre estas políticas desarrolladas en España a principios de siglo la dispensación de metadona oral a los heroinómanos, los Programas de distribución de jeringuillas a ese mismo grupo, la creación de Salas de consumo y las experiencias que suministran heroína a heroinómanos en el marco de un programa de deshabitación.

III. Los clubes sociales de cannabis como forma de autoorganización del consumo en España

En este contexto de una política de drogas que combina la persecución y represión penal de las conductas relativas al tráfico de drogas, dejando fuera del ámbito del Derecho penal las conductas referidas al consumo, y una política de reducción

²⁸ La Estrategia fue aprobada por la Conferencia sectorial del Plan y por el Grupo interministerial, presentada el 30 de mayo de 1999 ante la Comisión Mixta Congreso-Senado para el Estudio del Problema de las Drogas, donde recibió el apoyo de todos los grupos parlamentarios.

de daños y riesgos asociados al consumo, surge una iniciativa de los consumidores de cannabis de creación de clubes sociales de cannabis. Iniciativa que solo puede comprenderse a partir de que la sociedad española lleva bastantes años socializándose con un contexto en el que el cannabis, sus consumos y consumidores, tienen una presencia importante en la sociedad. Ello lo demuestra que en la actualidad parece haberse extendido una opinión claramente favorable a las asociaciones de consumidores de cannabis. El 50,4% de las personas entre 15 y 65 años creen que es una buena iniciativa o no le molestan y solo el 21% opina que deben ser prohibidos. Entre las personas de 23 a 30 años, el 60% se muestran favorables a su existencia²⁹.

El origen de los clubes sociales de cannabis puede situarse a principios del siglo como consecuencia de la publicación de un Informe jurídico sobre la viabilidad legal del uso terapéutico del cannabis y del establecimiento de centros donde se pueda adquirir y consumir tal sustancia, encargado por la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía a la Sección de Málaga del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología³⁰.

El citado informe concluyó que tales iniciativas no debían tropezar con problemas legales.

A tal conclusión se llegó a partir de la doctrina jurisprudencial de la impunidad del consumo compartido. Aunque la tesis del consumo compartido no se corresponde linealmente con la creación de centros donde adquirir y consumir cannabis, un análisis del fundamento de esta tesis jurisprudencial permitía su aplicación analógica a este supuesto, siempre y cuando tales centros reunieran ciertas características que excluyan la posibilidad de difusión de la droga a terceras personas. Concluía que *“esta iniciativa sólo tendría cabida en nuestro ordenamiento jurídico si se configura como un proyecto referido a la creación de centros no abiertos a un público indiscriminado, sino de acceso restringido a fumadores de hachís o marihuana, en los que se exigiría como medida de control del acceso el tener la condición de consumidor habitual. Se trataría, por tanto, de lugares de consumo privado entre consumidores habituales en los que se podría adquirir y consumir cantidades que no sobrepasen el límite de un consumo normal. No estaría permitido el tráfico de cannabis entre los consumidores y la cantidad de cannabis adquirida debería ser consumida en el recinto”*³¹.

Con antelación a este dictamen, en el movimiento asociativo de usuarios del cannabis habían surgido asociaciones que tenían como finalidad el estudio

²⁹ Rodríguez San Julián (codirector)/ Megías Valenzuela (codirector)/ Megías Quirós/Rodríguez Felipe/Rubio Castillo, “La percepción social ...”. 2014, cit., pp. 74-76 y 79-81.

³⁰ Dictamen que aparece publicado en Muñoz Sánchez/Soto Navarro, “El uso terapéutico del cannabis y la creación de establecimientos para su adquisición y consumo”, Revista de Derecho penal y Criminología. 2ª época nº 7, enero 2001.

³¹ Ibidem, p. 94.

biológico del cannabis y la creación de un foro de debate público en relación a todas las cuestiones que se derivan del consumo de dicha sustancia y las consecuencias de la criminalización de las conductas relacionadas con el consumo y cultivo de aquella, excluyéndose expresamente como fin de la asociación el fomento o difusión de cannabis.

La Asociación Ramón Santos de Estudio sobre el Cannabis (ARSEC), inscrita en el Registro Asociaciones de la Generalitat de Cataluña con fecha 20 de junio de 1991, decidió realizar una plantación de cannabis destinada al autoconsumo de los miembros de la asociación. En mayo de 1993 el presidente de la asociación elevó al Fiscal Delegado de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña para la prevención y represión del tráfico ilícito de drogas una memoria explicativa de la actividad de la asociación y, en concreto, la plantación de cáñamo, que dio lugar a la incoación de unas Diligencias respecto a las cuales recayó Decreto de archivo, en cuanto se reputaba que los hechos no revestían los caracteres de delito, en consideración a que “la referencia a la producción para el consumo se especifica que se acota exclusivamente a la producción concreta del autoconsumo, que debe entenderse individual, no punible”. El 30 de agosto de 1993, miembros de la Guardia civil, desconocedores de la investigación judicial, penetraron en la finca y arrancaron la totalidad de las plantas. La Audiencia provincial de Tarragona en sentencia de doce de julio de 1996 absolvió al presidente, secretario, tesorero y un socio de la asociación por entender que “por la finalidad de dicho acto y las condiciones en las que se produjo dicho comportamiento externo, éste no reunía la idoneidad necesaria para la difusión de la sustancia típica cultivada a terceros ajenos a aquellos que dominaron el hecho del co-cultivo”³². Esta sentencia fue recurrida en casación por el Ministerio Fiscal y el Tribunal Supremo casó y anuló dicha sentencia³³.

En 1997 la Asociación Kalamudia de Bilbao llevó a cabo una plantación de 600 plantas destinadas a los doscientos socios, que dio lugar a Diligencias previas, que fue archivada y se recogió el cultivo. La plantación fue comunicada a la Fiscalía y a la opinión pública a través de los medios de comunicación. En 1999 la misma asociación realizó otra plantación pública y colectiva, que no dio lugar a intervención alguna³⁴.

A partir de la publicación del informe antes citado, las asociaciones de usuarios de cannabis pasaron de estar inscrita como sociedades de estudio a regularizarse como club social de cannabis, recogiendo en sus estatutos la creación de espacios

³² SAP de Tarragona de 12 de junio de 1996.

³³ STS de 17 de noviembre de 1997 TOL 407755.

³⁴ Barriuso Alonso, “Propuesta de modelo legal para el cannabis en el estado español”, Eguzkilore. Revista del Instituto Vasco de Criminología, nº 19. 2005 p. 163; Del mismo autor, “Los clubes sociales de cannabis. Una alternativa normalizadora en marcha”, Serie reforma legislativa en materia de drogas nº 9. 2011. Transnational Institute, p. 3.

privados para el cultivo y consumo de sus socios, bajo las condiciones establecidas en el Informe³⁵.

El primero fue el Club de catadores de cannabis de Barcelona en 2001. Pero la asociación que tuvo más relevancia pública e impulsó la creación de clubes sociales de cannabis fue la Asociación de Usuarios de Cannabis Pannag de Bilbao, inscrita en el Registro de Asociaciones del Departamento de Justicia del Gobierno vasco el 20 de junio de 2003, que realizó un cultivo programado de 300 gramos para cada socio y que las Diligencias previas fueron archivadas por la Audiencia provincial de Vizcaya al considerar que concurren todos los requisitos de la atipicidad por consumo compartido³⁶.

A partir de estos momentos se multiplican por todo el territorio nacional los clubes sociales de cannabis. Aunque no es fácil determinar el número de clubes que existen en España, no todos están inscritos en los registros de asociaciones, podemos estimar que actualmente existen en torno a 1000 asociaciones³⁷.

A partir de las Guías de buenas prácticas aprobadas por las distintas federaciones de asociaciones de usuarios de cannabis podemos definir y determinar el normal funcionamiento de estas asociaciones. Para ello hemos utilizado las Guía de buenas prácticas de la Federación de Asociaciones Cannábicas (FAC) de 2010³⁸, de la Federación de Asociaciones de Usuarios de Cannabis de Euskadi (EUSFAC) de 2011³⁹, de la Federación de Asociaciones Cannábicas de Cataluña (CATFAC)⁴⁰ y de la Federación de Asociaciones de Usuarios de Cannabis de Andalucía (FAC. SUR). Además hemos tenido en cuenta la Guía de buenas prácticas de los clubes sociales de cannabis elaborada por el Instituto vasco de Criminología⁴¹ y el Código de conducta para un cannabis social club europeo de la Coalición Europea de Políticas de Drogas Justas y Eficaces (ENCOD)⁴².

Los clubes sociales de cannabis son asociaciones de personas mayores de edad consumidoras de cannabis que pretenden la autorganización de su consumo con los objetivos de: a) desvincular el consumo de drogas del tráfico u oferta ilícito, mediante la gestión por los propios consumidores del ciclo completo de producción y distribución del cannabis entre sus asociados; b) impedir una distribución indiscriminada del cannabis, mediante su distribución entre un colectivo cerrado y delimitado de personas; y c) garantizar un consumo controlado y responsable del cannabis, mediante el aseguramiento de la calidad

³⁵ Barriuso Alonso, "Propuesta de ...", cit. p. 163.

³⁶ Auto nº 218/2006 de 14 de marzo de la Audiencia provincial de Vizcaya JUR 103182.

³⁷ El 28 de octubre de 2014 el representante de la Plataforma de Asociaciones y Usuarios del Cannabis (PAUC) en su comparecencia en el Senado aludió a unas 100 ó 1200 asociaciones.

³⁸ Véase en <http://bit.ly/GuiaDeClubes>.

³⁹ Véase en eusfac.org/eusfac/código/.

⁴⁰ <http://catfac.org/codi-de-bones-practiques/>

⁴¹ <http://www.regulacionresponsable.es/wp-content/uploads/2015/08/CBPCSC2.pdf>

⁴² <http://www.encod.org/info/CODIGO-DE-CONDUCTA-PARA-UN.html>

de la sustancia, la prevención del consumo abusivo, y su realización en un contexto socialmente normalizado⁴³.

El objeto social es facilitar un consumo controlado y responsable del cannabis entre los socios. A tal fin la asociación controlará el ciclo completo de producción, distribución y consumo y repercutirá exclusivamente sobre los socios⁴⁴.

Antes de ser miembro de un club social de cannabis, la persona que lo solicita debe declarar que es consumidor de cannabis⁴⁵, o entregar un informe médico en el que conste el diagnóstico, a fin de comprobar que esa persona está diagnosticada de alguna enfermedad para la que el uso de cannabis está indicado.

El cultivo, procesamiento y distribución se realizará en estricta condiciones de control, con la meta de asegurar que el cannabis no se difunda fuera del colectivo de los socios. Ello se garantiza con la entrega de cantidades ajustadas a las pautas de consumo, con la finalidad de evitar remanentes susceptibles de derivarse al tráfico ilícito⁴⁶. Los trabajadores podrán ser socios voluntarios o trabajadores por cuenta ajena contratados por la asociación. En este último caso la asociación controlará que no se apoderen de la sustancia ni puedan difundirla indiscriminadamente. Se impide cualquier tipo de suministro de cannabis fuera de los procedimientos previstos. Se habilita un lugar en las instalaciones de la asociación para su consumo. El club debe implantar programas de cumplimiento que posibiliten la interrupción inmediata de distribución del cannabis cuando se detecte una difusión indebida⁴⁷.

Se constituye como entidad sin ánimo de lucro. Las aportaciones obligatorias de

⁴³ En relación con las características que ha de tener el club social de cannabis, seguimos lo establecido en Diez Ripollés/Muñoz Sánchez, “La licitud...”, cit. pp. 68 -64. Definición que está presente en estos términos en los Códigos de buenas prácticas para las asociaciones cannábicas de las distintas Federaciones de asociaciones. La FAC alude a “asociaciones que se autoabastecen y distribuyen cannabis entre sus propios socios, todos mayores de edad y en ámbito privado, reduciendo los riesgos asociados al mercado negro” y la FAC.SUR y FATCAT los definen como “forma organizativa dirigida al autoabastecimiento y a la creación de un mercado en circuito cerrado cuyas reglas de funcionamiento se asemejan a las de una cooperativa de consumo”. ENCOD lo define como “un club que está compuesto por socios, ciudadanos adultos, que organizan el cultivo de un monto limitado de cannabis para satisfacer sus necesidades personales. Así establecen un circuito cerrado entre los productores a los consumidores, en el que se cumplen ciertos requisitos relativos a la salud, la seguridad, la transparencia y la rendición de cuentas”. Coincide básicamente también con la definición de la Resolución del Departamento de Salud de la Generalitat de Cataluña SLT 32/2015, de 15 de enero.

⁴⁴ Así se establece en el apartado 4 a 7 de la Guía de la FAC, en el art. 7 de EUSFAC, art. 47 de FAC.SUR, y el apartado III de la FATCAT. Se parte de una previsión del consumo de los socios mediante un Acuerdo de cultivo y consumo compartido.

⁴⁵ La EUSFAC y FAC.SUR exigen que los nuevos socios sean avalados por al menos dos socios (art. 5 y 32, respectivamente).

⁴⁶ La FAC establece 60 gramos por persona al mes; EUSFAC dos gramos de flor al día; FATCAT no más de 25 gramos a la semana y FAC.SUR 24,5 gramos a la semana. No se admiten excedentes de producción, si los hubiera se restan de la previsión del consumo del ciclo siguiente.

⁴⁷ Se considera infracción grave la pertenencia a varias asociaciones con derecho a consumo (art. 35 de FAC.SUR) o cuando la cantidad supere los 90 gramos mensuales (apartado 7 de la FAC). Así mismo la vulneración del circuito cerrado (art. 14 FAC.SUR). Y se prohíbe la publicidad y promoción del consumo (art. 35 EUSFAC, art. 12 FAC.SUR y art. 14 FATCAT).

los socios y las cuotas adicionales periódicas en función del consumo responden estrictamente a las necesidades de funcionamiento para lograr sus objetivos, revirtiéndose íntegramente en ella. La asociación no podrá distribuir beneficio alguno entre los socios⁴⁸.

La asociación debe asegurar un consumo controlado y responsable de la droga por sus socios. Para ello la droga ha de tener unas cualidades que minimicen los riesgos derivados del consumo, lo que supone procurar una sustancia de calidad y que la presentación y composición permitan un consumo seguro. Por otra parte debe suministrarse en condiciones que prevengan los consumos abusivos, regulando las cantidades a suministrar y su periodicidad⁴⁹.

Inicialmente este modelo surgió como un programa de reducción del riesgo en el ámbito de un modelo prohibicionista, que no castiga penalmente el consumo y solo se prohíbe el consumo en lugares públicos, que permitía la transición a un modelo de producción y abastecimiento legales *de facto* que podría operar en un marco prohibicionista. Pero una vez asentado se ha planteado como un sistema alternativo de producción y abastecimiento legal que se puede llevar a cabo junto a modelos de venta controlada⁵⁰.

Este modelo de club social de cannabis permite dar un paso importante hacia la normalización, asegurando a las personas que lo necesiten o deseen el acceso a cannabis de calidad y a la información necesaria para un uso razonablemente seguro, mediante regulaciones e intervenciones dirigidas a maximizar los beneficios y reducir al mínimo posible los riesgos y daños asociados con el uso de dicha planta⁵¹.

En los últimos años ha surgido otro tipo de club más comercial, especialmente en Barcelona. Se trata de empresas que funcionan como un *coffieshops* holandés, pero restringiendo la venta solo a socios. En estos casos se trata más bien de empresas con ánimo de lucro que no funcionan como los clubes sociales de cannabis y que tratan de asegurarse una posición en un posible mercado legal del cannabis⁵².

Este modelo de autoorganización del consumo de cannabis, denominado modelo español de club social de cannabis, ha tenido repercusión internacional y se ha convertido en un referente en el contexto internacional⁵³. Se ha tenido en cuenta en

⁴⁸ El apartado 2 de la FAC establece que los beneficios serán reinvertidos en la consecución de los fines de la asociación. Art. 9 de FAC.SUR.

⁴⁹ Se establece la obligación de promover un consumo responsable incorporando un modelo de reducción de riesgos asociados al consumo y gestión de posibles consumo problemáticos (apartado 10 FAC, art. 34 EUSFAC, art. 25 FAC.SUR).

⁵⁰ Barriuso Alonso, “Los clubes...”, cit. p. 6; Fundación Transform para la política de drogas (Transform Drug Policy Foundation), “Cómo regular el cannabis. Una guía práctica”, 2014. P. 77.

⁵¹ *Ibidem*, p. 167

⁵² Taylor/Bilckman/Jelsman, “Auge y caída...”, cit. p. 49.

⁵³ La Guía práctica de cómo regular el cannabis de la fundación Transform, op. cit. p. 41 alude entre los modelos de cómo regula el cannabis al modelo de club social de cannabis.

la regulación de Uruguay como una vía para acceder al consumo del cannabis⁵⁴. Se ha reproducido de manera informal en muchos países europeos, Bélgica, Reino Unido, Portugal y Alemania y latinoamericanos, Argentina, Chile, Colombia.

En España este modelo ha dado lugar a un incipiente proceso normativo por parte de algunas comunidades autónomas y ayuntamientos, que representan un primer paso preparatorio para la regulación de estas asociaciones. Todas estas iniciativas se enmarcan en la política de reducción de daños y riesgos asociados al consumo de drogas. Supone un acercamiento a posiciones más próximas a la sensibilidad social actual de la sociedad a las políticas de drogas⁵⁵.

La comunidad Foral de Navarra aprobó la Ley Foral 24/201, de 2 de diciembre reguladora de los colectivos usuarios de cannabis en Navarra⁵⁶.

El objeto de la Ley es la regulación de las normas generales para la constitución, organización y funcionamiento de los clubes de personas consumidoras de cannabis. Establece el marco de consumo de esta sustancia por parte de los socios de los clubes de cannabis, conforme a las formas de funcionamiento antes indicadas. Se constituyen en asociaciones sin ánimo de lucro (art. 6), se señalan como objetivos el control del consumo por sus integrantes, la prevención de riesgos derivados del consumo, trabajar por la disminución del mercado ilícito del cannabis (art. 8) y evitar el consumo abusivo y fomentar el consumo responsable (art. 12). Solo podrán ser socios del club personas mayores de edad y consumidoras de esta sustancia antes de solicitar la inscripción (art. 15). Se establece la prohibición de realizar propaganda, publicidad o promoción del consumo en personas ajenas al club y de realizar un uso ilícito o irresponsable de la sustancia adquirida en el club, cuyo incumplimiento implica la expulsión (art. 22).

La vigencia de esta Ley está suspendida en virtud de la resolución de fecha de 14 de abril de 2015 del Pleno del Tribunal Constitucional al admitirse a trámite el recurso de inconstitucionalidad promovido por el presidente del Gobierno.

En la comunidad autónoma vasca, el proyecto de Ley vasca de Adicciones⁵⁷ establece que se regulará mediante reglamento, las entidades de personas consumidoras de cannabis, estableciendo las condiciones y formas de funcionamiento de estas entidades en los mismos términos que se han concretado anteriormente. Así mismo es de destacar la creación de una Ponencia parlamentaria para el análisis de una solución de la actividad de los clubes sociales de cannabis, desarrollada en la novena y décima legislatura. La Ponencia concluyó su labor con unas conclusiones y propuestas que constata el fracaso de la actual política prohibicionista en relación

⁵⁴ Vid apartado II. 3 anterior.

⁵⁵ Véase Casals Madrid/ Marks, "Proceso de regulación de clubes sociales de cannabis en Cataluña. 2014-2015". Observatorio civil de drogas. Disponible en observatoriocivil.org/wp-content/.../OC-2015-3-Informe-170-v3.pdf.

⁵⁶ Boletín Oficial de Navarra nº 243, de 15 de diciembre de 2014.

⁵⁷ Aprobada por el Consejo de Gobierno Vasco en diciembre de 2014.

al cannabis y exige una reflexión sobre nuevos modelos de regulación que permitan el consumo responsable, sometido al control de las administraciones públicas⁵⁸.

El Departamento de Salud de la Generalitat de Cataluña ha presentado en el parlamento autonómico una propuesta de resolución que establece criterios en materia de salud pública para orientar a las asociaciones cannábicas y sus clubes sociales y establecer las condiciones del ejercicio de su actividad por los ayuntamientos de Cataluña. Esta propuesta ha sido aprobada por todos los grupos, excepto el grupo del Partido popular. La Resolución SLT32/2015, de 15 de enero⁵⁹ establece una serie de criterios de organización y funcionamiento de los clubes sociales de cannabis en la línea que hemos indicado: acceso a mayores de edad consumidores habituales de cannabis, ser socio de una sola asociación, promoción de programas de reducción de daños asociados al consumo, prohibición de publicidad de las asociaciones o establecimientos y ciertas limitaciones de la ubicación de los establecimientos.

Por último, a nivel local dos Ayuntamientos han aprobado ordenanzas reguladoras de la ubicación de los clubes sociales de cannabis.

El Ayuntamiento de Donostia ha aprobado, por unanimidad de todos los grupos municipales, la Ordenanza reguladora de la ubicación de los clubs sociales de cannabis⁶⁰. La Ordenanza parte de la realidad de los clubes sociales de cannabis y pretende dar reconocimiento local a estas entidades. Para ello se exige la correspondiente licencia municipal y se establece una serie de criterios de emplazamiento, se prohíbe la publicidad de la actividad y promoción o patrocinio en el exterior del establecimiento y la transmisión de cannabis a personas que no sean socias del club.

En el mismo sentido el Ayuntamiento de Girona aprobó una ordenanza municipal en mayo de 2014 en los mismos términos que la Ordenanza de Donostia.

IV. Posición jurisprudencial sobre los clubes sociales de cannabis

1. El cultivo de drogas ilegales como modalidad típica del art. 368

Antes de que el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo pudiera pronunciarse sobre la relevancia penal de los clubes sociales de cannabis, se podía distinguir claramente dos líneas jurisprudenciales sobre la tipicidad del cultivo colectivo.

Una corriente jurisprudencial sostenía que el cultivo de cannabis por parte de una asociación de consumidores de cannabis para proveer de la cantidad que

⁵⁸ Véase Arana Berastegi, “La viabilidad legal de los clubes sociales de cannabis en la Comunidad autónoma de Euskadi y propuesta de hoja de ruta”. Fundación Renovatio. Instituto Vasco de Criminología.

⁵⁹ Resolución SLT 32/2015, de 15 de enero LCAT 2015\51.

⁶⁰ Boletín Oficial de Guipúzcoa, n° 217 de 13 de noviembre 2014.

necesita cada socio para su consumo particular, en cuanto que se trata de un cultivo no autorizado, realiza el tipo del delito de tráfico de drogas. Parte de que el tipo penal del art. 368 de Código penal es un delito de peligro abstracto en sentido puro, “*que incrimina conductas peligrosas según la experiencia general y que resultan punibles sin necesidad de poner concretamente en peligro el bien jurídico protegido*”⁶¹. Desde este punto de vista considera que “*el cultivo de plantas que producen materia prima para el tráfico es un acto característicamente peligroso para la salud pública, no obstante que en el caso no se haya llegado a producir un peligro concreto*”. Añade que el tipo penal no exige tampoco que la acción concreta realizada sea idónea o apta para lesionar la salud pública, sostiene que la idoneidad “*no depende de la concreción del peligro, sino exclusivamente de la abstracta adecuación al mismo que ha establecido el legislador*”.

Esta tesis ha sido seguida por otra sentencia del TS de 9 de diciembre de 2002, aunque referida a un caso de cultivo de la adormidera con fines de tráfico⁶², y por la sentencia de la Sección 1ª de la AP de la Rioja de 17 de noviembre de 2005⁶³.

Otras resoluciones judiciales, aunque declaran típica la conducta de cultivar cannabis por parte de una asociación de consumidores para su consumo privado, no asumen la tesis de que todo cultivo de plantas de cannabis realiza el tipo penal del art. 368 por ser un acto característicamente peligroso para la salud pública, sino que la tipicidad viene determinada porque se trata de un cultivo que reúne las condiciones para poner en peligro la salud pública, en cuanto existe una razonable probabilidad de difusión de la sustancia a terceros, ya que no se dan los requisitos exigidos jurisprudencialmente para el consumo compartido. Especialmente significativa es la SAP de Tarragona de 16 de octubre de 2006⁶⁴, que afirmando que sigue la tesis

⁶¹ La STS de 17 de noviembre de 1997 TOL 407.755 resuelve el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal a la SAP de Tarragona de 12 de junio de 1996, que absolvió al presidente, secretario, tesorero y un socio de la Asociación Ramón Santos, inscrita en el Registro de Asociaciones de la Generalitat, que realizó una plantación de cannabis para la producción concreta de autoconsumo de sus socios, todos ellos consumidores de cannabis. La sentencia de la Audiencia aplica al caso la interpretación jurisprudencial de que “*debe excluirse la tipicidad en aquellos casos en los que el peligro de afectación del bien jurídico queda excluido por la inidoneidad de la acción*”, lo que concurre cuando “*queda descartada la difusión para el consumo ilegal de sustancias estupefacientes para terceros*”.

⁶² La STS de 9 de diciembre 2002 RJ 2327 declara típica la conducta de cultivar cuatro plantas y un plantero de 321 plantas iguales del género *Papaver Somniferum* por parte del acusado que no es consumidor de esta sustancia y que cultivaba para su transmisión posterior a terceros.

⁶³ SAP de la Rioja de 17 de noviembre de 2005 TOL 816686, aunque no considera delictivo el crear por parte de una asociación de consumidores de cannabis un “*espacio privado, solo para socios en el que se cree un ambiente adecuado para llevar a cabo las catas oportunas del vegetal conocido como Cannabis sativa*”, pues no se trata de un supuesto “*incardinable en el que se contempla en dicha sentencia (STS de 17 de noviembre de 1997), por cuanto, el crear un ambiente adecuado para probar el vegetal, no es en sí mismo un acto característicamente peligroso para la salud pública en los términos utilizados en la misma, ni dirigido al favorecimiento o facilitación del consumo ilegal*”.

⁶⁴ SAP Tarragona de 16 de octubre de 2006 RJ 251755, aunque afirma seguir la tesis de la STS de 17 de noviembre de 1997, a la que cita como “*verdadero leading caso en materia de cultivo de marihuana*”, determina la tipicidad del cultivo de cannabis por parte de una asociación en base a que las condiciones de tal cultivo (la cantidad intervenida, 27,5 kilos de marihuana una vez desecada y que el almacén donde se

de la STS de 17 de noviembre de 1997, en el sentido de que el cultivo de plantas de cannabis es un acto peligrosos para la salud pública aunque no se haya creado un peligro concreto, exige para la tipicidad no solo el cultivo, sino que es necesario que *“existan indicios que de forma racional permitan afirmar que dicho acto de cultivo reunía condiciones para poner en peligro la salud pública mediante una razonable probabilidad de difusión de la sustancia terceros”*. Es decir, no estamos ante un delito de peligro abstracto en sentido puro, en virtud del cual todo acto de cultivo de plantas de cannabis realiza el tipo penal por ser una conducta que el legislador presume que es peligrosa para la salud pública por sí misma, sino que se concibe el art. 368 del CP como un delito de aptitud para la producción de un daño, que entiende el cultivo como un acto que solo es típico si es idóneo para difundir la droga entre terceras personas indeterminadas.

En el mismo sentido se han manifestado la sección primera de la AP de Guipúzcoa y la sección sexta de la AP de Zaragoza al declarar típico el cultivo de cannabis por parte de una asociación de consumidores al considerar que existe la posibilidad de difusión a terceras personas por no concurrir los requisitos del consumo compartido⁶⁵.

encuentra el estupefaciente, aunque sea cerrado), *“no permite excluir la posibilidad de acceso a terceros”*.

⁶⁵ La SAP de Guipúzcoa de 11 de noviembre de 2008 TOL 1480123 se ocupa del enjuiciamiento de los regentes de la asociación Paotxa, que a pesar de los fines declarados de la asociación, de no fomentar ni difundir el consumo del cannabis, se descarta la tesis del consumo compartido en base a que *“en el plano individual porque se posee de forma preordenada al tráfico, por parte de una persona que no ha acreditado su condición de consumidor, se realiza un acto concreto de tráfico de una sustancia, MDMA...”*, y *“en el plano colectivo, se posee la sustancia estupefaciente para ser facilitada, en un espacio comunitario, a un elenco de personas que tiene como denominador común precisar o solicitar el consumo de las sustancias mencionadas. Se despliega un comportamiento idóneo para favorecer la difusión o distribución de la droga entre un colectivo indeterminado de personas”*. La SAP de Zaragoza de 16 de abril de 2012 JUR 178832 juzga al presidente de la Sociedad de Estudios del Cannabis de Aragón (SECA), que cultiva el cannabis necesario para proveer de la cantidad que necesita cada socio para su consumo particular, *“comprometiéndose a no transmitir dicho cannabis a terceras personas en ninguna circunstancia, abonando una cuota de inscripción de 50 euros y una cuota anual de 25 euros”*, encargándose el acusado de *“repartir en el local de la asociación entre los socios la sustancia, cobrándose 5 euros por cada gramo de marihuana”*. Condena al acusado por no ser de aplicación la doctrina del consumo compartido al existir riesgo de difusión a terceras personas, por no concurrir los requisitos exigidos por la jurisprudencia, en concreto que el consumo no es esporádico ni íntimo, no se trata de un pequeño grupo de drogodependientes (son casi mil socios) y especialmente por no ser el consumo inmediato (los socios salen de la asociación cada uno con su dosis). Es este último requisito lo que determina la tipicidad, al señalar la sentencia que *“no existe discordancia con la sentencia absolutoria que obtuvo el acusado el día 29 de diciembre de 2009 del Juzgado de lo penal nº 3 de Zaragoza (sentencia nº 394/2009), pues en aquel caso, aunque se intervienen más de dos kilogramos de cannabis sativa y más de medio kilogramo de hachís en pastilla, no obstante los 10 socios compradores interceptados en aquella ocasión, estaban dentro del local de la SECA cada uno con su dosis”*. Se trata del enjuiciamiento del mismo acusado que como presidente de la asociación de la SECA realiza los mismos hechos de cultivar y transmitir a los socios el cannabis que necesitan para su consumo particular, la única diferencia entre la sentencia absolutoria y la sentencia condenatoria es que en la primera la droga interceptada a los socios se realiza en el local de la asociación, mientras que en la sentencia condenatoria a los socios se le intercepta fuera del local de la asociación con su dosis diaria. En la misma línea se pronuncia la sentencia de esta misma sección de 11 de diciembre de 2013 ARP 1424, que referida a la Asociación de Usuarios de Cannabis de Aragón, declara la tipicidad de la conducta por no ser de aplicación la doctrina del

Otra línea jurisprudencial mayoritaria sostiene la atipicidad de esta conducta por falta de idoneidad de la acción del cultivo de cannabis para la difusión necesaria de la sustancia cultivada a terceros ajenos a aquellos que dominan el co-cultivo, o bien por falta del elemento subjetivo del tipo, por no estar destinado el cultivo a la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo por parte de terceras personas.

La Sala Segunda del TS no ha tenido ocasión de manifestarse, más allá de la STS de 17 de noviembre de 1997, ante un caso del cultivo por parte de una asociación de usuarios para su consumo. Sin embargo, con anterioridad a esta sentencia y con posterioridad se ha rechazado la tesis mantenida por la citada sentencia de que el cultivo de la planta de cannabis es un acto típico por ser un acto característicamente peligroso para la salud pública y expresamente recogido en el tipo penal del art. 368.

La STS de 15 de julio de 1993⁶⁶ declara expresamente que *“los actos de cultivo...desligados de las finalidades legalmente determinadas, esto es, promoción, favorecimiento o facilitación del consumo de las sustancias referidas, sin perjuicio de las sanciones administrativas que procedan, son en sí actos atípicos...”*. En el mismo sentido la STS de 17 de marzo de 1994⁶⁷ acepta que *“una interpretación sistemática obliga a entender que, además del acto de cultivar se hace precisa la concurrencia del elemento subjetivo integrado por el destino final de las plantas a su consumo por terceros”*.

Con posterioridad a la sentencia de 1997, la STS de 9 de julio de 2003⁶⁸ afirma taxativamente que el cultivo de plantas de cannabis solo es típico cuando sea con finalidad de tráfico. Y más recientemente la STS de 10 de junio de 2015⁶⁹ declara que *“ni el cultivo con fines de investigación o del propio consumo constituyen conductas idóneas para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal por terceros, y en consecuencia no están abarcadas por el amplio espectro de conductas que están en el radio de acción del precepto”*.

Por tanto, no se puede afirmar que el TS haya resuelto el caso que aquí nos planteamos de si es o no típico el cultivo de plantas de cannabis por parte de una

consumo compartido, dado que *“pueden acceder al recinto también personas no consumidoras...se puede sacar la droga del lugar”*.

⁶⁶ STS 15 de julio de 1993 RJ 6093 se refiere a un hecho de entrega de heroína a un hermano heroinómano para hacer frente a la crisis de abstinencia y como tratamiento de deshabituación.

⁶⁷ STS de 17 de marzo de 1994 TOL 404551 condena a una pareja por tener 40 plantas de cannabis en su domicilio al rechazar la tesis del recurrente de que la facilitación del consumo a un drogadicto, al ser consumo penalmente lícito, no constituye una conducta adecuada al tipo en cuanto se refiere a que el favorecimiento o facilitación ha de ser del consumo ilegal y aquel autoconsumo no lo es.

⁶⁸ STS 9 de julio de 2003 TOL 308186 referida a un supuesto de consumo compartido, en el curso de una fiesta en el domicilio se produce un consumo compartido, que estima atípico porque *“el riesgo de difusión indiscriminada y externa del consumo desaparece”*. Además, como el acusado tenía 6 plantas de cannabis, se plantea sin el mero cultivo es una conducta típica.

⁶⁹ STS de 10 de junio de 2015 TOL 185902

asociación de consumidores para proveer de la cantidad que necesita cada socio para su consumo particular, sino que se ha mantenido dos tesis contradictorias, una que afirma la tipicidad de todo cultivo de plantas de cannabis, y otra que solo considera típico el cultivo de cannabis cuando se realice con la finalidad de promover o favorecer el consumo por parte de terceras personas distintas a las que dominan el cultivo.

2. Resoluciones de juzgados y audiencias provinciales sobre los clubes sociales de cannabis

La “jurisprudencia menor” de juzgados y audiencias provinciales si ha tenido ocasión de manifestarse ante este hecho en reiteradas sentencias. Esta jurisprudencia mantiene de forma muy mayoritaria que la conducta que aquí analizamos es una conducta atípica, siempre que concurren determinadas condiciones que permitan afirmar que no existe riesgo de difusión de la droga a terceras personas distintas de los que dominan el cultivo. Más de 10 audiencias provinciales y muchos Juzgado de lo penal se han pronunciado a favor de la atipicidad de esta conducta, bien de forma directa, referido a un supuesto de un club o asociación de consumidores de cannabis, o bien referido a un acto de cultivo para el autoconsumo de una o varias personas.

Esta línea jurisprudencial parte de que el tipo penal del art. 368 del CP presenta la estructura típica de los delitos de aptitud para la producción de un daño, también denominados delitos de peligro abstracto-concreto. De acuerdo a esa estructura típica, para que el comportamiento de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas sea penalmente relevante es preciso que la acción concretamente realizada sea peligrosa para la salud pública. Es decir, que sea probable que de ella se vaya a derivar una afección efectiva a la salud de la sociedad⁷⁰.

Tal exigencia se concreta, en numerosas sentencias, en que la acción sea apta, idónea o adecuada para producir un peligro para la salud pública⁷¹. Lo que

⁷⁰ Toda la argumentación sobre la estructura típica del delito del art. 368 toma como referencia el análisis realizado en DIEZ RIPOLLÉS/MUÑOZ SÁNCHEZ, “Licitud de la...”, cit. pp. 50-54.

⁷¹ La STS de 22 de febrero de 1993 TOL 403.418 afirma que *la adecuación de la acción a la producción de determinados resultados sobre la salud pública es un elemento del tipo del art. 344 CP...la acción parece adecuada para la producción de las consecuencias que la ley quiere evitar*, la STS de 28 de octubre de 1996 TOL 406.594 exige que el peligro para la salud pública *se encuentre realmente presente en la acción*, la STS de 22 de enero de 1997 TOL 408.226 excluye la tipicidad si *la conducta no es idónea para lesionar ni generar un riesgo mínimamente relevante para el bien jurídico protegido*. En el mismo sentido la STS de 3 de junio de 2004 TOL 614.260 afirma que el delito de tráfico de drogas *sanciona conductas capaces de crear un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido* y la STS de 7 de noviembre de 2005 TOL 765.938 exige que *la acción tenga una determinada aptitud generadora de peligro*. La STS de 10 de junio de 2015 TOL 185902 señala expresamente que *“los comportamientos típicos deben ser idóneos para perjudicar la salud pública porque promueven, favorecen o facilitan el consumo ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes, objetivo o finalidad que debe estar presente en todas las acciones que se incluyan en el tipo, incluida la posesión, el cultivo,...”*. En la doctrina aluden a tal idoneidad o adecuación de la

determina que quedan excluidas del tipo las acciones en las que por las circunstancias del caso quede excluida totalmente la generación de riesgo para la salud pública⁷², o en las que falte *la posibilidad remota del daño a la salud pública*⁷³.

Nuestra jurisprudencia, a la hora de determinar en estos preceptos cuándo la conducta de promoción, favorecimiento o facilitación concreta debe entenderse apta para producir un daño a la salud pública, ha señalado que la aptitud va referida a la capacidad de la conducta enjuiciada para realizar una difusión indiscriminada de la droga. Por difusión indiscriminada se entiende una diseminación y accesibilidad de la droga entre personas indeterminadas⁷⁴.

acción, entre otros, MORALES GARCÍA. “Tratamiento jurídico penal del tráfico de drogas tóxicas”, en QUINTERO OLIVARES (Dir.). “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal”. 9ª Ed. 2011. pp. 1488-1489; JOSHI JUBERT. “Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP”. Bosch. 1999. pp. 101 y 117; ACALE SÁNCHEZ. “Salud pública y drogas tóxicas”. Tirant lo Blanch. 2002. pp. 26-27; MANJÓN-CABEZA OLMEDA. “Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces”, en Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales. T. LVI. 2003. pp. 47-50, 77, 93, 101 y 11; MORILLA CUEVA. “El delito de tráfico de drogas en sentido estricto”, en MORILLAS CUEVA (Coord.). “Estudios jurídicos penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines”. Dykinson. 2003. p. 31; DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Transmisiones atípicas de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad”, Tirant lo Blanch. 2012, pp. 11 y 15 se refiere a las conductas atípicas como aquellas “que carecen de capacidad de difusión de drogas y de trascendencia social”, aunque este autor exige, como después veremos, para la consumación del delito que realmente se haya producido una difusión entre terceras personas, no bastando el riesgo de difusión.

⁷² Así las SSTS de 27 de septiembre de 1993 TOL 401.325, 19 de julio de 1994 TOL 403.670, 27 de mayo de 1994 TOL 404.056, 17 de junio de 1994 TOL 402.546, 22 de octubre de 1996 RJ 7838 declaran expresamente *que la exclusión de la tipicidad en la constelación de casos, que se ha dado en llamar de «consumo compartido», se fundamenta en la inexistencia del peligro general que es elemento del tipo del art. 344 CP, cuando el autor entrega a otro una dosis que éste consumirá inmediateamente y en el mismo recinto, sin riesgo alguno de ulterior transmisión a otros*. En términos parecidos las SSTS de 13 de junio de 2003 TOL 305.472, 12 de marzo de 2004 TOL 365.525, 19 de septiembre de 2005 RJ 8669 y 23 de febrero de 2011 TOL 2.045.217.

⁷³ Aluden a que no puede faltar la posibilidad remota del daño a la salud pública las SSTS de 10 de diciembre de 1998 TOL 77.581, 3 de marzo de 1994 TOL 398.657, 19 de julio de 1994 TOL 403.701.

⁷⁴ Existe acuerdo en la jurisprudencia en que la acción no alcanza la aptitud para generar el riesgo que fundamenta la aplicación del tipo, esto es, que queda excluido el riesgo típico para la salud pública, cuando no existe posibilidad de difusión, de facilitación o de promoción del consumo entre terceras personas indiscriminadamente. Así, las SSTS 16 de julio de 1994 TOL 403.670, y de 5 de febrero de 1996 RJ 793 sostienen que *la finalidad de la norma penal (art. 368) es la tutela del bien jurídico de la salud pública mediante la represión y evitación del peligro general o común de facilitar el consumo de drogas para personas indeterminadas y ese peligro no existe cuando son personas concretas las que deciden realizar el consumo y está totalmente descartada la posibilidad de difusión de la droga entre el público, exclusión del peligro que excluye la existencia de un elemento del tipo*. Por ello son numerosas las sentencias del Tribunal supremo que exigen como elemento del tipo que exista *la posibilidad de difusión, de facilitación o de promoción del consumo entre terceras personas indiscriminadamente*. Las SSTS de 22 de febrero de 1993 TOL 403.418, 3 de junio de 1993 TOL 402.372, 10 de noviembre de 1994 TOL 404.881, 23 de febrero de 2011 TOL 2.045.217 han entendido que el bien jurídico colectivo de la salud pública *no padece cuando el riesgo o peligro para la salud de terceros... no concurre*; la de 27 de septiembre de 1993 TOL 401.325 y 3 de febrero de 1999 RJ 967 afirman que la conducta *no determinaba pues un riesgo de consumo común e indiscriminado por lo que se excluye la tipicidad de la acción*; la de 3 de marzo de 1994 TOL 398.657 declara que no existe el riesgo del daño a la salud pública en los casos *en que queda excluida esa posibilidad remota, porque el consumo queda referido exclusivamente a personas drogodependientes que por su condición se ven impelidas a consumir y que lo iban hacer aunque fuera buscando otro medio diferente de suministro, sin que, desde luego, exista riesgo alguno de incidir en la salud de otras personas*; las de 27 de

Desde esta interpretación del tipo del artículo 368 el caso que nos ocupa de una asociación de usuarios de cannabis que cultivan el cannabis necesario para el consumo de sus miembros, se considera que es una conducta sin relevancia penal dado que la finalidad del acto y las condiciones en que se produce no reúne la idoneidad necesaria para la difusión de la sustancia cultivada a terceros ajenos a aquellos que dominan el hecho del co-cultivo.

Unas sentencias aluden a una modalidad del consumo compartido, con la peculiaridad de que los consumidores participan en el cultivo, que será atípica si reúne los requisitos del consumo compartido. Así el Auto de la AP de Vizcaya de 14 de marzo de 2006⁷⁵ acuerda el sobreseimiento libre de las Diligencias Previas por tratarse de una modalidad entre adictos en el que se descarta la posibilidad de transmisión a terceras personas al concurrir todos los requisitos del consumo atípico por compartido. En el mismo sentido se han manifestado las Audiencias provinciales de Guipúzcoa⁷⁶, de Álava⁷⁷, Palma de Mallorca⁷⁸ y algunos Juzgados de lo penal⁷⁹.

mayo de 1994 TOL 404.056, 3 de febrero de 1997 TOL 408.222, 11 de julio de 1997 RJ 5606, 15 de abril de 1998 RJ 3806, 30 de septiembre de 2002 RJ 9152, 16 de junio de 2004 TOL 14.292, 29 de julio de 2011 RJ 6445 aluden para declarar la tipicidad a que *no desapareció el peligro abstracto de una difusión y favorecimiento del consumo de droga entre un mayor número de personas*; las de 17 de junio de 1994 TOL 402.546, 5 de febrero de 1996 RJ 793, 16 de septiembre de 1996 RJ 6617, 22 de diciembre de 1996 RJ 9651, 12 de febrero de 2010 TOL 1.792.996 recogen la doctrina, según la cual *es atípica la acción en que esté descartada la difusión de drogas entre el público*; las de 27 de mayo de 1994 RJ 4057, 27 de enero de 1995 TOL 403.258, 10 de diciembre de 1998 TOL 77.581, 27 de septiembre de 1999 RJ 6997, 11 de noviembre de 2009 TOL 1.726.694 refieren la atipicidad a que *desaparece el riesgo de que la posesión y reparto de la droga pueda incidir en la salud de terceras personas*; las de 23 de marzo de 1995 TOL 405 054, 22 de diciembre de 1998 TOL 78.170, 14 de diciembre de 2009 TOL 1.828. 814 aluden a que es preciso *acreditar en tales casos (consumo compartido) que no existe el riesgo del consumo indiscriminado por terceras personas*; las de 25 de septiembre de 1995 RJ 6745, 20 de septiembre de 1996 TOL 406206, 9 de octubre de 1996 TOL 406.581, 22 de enero de 1998 RJ 48, 20 de julio de 1998 RJ 5998, 2 de octubre de 2002 TOL 229.126 declaran que no es típica la conducta de entrega de droga *cuando no existe el peligro de facilitación o promoción del consumo por personas indeterminadas*. De ahí que se declare atípicas conductas que, a pesar de realizar actos de mediación en el tráfico, donación o compra de droga, excluyen de antemano la posibilidad de difusión de la droga entre terceras personas. Este es el fundamento, como después analizaremos, de la atipicidad de los casos de consumo compartido y de la entrega de droga por parte de personas allegadas a drogodependientes con fines altruistas o compasivos. También la doctrina entiende que la aptitud para producir un daño va referida a la capacidad de la acción concreta para realizar una difusión indiscriminada de la droga. Así JOSHI JULBERT. op. cit. p. 96 y MORILLAS CUEVA. op. cit. p. aluden a la difusión de la droga *entre personas indeterminadas y de forma indiscriminada*; ACALE SÁNCHEZ. op. cit. 26 entiende el peligro a la salud pública como *la disposición de las drogas al tráfico indiscriminado*; MANJON-CABEZA OLMEDA. op. cit. pp. 47, 49, 50, 77, 93, 101, 107, 111 afirma que *para apreciar un peligro, incluso abstracto, para la salud pública se requiere que la droga pueda llegar a indeterminadas personas*; DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Transmisiones atípicas...”, cit. pp. 14-15 alude a que las conductas atípicas “no suponen un peligro relevante de consumo general o indiscriminado” o que “no promueven la difusión del producto ni lo facilitan a personas indeterminadas”.

⁷⁵ Auto de AP de Vizcaya de 14 de marzo 2006 JUR 103182 se ocupa de la Asociación de Usuarios de Cannabis Pannagh de Bilbao, inscrita en el Registro de Asociación del Departamento de Justicia del Gobierno Vasco, que realiza un cultivo programado de 300 gramos al año para cada socio.

⁷⁶ Los Autos de la AP de Guipúzcoa de 6 de febrero de 2012, de 9 de octubre de 2012 y de 2 de julio de 2013 acuerdan el sobreseimiento de tres casos de un cultivo colectivo de cannabis para su autoconsumo por parte asociaciones de usuarios de cannabis.

La mayoría de las sentencias admiten que es un supuesto distinto a los que se engloban bajo la construcción jurisprudencial del consumo compartido, pero que comparte el mismo fundamento que conduce a la atipicidad de la conducta, lo que permite interpretar los requisitos exigidos para la aplicación de la doctrina del consumo compartido no como reglas fijas y precisas para excluir la tipicidad, sino como circunstancias o indicadores que han de valorarse desde el concreto análisis de cada caso, y que permiten deducir si se deriva o no un riesgo para la salud de terceros. Lo relevante para esta línea jurisprudencial no es la concurrencia formal de todos los requisitos, sino si del análisis del supuesto de hecho se deriva o no un riesgo para la salud de terceros.

La SAP de Guipúzcoa de 6 de julio de 2009⁸⁰ fundamenta la atipicidad del supuesto de hecho que analizamos en la analogía con los supuestos que se engloban en el consumo compartido, pues sostiene que si *“el autoconsumo o consumo compartido en la forma determinada por el TS en su jurisprudencia no tiene encaje en el delito del art. 368 del CP, en casos como el presente en que se da un cultivo compartido de cannabis sativa...no parece que se genere un riesgo sobreañadido al propio que tiene lugar en los supuestos propios de autoconsumo o consumo compartido de marihuana o hachís comprado, pues el cultivo y posterior consumo se produce dentro del propio grupo que generó aquél...”*.

Doctrina seguida por la SAP de Vizcaya de 16 de junio de 2014⁸¹ que considera

⁷⁷ Auto AP de Álava de 10 agosto de 2012 que confirma el sobreseimiento de las Diligencias previas dictado por el Juzgado de Amurrio en el caso de la Asociación Pannagh que realiza una plantación de cannabis para el consumo de sus 300 socios.

⁷⁸ SAP de Palma de Mallorca de 9 de diciembre de 2014 considera que el cultivo compartido de cannabis y su posterior consumo por parte de los miembros de la Asociación Green Lemon no realiza el tipo penal del art. 368 del Código por tratarse de una variante del consumo compartido con la concurrencia de los requisitos exigidos jurisprudencialmente. Fundamenta la atipicidad en que *“no es punible el consumo personal, tampoco, evidentemente, el cultivo para el consumo personal y yendo un paso más allá, el cultivo compartido entre varias personas para su consumo personal”* y que en el caso *“no parece que se genere un riesgo sobreañadido al propio que tiene lugar en los supuestos propios de autoconsumo o consumo compartido de marihuana o hachís comprada”*.

⁷⁹ Las sentencias del Juzgado de lo penal nº 3 de Huelva de 14 de julio 2006 referida a la Asociación Ramón Santos para el estudio del cannabis, la del Juzgado de lo penal nº 11 de Sevilla de 31 de enero de 2014 de la Asociación Medical Weed y la del Juzgado de lo penal nº 5 de Pamplona de 6 de febrero de 2015 de la Asociación de Usuarios de Cannabis del Txingudi declaran la atipicidad de los cultivos compartidos y su posterior consumo por sus miembros por ser una variedad del consumo compartido.

⁸⁰ La SAP de Guipúzcoa (sección primera) de 6 de julio de 2009 JUR 499726 tiene por objeto determinar la relevancia penal de la actividad realizada por la asociación de usuarios de cannabis GANJAZZ ART CLUB que realiza un cultivo compartido de sus socios que se distribuía entre los participantes en función de sus necesidades de consumo.

⁸¹ SAP Vizcaya de 16 de junio de 2014 (sección 6ª) JUR 218388 juzga a la Asociación de Estudios y usuarios del Cáñamo EBERS. Los socios de la asociación suscribían dos documentos. El primero se denomina Contrato de previsión de Consumo, donde cada socio manifestaba la cantidad de consumo prevista para un plazo de 6 meses. En dicho documento el nuevo socio manifestaba ser usuario habitual del cannabis y el compromiso de no vender el cannabis que la asociación le proporcione. En el segundo de los documentos, Acuerdo de Cultivo Colectivo, se acordaba realizar un cultivo compartido, siendo los frutos recolectados exclusivamente destinados al uso o consumo personal y privado de los socios. En base a estas previsiones, la asociación puso en funcionamiento un sistema de cultivo de cannabis que le permitiera una

el cultivo compartido como una variante del consumo compartido, que comparte con ella la misma razón de ser, la no vocación de tráfico. El supuesto del cultivo compartido presenta como peculiaridad frente a los casos de consumo compartido la nota de permanencia de la que carece los casos de consumo compartido, en el sentido de que no se trata de un consumo de droga en un momento esporádico, sino que se produce un cultivo durante un periodo de tiempo y su producto se reparte entre los partícipes, sin que se produzca un consumo puntual o accidental sino dilatado o prolongado en el tiempo.

Sostiene la resolución que en este caso *“no existe riesgo para la salud pública porque el consumo no trasciende el círculo de quienes han comprometido su voluntad y también su actividad para la participación en la plantación y en la obtención y posterior consumo”*, por lo que resuelve que no se realiza el tipo penal dado que *“el cultivo de la marihuana promovido por la asociación y la sustancia ocupada en su domicilio no tienen como destino o finalidad promover, favorecer o facilitar el consumo fuera de quienes tenían la condición de socios”*⁸².

Aunque la sentencia basa la absolución de los acusados en la falta del elemento subjetivo de que el cultivo sea para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de terceras personas, en nuestra opinión se debe afirmar que no se realiza el tipo objetivo del tipo penal del art. 368 del CP, pues falta el elemento objetivo de la peligrosidad de la acción, es decir, que la acción sea apta o idónea para poner en peligro la salud pública. Las circunstancias en las que se produce el cultivo y el consumo determinan que no existe riesgo para la salud pública más allá del que puede existir en caso de autoconsumo o consumo compartido.

Por último, otras audiencias afirman la tipicidad de estas conductas al considerar que no es de aplicación la doctrina del consumo compartido por falta de la concurrencia de los requisitos exigidos jurisprudencialmente.

Dos son las razones fundamentales esgrimidas para afirmar que no concurren los requisitos exigidos jurisprudencialmente para el consumo compartido. Por una parte, el hecho de que se trate de una asociación con un número elevado de socios, lo que determina que se afirme que no concurre el requisito de ser un grupo reducido de drogodependientes perfectamente individualizados⁸³, y por otra, el

producción con la que atender las necesidades del consumo de sus socios. Se estableció un límite máximo de cannabis a dispensar a los socios de dos gramos por día. Ya en 2013 esta misma sección de la Audiencia dictó Auto el 20 de septiembre de 2013 en el que afirma que el supuesto de una asociación de usuarios de cannabis es un caso distinto de los previstos en el consumo compartido, pero ello no impide declarar la atipicidad por concurrir el mismo fundamento que inspira la atipicidad de los casos de consumo compartido. En los mismos términos se pronuncia la SAP de Mallorca de 9 de diciembre de 2014 en relación con la Asociación Gren Lemon con 455 socios.

⁸² Esta doctrina ha sido reiterada por la propia Audiencia en la más reciente sentencia de 27 de marzo de 2015 que absuelve a los directivos de la Asociación de usuarios de Cannabis Pannagh en base a que en el cultivo y la posesión de la sustancias estupefaciente no existe propósito ni riesgo de difusión a terceras personas distintas de los miembros de la asociación.

⁸³ La SAP de Zaragoza, sección 6ª, de 16 abril de 2012 JUR 178832 condena al presidente de la Sociedad

hecho de que se permita que el socio pueda sacar pequeñas cantidades de cannabis para su consumo en el exterior de la asociación, que lleva a afirmar que no se trata de un consumo en lugar cerrado ni inmediato⁸⁴.

Estos dos argumentos han sido rebatidos por otras sentencias.

En relación a que no estamos ante un grupo reducido de drogodependientes perfectamente individualizado, se ha sostenido que *“lo relevante es la vocación de tráfico, la finalidad de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo de terceros, y esto no depende de un criterio cuantitativo”*, y que no hay una diferencia sustancial o variación cualitativa con los supuestos reconocidos de atipicidad de cultivos compartidos por varios amigos para proporcionarse el cannabis para su consumo⁸⁵. Respecto a la exigencia de que se trate de consumidores perfectamente individualizados, las sentencias que sostienen la atipicidad señalan que los socios partícipes son personas que están debidamente identificadas y consta en los dietarios la fecha y cantidad suministrada a cada socio.

En cuanto al presupuesto de que se ha de tratar de un consumo en lugar cerrado e inmediato, requisito que no concurre cuando los socios pueden retirar el cannabis para varios días de consumo y que no se consume en la sede de la asociación, se ha respondido que *“no se ve por qué ha de apreciarse un riesgo típico, una concreción del peligro abstracto para el bien jurídico...por el hecho de que se sacara de una asociación una cantidad de marihuana que para nada, atendida la cantidad máxima que se entregaba (2 gramos), pueda estimarse suficiente para entenderla preordenada al tráfico”*. Si se admite un riesgo típico en cuanto que existe la posibilidad de transmisión a terceros, tal riesgo no es un riesgo mínimamente relevante ni de mayor intensidad que en los casos de tenencia de la sustancia que no sobrepase unos límites racionales para el autoconsumo, que es ocupada en poder de cualquier persona. Si no se sanciona penalmente la tenencia preordenada al autoconsumo, incluso cuando exista un riesgo hipotético de que esa sustancia pueda ser difundida entre terceras personas indiscriminadamente, tampoco se debe hacer en el caso de que la tenencia tenga un origen en un cultivo compartido y no

de Estudios de Cannabis de Aragón al considerar que no concurren los requisitos de consumo compartido por tratarse de 1000 socios, lo que no es un grupo reducido de drogodependientes, lo que determina que tampoco concurra el que el consumo sea esporádico e íntimo. En el mismo sentido la SAP de Pontevedra de 12 de abril de 2014 en relación a la Asociación pontevedresa de Estudios del Cannabis, pues se trata de 190 socios que no se conocen entre sí.

⁸⁴ Las SSAP de Zaragoza, sección 6ª, de 16 de abril de 2012 y de 11 de diciembre de 2013 ARD 1424 aluden a que la asociación pierde el control de la droga en cuanto permite que los socios saquen el cannabis del local de la asociación y, por tanto, no se trata de un consumo inmediato. La SAP de Pontevedra de 12 de abril de 2014 afirma que el consumo no se produce en un lugar cerrado dado que los socios adquieren la droga y se la llevan para un consumo privado.

⁸⁵ En este sentido las SS de la AP de Vizcaya de 16 de junio de 2014 y de Mallorca de 9 de diciembre de 2014

que provenga del mercado ilegal⁸⁶. El acopio recogido en las sentencias que han declarado la atipicidad, en cualquier caso no supera la cantidad de sustancia necesaria para el autoconsumo de 5 días, a razón de 20 gramos de consumo diario, cantidad que permite inducir, salvo circunstancias que la justifiquen, que es para el consumo.

3. *Sentencia del Pleno de la Sala Segunda de 7 de septiembre de 2015*

Hasta estos momentos la Sala Segunda del TS no ha tenido oportunidad de plantearse la relevancia penal de los clubes sociales de cannabis⁸⁷. Es con motivo del recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de la Audiencia provincial de Vizcaya (6ª) 42/2014, de 16 de junio que absolvió al presidente, secretario y tesorera de la Asociación de Estudios y Usuarios del Cáñamo EBERS, así como a dos socios que el día del registro se encontraban efectuando labores de preparación y embasado de las bolsas en que se entregaba la marihuana a los socios, como llega el tema al Tribunal Supremo.

Ante la situación jurisprudencial existente en la materia de sentencias condenatorias y absolutorias por diversas Audiencias provinciales, el asunto fue elevado al Pleno Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que dictó sentencia el 7 de septiembre estimando el primer motivo de casación del ministerio Fiscal y anuló la sentencia recurrida⁸⁸. La segunda sentencia condena a los tres acusados de la Junta directiva como autores de un delito contra la salud pública cuyo objeto son sustancia que no causan grave daño a la salud. Concorre en ellos un error de prohibición, como en los otros dos acusados, a los que se les aplica el tipo atenuado por la escasa entidad del hecho.

Esta sentencia se inscribe en la línea mayoritaria de la jurisprudencia de las Audiencias provinciales en cuanto a la estructura típica del delito del artículo 368 y la doctrina del consumo compartido, pero sostiene que en este caso concreto la conducta de la asociación realiza el tipo penal del delito relativo a drogas ilegales

⁸⁶ Para ACALE SÁNCHEZ, “Salud pública...”, cit. p. 54 aunque existe riesgo de que el destinatario de la droga pueda difundir la droga a terceros, si se puede demostrar que no la va a difundir sino que la va a destinar a su consumo posterior, la conducta es atípica.

⁸⁷ El único precedente, como ya hemos indicado, es la STS de 17 de noviembre de 1997 TOL 407.755 que vino a declarar típica la actividad de cultivo por parte de la Asociación Ramón Santos, que realizó una plantación de cannabis para la producción concreta de autoconsumo de sus socios, todos ellos consumidores de cannabis. Fundamenta la tipicidad en que el delito de tráfico de drogas es un delito de peligro abstracto, “que incrimina conductas peligrosas según la experiencia general y que resultan punibles sin necesidad de poner en peligro el bien jurídico protegido” y considera que “el cultivo de plantas que producen materia prima para el tráfico de drogas es un acto característicamente peligroso para la salud pública”. Y en relación con la exigencia de idoneidad de la acción para lesionar la salud pública entiende que “el juicio de la idoneidad realizado por la Audiencia es impropio de la comprobación de la tipicidad de un delito...de peligro abstracto”.

⁸⁸ STS 484/2015, de 7 de septiembre TOL 5496760.

porque existe *“un riesgo real y patente de difusión del consumo”, que es lo “que quiere combatir el legislador penal”*⁸⁹

La Sala Segunda parte de que el delito relativo a drogas ilegales presenta la estructura típica de un delito de aptitud para la producción de un daño y no lo interpreta como un delito de peligro abstracto en sentido estricto. Aunque en el Fundamento de Derecho octavo parece aceptar la tesis de la STS de 17 de noviembre de 1997 de configuración del delito como un delito de peligro abstracto y que lleva a afirmar que *“el cultivo de plantas que producen materia prima para el tráfico de drogas es un acto característicamente peligroso para la salud pública”*, no es así, pues en el Fundamento de Derecho séptimo afirma que el cultivo es atípico si no se detecta alteridad, esto es, cuando no facilite o favorezca el consumo de otros.

La sentencia parte del que el bien jurídico protegido en los delitos relativos a las drogas ilegales es la salud pública, bien jurídico que tiene un carácter colectivo. Afirma que la salud pública es un bien jurídico *“inconcreto”* que *“no existe ni como realidad mensurable ni como suma de la salud de personas individualmente considerada”*, lo que implica que el objetivo del precepto es tutelar la salud de la sociedad⁹⁰.

Sin embargo, estos delitos no precisan de una efectiva lesión del bien jurídico de la salud pública, no se exige un determinado resultado material socialmente dañoso, ni siquiera entendido como el daño a la salud de alguna o algunas personas individuales representativas del conjunto de la sociedad. Entiende la sentencia que se trata de delitos de peligro para la salud pública⁹¹ y, por tanto, se castigan estas conductas en la medida en que sean capaces de crear un riesgo de daño efectivo a la salud pública.

La sentencia comentada no entiende que ese peligro se dé siempre que se realice una conducta de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de las drogas, sino que sostiene que *“las actuaciones personales que van destinadas al propio consumo, aunque supongan facilitar o promover un consumo ilegal, son atípicas cuando no se detecte alteridad”*, es decir, *“facilitar o favorecer el consumo de otro”*.

La exigencia de la alteridad como presupuesto del tipo implica que la acción de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo solo será relevante penalmente cuando sean aptas para producir un peligro para la salud pública, es decir, cuando la conducta suponga una difusión de la droga entre terceras personas. No de

⁸⁹ FD 10, pp. 33-34

⁹⁰ En el FD séptimo, P. 23 declara que *“el objetivo, del legislador, más que evitar daños a la salud de las personas concretas, es impedir la difusión de una práctica social peligrosa para la comunidad por el deterioro que causaría en la población”*.

⁹¹ *“Se pretende abarcar todo el ciclo de la droga diseñándose un delito de peligro abstracto”* FD séptimo, p. 23

otra manera puede entenderse la exigencia de idoneidad para perjudicar la salud pública en los comportamientos típicos⁹².

En realidad el TS configura el delito relativo a drogas ilegales como un delito aptitud para la producción de un daño. De acuerdo a esta estructura típica, para que el comportamiento de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas sea penalmente relevante es preciso que la acción concretamente realizada sea peligrosa para la salud pública. Es decir, que sea probable que de ella se vaya a derivar una afección efectiva de la salud de la sociedad. Esta exigencia se concreta en la sentencia comentada en el requerimiento de que la acción sea idónea, adecuada para producir un peligro para la salud pública. Aptitud que va referida a la capacidad de la conducta enjuiciada para “*facilitar o favorecer el consumo de otros*”, lo que la sentencia entiende por *alteridad* como elemento del tipo.

Desde esta configuración dogmática del tipo se puede afirmar, como hace la sentencia, que lo “*que quiere combatir el legislador es el riesgo de difusión*”⁹³, riesgo de difusión ajeno, es decir, a terceras personas, como se encarga de explicitar la sentencia cuando afirma que “*se castiga la promoción del consumo ajeno pero no la del propio consumo*”⁹⁴.

Ello no quiere decir que el tipo exija una difusión de droga entre alguna o algunas personas individuales representativas de la sociedad, y que por ello estén en riesgo cierto e inmediato de sufrir un daño a la salud como consecuencia de ese comportamiento. Ello supondría convertir estos delitos en delitos de peligro concreto, de un modo que no encuentra base en la formulación legal⁹⁵.

La exigencia de que el comportamiento típico sea apto para difundir la droga

⁹² La sentencia hace suya la doctrina jurisprudencial del consumo compartido afirmando con palabras de la STS de 20 de junio de 2015 que “*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 incluya en el tipo, incluida la posesión, el cultivo e incluso 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 el consumo ilegal por terceros, y en consecuencia no están abarcados por el amplio espectro de conductas que no entran en el radio de acción del precepto*”.

⁹³ FD décimo afirma que “*esa incapacidad de controlar inherente a la estructura creada comporta el riesgo de difusión que quiere combatir el legislador*”.

⁹⁴ FD undécimo: “*se castiga la promoción del consumo ajeno, pero no la del propio consumo*”.

⁹⁵ GARCÍA RIVAS. “Criminalidad organizada y tráfico de drogas”, Revista Penal. Julio 1998. p. 30 considera que estamos ante un delito de peligro concreto; DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Transmisiones atípicas... cit., pp. 19, 32, también parece sostener que estamos ante un delito de peligro concreto, en cuanto que requiere para que se afirme la tipicidad la efectiva transmisión de drogas a terceros, no siendo suficiente con que la acción se apta o idónea para la transmisión a terceros, es decir, con que la acción tenga capacidad de difusión. En opinión de este autor si el delito se consuma con el hecho de que la conducta tenga capacidad de difundir la droga a terceras personas, es decir, que exista la posibilidad de que la droga llegue a terceras personas ajenas se convierte “*un delito doloso de peligro a un tipo de peligro remoto (o peligro de peligro)*” o entiende que “*sería tanto como transformar el riesgo típico para la salud pública en una (remota) posibilidad de riesgo para la salud pública*”. En sentido contrario ACALE SÁNCHEZ, “Salud pública...”, cit. pp. 23, 54, 54 entiende que no es necesario para la consumación del delito que un consumidor entre en contacto con la droga y alude al riesgo de difusión como riesgo para la salud pública.

a otros lleva a que circunscribamos el ámbito del tipo solo a los comportamientos propios de la oferta de las drogas, y queden fuera del tipo los comportamientos que caen en el ámbito de la demanda⁹⁶.

Esta configuración del tipo es lo que fundamenta la doctrina del consumo compartido. De acuerdo a esta doctrina jurisprudencial quedan fuera del tipo los casos de aportación de varios adictos de un fondo común para adquirir la sustancia que luego consumen conjuntamente. Lo que inicialmente se denominó “*servidor de la posesión*” y que ahora la sentencia comentada considera más preciso hablar de “*bolsa común*” o “*compra conjunta*”⁹⁷, y los supuestos de entrega o invitación gratuita de droga a adictos para compartir su consumo inmediato, lo que denomina “*consumo colectivo compartido*”.

La exclusión de la tipicidad en esta constelación de casos se fundamenta en la inexistencia de un peligro común de difusión de la droga entre terceras personas indiscriminadamente, que es un presupuesto o elemento del tipo del artículo 368 del Código penal. Este fundamento se ha venido reiterando desde las primeras sentencias hasta la actualidad. Y se confirma en esta última sentencia del Pleno de la Sala segunda, que declara que “*los comportamientos típicos deben ser los idóneos para perjudicar la salud pública porque promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas...objetivo o finalidad que deben estar presentes en todas las acciones que se incluyan en el tipo, pues... ni el cultivo con fines de consumo propio, constituyen conductas idóneas para promover, favorece o facilitar el consumo ilegal de terceros*”.

Tal fundamento lleva a la sentencia a incluir entre estas conductas atípicas también el cultivo compartido: “*La filosofía que late tras la doctrina jurisprudencial sobre la atipicidad del consumo compartido de sustancias estupefacientes también puede alcanzar, en otro orden de cosa, 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 hace asimilable esa actividad no estrictamente individual al cultivo para el autoconsumo*”⁹⁸.

También esta sentencia se inscribe en la línea jurisprudencial que concibe los requisitos exigidos para que pueda fundamentarse que la acción no es peligrosa para la salud pública, lo que acontece cuando no existe posibilidad de difusión de la droga entre terceras personas, no como reglas fijas y precisas para la atipicidad,

⁹⁶ En este sentido DOPICO GÓMEZ-ALLER. “Transmisiones atípicas...”, cit., p. 17 afirma que “*solo las conductas que tienen lugar en el ámbito de la oferta y distribución criminalizada pueden ser típicas, mientras que las conductas organizadas que tienen lugar en el ámbito de los consumidores no lo son*”.

⁹⁷ FD noveno

⁹⁸ FD undécimo, p. 35.

como “*seriado de requisitos tasados*”⁹⁹, sino como indicadores que han de valorarse desde el concreto análisis de cada caso, y que permiten deducir si se deriva o no un riesgo para la salud de terceros. Lo relevante dice la sentencia es que “*la actividad encaje naturalmente en este segundo ámbito (el consumo propio), por ausencia de estructuras puestas al servicio del consumo de terceros, no son típicas*”¹⁰⁰.

No compartimos el concepto de consumo ilegal como elemento normativo del tipo que sostiene la sentencia, que difícilmente es compatible con la configuración del tipo como delito de aptitud para la producción de un daño a la salud pública, y en cualquier caso, tal concepto no es relevante para determinar el ámbito del tipo penal.

A partir de los convenio internacionales y la legislación administrativa sobre drogas ilegales, atendiendo especialmente a la ley 17/1967, de 8 de abril, sobre actualización de normas vigentes sobre estupefacientes, concluye que por consumo ilegal se ha de entender “*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*”.

Tal concepto lo deduce el Pleno de la Sala segunda del art. 1.2 del Convenio único sobre estupefacientes de 1961 que establece que a los efectos de esta Convención se entenderá por consumo “*la entrega a una persona o Empresa para su distribución al por menor para uso médico o para la investigación científica*” y, por tanto, solo se considera lícito el consumo de estupefacientes para usos médicos o de investigación científica. En cumplimiento de este compromiso internacional la Ley 17/1967 califica como géneros prohibidos todas las sustancias incluidas en la Lista IV de las anexas al Convenio. De aquí concluye la Sala que la tenencia o consumo de tales géneros, fuera de los supuestos expresamente autorizados, constituyen un ilícito administrativo¹⁰¹.

Las consecuencias de esa interpretación del consumo ilegal no encajan con la interpretación restrictiva del tipo que hemos venido sosteniendo. Implica que se considera típica cualquier conducta que promueva o facilite el consumo y solo se considera que estaría justificada la conducta cuando se trata de un consumo expresamente autorizado, en concreto si el consumo es terapéutico o científico

⁹⁹ Si así se entendieran las condiciones exigidas “*acabarían por desplazar la antijuricidad desde el bien jurídico –evitar el riesgo para la salud pública– a la fidelidad de unos protocolos cuasoadministrativos pero fijados jurisprudencialmente*” (FD undécimo p. 36).

¹⁰⁰ FD undécimo, p. 36.

¹⁰¹ FD séptimo pp. 23-25. La concepción de los requisitos exigidos por la jurisprudencia como indicios que abonan la idea de que la droga no va destinada al tráfico sino al consumo individual o colectivo hace, como ha puesto de manifiesto DOPICO GÓMEZ-ALLER, “*Transmisiones atípicas...*”, cit. pp. 28 y 49 y ss., perfectamente posible que en un determinado caso se pueda afirmar que la droga iba destinada a un consumo colectivo aunque éste no fuera inmediato, o aunque los destinatarios no fueran consumidores habituales, o incluso cuando tenga lugar en un ámbito no cerrado, siempre que exista material probatorio que permita afirmar que la droga es para consumo compartido.

expresamente autorizado. Esta interpretación invierte indebidamente la formulación legal del tipo del art. 368. El precepto legal solo declara típicas las conductas de facilitación o promoción del consumo ilegal, dejando fuera desde principio las conductas de favorecimiento de consumos legales. Sin embargo, se hace decir lo contrario que son típicas las conductas de facilitación de cualquier consumo, y solo se admite que las conductas que favorecen los consumos legales, a pesar de ser típicas no son antijurídicas.

Nosotros partimos de que el consumo de drogas es legal mientras no exista una norma que lo prohíba. Esta conclusión se deriva de la propia legislación administrativa relativa al control de las drogas ilegales y es coherente con la realidad de nuestro ordenamiento jurídico, el cual nunca ha considerado delito el consumo de drogas y califica como infracción administrativa solo el consumo realizado en lugares públicos.

El hecho de que los convenios internacionales y la legislación administrativa del control de drogas consideren que los estupefacientes previstos en los anexos de los convenios son géneros prohibidos, no significa que la posesión y el consumo de estos estupefacientes se consideren prohibidos siempre. Por ello la legislación administrativa considera expresamente prohibidos solo determinados consumos.

La Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana en su artículo 36 considera infracción administrativa grave el consumo en lugares públicos (nº.16) y la tolerancia del consumo o la falta de diligencia en impedirlo en locales o establecimientos públicos (nº 19). A los efectos de la seguridad ciudadana, no se prohíbe todo consumo no autorizado, sino solo el consumo en lugares públicos.

Lo mismo acontece con la Ley 17/1967, de 8 de abril, sobre Actualización de normas vigentes sobre estupefacientes. Esta ley declara prohibido realizar un consumo con un objeto distinto de aquel para el que ha sido suministrada la sustancia por el Servicio de control de estupefacientes o dispensada por la oficina de farmacia, sin haber obtenido la autorización para el nuevo consumo –art. 22 inciso segundo- .

Administrativamente, por tanto, son ilegales los consumos de drogas en lugares públicos, y aquellos autorizados que se realicen con un objeto distinto de aquel para el que han sido autorizados sin haber pedido nueva autorización.

Aún admitiendo el concepto de consumo ilegal referido en la sentencia, la interpretación del tipo conforme a un delito de aptitud para la producción de un daño a la salud pública obliga a interpretar que el consumo ilegal como elemento normativo del tipo debe referirse solo al consumo ajeno, pero en ningún caso al consumo propio. La exigencia de que la acción de promoción o facilitación del consumo ilegal sea idónea para poner en peligro la salud pública implica necesariamente que se promueva o facilite un consumo ajeno. Si el consumo promovido es un consumo

propio en ningún caso podemos hablar de que se esté creando un peligro común, que afecte a una pluralidad indeterminada de personas, y que es el propio de los delitos de peligro contra bienes jurídicos colectivos, como es la salud pública. Así parece razonar la sentencia comentada cuando afirma de forma contundente que “*Se castiga la promoción del consumo ajeno, pero no la del propio consumo*”¹⁰², aunque éste fuera ilegal.

Con esta interpretación del tipo del artículo 368 que hace la Sala segunda del TS, que compartimos, resulta extraña la condena a unas personas que cultivan cannabis para su propio consumo o que coordinan a otros para que cultivaran cannabis para su propio consumo.

Se hace necesario precisar los hechos probados para después determinar si tales hechos son subsumibles en el tipo penal tal como ha sido interpretado por el Pleno de la Sala segunda.

Lo que se ha sometido a enjuiciamiento es la actividad de los cargos directivos y de dos socios de la Asociación de Estudios y Usuarios del Cáñamo EBERS. Asociación inscrita en el registro General de Asociaciones del País Vasco cuyos fines son, según el artículo 2 de sus Estatutos:

1º- “*Informar a sus socios de las cuestiones relativas al cáñamo, estudio e investigación de dicha cuestión, representación y defensa de sus asociados... No constituye objetivo de la asociación el fomento ni la difusión de sustancia alguna...*”

2º. “*Desarrollar y compartir el proyecto de... uso compartido, teniendo como máxima cumplir siempre los consejos establecidos por el Tribunal Supremo Español, que en su reciente línea jurisprudencial que acoge la impunidad del consumo compartido por personas ya usuarias, se precisa acreditar en tales casos que no existe riesgo del consumo indiscriminado*”

3º. “*También es objetivo desarrollar un programa de información demandado por algunos socios sobre...*” el uso terapéutico del cannabis

En el mismo artículo se prevé el alquiler de un local en donde crear un espacio adecuado para llevar a término las catas del vegetal y experimentar con genéticas para usos terapéuticos y lúdicos.

Los socios suscribían dos documentos, uno el *Contrato de previsión de consumo*, manifestando cada socio la cantidad de consumo prevista para seis meses, y el *Acuerdo de cultivo colectivo* que estipulaba que el cultivo se llevará a cabo en un espacio que no excederá nunca del total resultante de adjudicar a cada socio una porción de suelo no superior a un metro cuadrado y “*que en todo caso, los frutos recolectados... serán exclusivamente destinados al uso o consumo personal y privado*”.

“*Con base en todas estas previsiones, la asociación EBERS puso en funciona-*

¹⁰² FD undécimo, p. 36.

miento un sistema de cultivo de cannabis que le permitiera una producción con la que atender las necesidades de consumo de sus miembros... se estableció un límite máximo de sustancia tóxica a dispensar a los socios de dos gramos diarios...".

Existía, además un Reglamento de régimen interno, *"que todos los socios se comprometían a acatar y que afectaba fundamentalmente a instrucciones que deberían seguirse a partir de la entrega de la sustancia. Entre otras prescripciones, en este documento se preveía la pérdida de la condición de socio cuando su conducta vaya contra los principios sociales o dañen gravemente la imagen de la sociedad, en especial: salir del local fumando, exhibir o mostrar en la calle el material adquirido, ser esperado en los alrededores de la asociación por terceras personas indiscriminadas, consumir en el local otras sustancias diferentes al cannabis y sus derivados y por supuesto, su tráfico, medie lucro o no"*.

Termina el relato fáctico afirmando que los fines y la estrategia indicadas se han confirmado en la realidad al afirmar expresamente que *"No ha quedado acreditado que la asociación tuviera como finalidad, y esa fuera su actividad real, pura y simplemente, la distribución a terceras personas de marihuana o cannabis en cualquiera de sus fórmulas, ni la participación de los acusados en dicha actividad. No ha quedado acreditado ningún caso en el que la droga se hubiere entregado, por ninguno de los acusados, a ninguna persona que no tuviere la condición de socio. No ha quedado acreditado que las cantidades obtenidas por las cuotas de inscripción o al adquirirse las cantidades de droga por los socios tuvieran otro destino que el de sufragar las mencionadas actividades de abastecimiento por parte de la asociación... No ha quedado acreditado que en ningún caso se hubiera entregado a un socio una cantidad mayor de marihuana que la que le correspondiera en virtud del contrato de previsión del consumo no de mencionado. Tampoco ha quedado acreditado que ninguno de los acusados tuvieran la intención de que la droga fuera difundida entre quienes no fueran socios ni que consintieran o aceptaran la droga por parte de ningún socio a terceros a título oneroso o gratuito"*.

Resulta sorprendente que a partir de una correcta interpretación del tipo del artículo 368, el Pleno considere que los hechos enjuiciados, anteriormente relatados, sean subsumibles en el tipo penal.

El argumento conclusivo que utiliza el Pleno para declarar aplicable el tipo penal al caso concreto se puede resumir en que la actividad de la asociación *"crea un riesgo real y patente de difusión del consumo"*¹⁰³ entre terceras personas. En otras palabras, la actividad de la asociación de cultivar y distribuir la droga entre sus socios es una acción apta, idónea para producir un peligro para la salud pública, es decir, que se considera probable que de ella se va a derivar una afección efectiva a

¹⁰³ FD décimo, p. 33.

la salud de la sociedad, en cuanto supone una difusión indiscriminada de la droga entre terceras personas.

Las razones esgrimidas en la sentencia para constatar esta afirmación son de dos tipos, que en cierta medida son contradictorias. En primer lugar, el argumento se basa en la “*incapacidad de controlar el riesgo de difusión*”, incapacidad que viene determinado por “*la magnitud de las cantidades manejadas*”¹⁰⁴, “*germen de ese peligro que quiere desterrar el legislador*”, por la estructura creada, “*una organización de una estructura metódica, institucionalizada, con vocación de permanencia y abierta a la integración sucesiva y escalonada de un número elevado de personas*” (290 socios), y por la “*imposibilidad de controlar el destino que pudieran dar al cannabis sus receptores*”. En definitiva, existe riesgo de difusión de la droga a terceras personas porque la Asociación no tiene capacidad de controlar el riesgo que supone el cultivo de una gran cantidad de cannabis ni de controlar que el cannabis dispensado a los socios no pueda ir a parar a terceras personas.

La existencia de ese riesgo no alcanza, en mi opinión, el nivel del riesgo exigido en el tipo. Efectivamente el cultivo o almacenamiento de una gran cantidad de droga supone un riesgo de su difusión, pero tal riesgo por sí solo no es un riesgo típico. Obsérvese que actualmente existen grandes plantaciones de adormidera autorizadas por el Ministerio de Sanidad y Consumo para la fabricación de productos estupefacientes de uso farmacéutico, veterinario e industriales, que aunque han dado lugar a la sustracción del látex de las cápsulas de la adormidera por terceras personas, en ningún caso se ha planteado la posible responsabilidad de las entidades autorizadas que cultivan la adormidera.¹⁰⁵ El riesgo de difusión puede venir determinado por no existir mecanismos de control que impidan el acceso de terceras personas distintas a las que cultivan y almacenan el cannabis.

El relato fáctico de la sentencia alude expresamente a un conjunto de mecanismos de control establecidos por la asociación para controlar ese riesgo de difusión de la droga a terceros por parte de los socios: los Estatutos establecen la finalidad del cultivo para el consumo de los socios, el Contrato de previsión de consumo y el Acuerdo de cultivo colectivo garantizan que no se cultive ni se dispense más de la cantidad necesaria para el consumo habitual de cada socio, el Reglamento de

¹⁰⁴ En el FD segundo p. 11 se alude a 10,4 toneladas de cannabis cada seis meses. Tal cantidad no se corresponde con la realidad de los hechos probados. Según el Contrato de previsión de consumo cada socio manifiesta la cantidad de consumo prevista para un plazo de seis meses y en el Acuerdo de Cultivo colectivo se establece que se cultiva la cantidad necesaria para atender las necesidades de consumo de sus socios (290) y que se estableció un límite máximo de sustancia a dispensar a los socios de dos gramos diario. Por tanto, la cantidad resultante para aprovisionar a los socios sería de 104 kilos y cuatrocientos gramos, en ningún caso 10,4 toneladas. (2 gramos por 290 socios es un total de 580 gramos diarios de consumo por el total de los socios, multiplicado por 180 días, resulta un total 104400 gramos. La cantidad de 10,4 toneladas, parte de 20 gramos diarios de dispensación a cada socio, lo que no permite la asociación.

¹⁰⁵ Véase MUÑOZ SÁNCHEZ. “Sustracción del látex de la adormidera en plantaciones autorizadas” Revista Electrónica de Ciencia penal y criminología. 2008.

régimen interno prevé instrucciones que deben seguir los socios a partir de la entrega de la sustancia, para evitar esa difusión a terceros, cuya inobservancia implica la pérdida de la condición de socio.

Entendemos que la cantidad de cannabis cultivado o almacenado es un indicio que la droga puede difundirse entre terceras personas. Pero si se atiende al número de socios y al espacio de tiempo que iba a consumir tal cantidad resulta proporcionada al consumo que se prevé por los socios.

Tampoco consideramos que el hecho de que cada socio pueda disponer libremente de la cantidad de cannabis que le corresponda para su consumo suponga un riesgo típico. La jurisprudencia de forma unánime ha sostenido que la posesión de una pequeña cantidad de droga que no sobrepase la provisión de la cantidad necesaria para el consumo de 5 o 10 días por parte de un consumidor no supone un riesgo de transmisión a terceros y presume que la posesión de la droga es para consumo personal. En el caso que analizamos cada socio solo puede sacar de la asociación 2 gramos diarios. Salvo que sea de peor condición el poseer droga procedente del autocultivo que cuando proviene del mercado ilegal, no se entiende por qué en estos casos se alude a un riesgo típico, y no cuando la droga procede del mercado ilegal.

El segundo argumento barajado en la sentencia para fundamentar el riesgo de difusión a terceros es que la entrega a los socios supone una entrega a terceras personas. Argumento en cierta medida contradictorio con el fundamento anterior, que fija el injusto específico en que la droga pueda llegar a terceras personas distintas a los socios. Ahora se argumenta que *“un reducido número 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 indiscriminado de usuarios que se limitan a obtener la sustancia previo pago de la cuota y de su coste. Eso es facilitar el consumo de terceros. Hay distribuidores, aunque sean también consumidores, frente a simples consumidores receptores”*¹⁰⁶.

Nótese que la tipicidad no viene determinada ahora porque la estructura de la asociación y el tamaño del cultivo suponga una acción idónea para producir un peligro a la salud pública, sino porque se considera que los socios de la asociación son terceros y la entrega a los mismos de la droga supone claramente una difusión a terceros que supone la realización del tipo.

Esta fundamentación no encuentra base en los hechos probados. Ha quedado probado que cada socio encarga y paga los gastos de la droga que necesita para su consumo. Se trata de un cultivo colectivo en el que cada socio cultiva, a través de la asociación, la droga que consume¹⁰⁷. Es un supuesto análogo a cuando varios

¹⁰⁶ FD undécimo, p. 38.

¹⁰⁷ En los antecedentes la sentencia dice textualmente *“No ha quedado acreditado que la asociación*

consumidores encargan a otro para que compre la droga que van a consumir. Desde esta perspectiva difícilmente se puede hablar de alteridad, de que se difunda la droga entre terceras personas.

Así parece razonar la sentencia comentada cuando acepta que la doctrina del consumo compartido puede “*alcanzar a la decisión compartida de cultivo de la conocida como marihuana para suministro 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*”, o cuando afirma que no es típicas “*la actividad que, aun siendo colectiva, encaje naturalmente en este segundo ámbito (el propio consumo), por ausencia de estructuras puestas al servicio del consumo de terceros*”¹⁰⁸. Según el Pleno no es el caso de la asociación EBERS, pues la actividad del cultivo compartido “*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*”.

Parece ser que lo que determina que este caso quede excluido de los supuestos de atipicidad de cultivo colectivo es que el número de socios que participan en el cultivo es indeterminado, en la medida en que se admite de manera indiscriminada nuevas incorporaciones con el solo hecho de ser usuarios de esta droga.

Esta afirmación de que los socios son personas indeterminadas no se corresponde con los hechos probados. Se acepta que todos los socios son consumidores de cannabis, personas que pretenden procurarse la sustancia que consumen, y que esa es la condición que le habilita para la pertenencia a la organización. Todos y cada uno de los socios son personas determinadas e identificables. Como se recoge en el relato de los hechos en el momento de la inscripción se indicaba la cantidad prevista de consumo durante el plazo de seis meses. Aunque la sentencia del Tribunal Supremo no lo recoge, la sentencia recurrida de la Audiencia provincial de Vizcaya recoge expresamente que “*en este primer momento se les confeccionaba un carnet, previa identificación*”, que se llevaba un registro de socios, así como un control de la entrega y también de la frecuencia con la que acudían para la adquisición de marihuana”, y que “*para garantizar mejor la identificación y para tener un registro más fiel de los socios activos, se procedió a la sustitución de los carnet antiguos por otros con fotografía*”¹⁰⁹. Por tanto, los socios no son personas indeterminadas, sino plenamente identificables.

tuviera como finalidad, y esa fuera su actividad real, pura y simplemente, la distribución a terceras personas... No ha quedado acreditado ningún caso en el que la droga se hubiere entregado, por ninguno de los acusados, a ninguna persona que o tuviera la condición de socio.”

¹⁰⁸ FD undécimo, pp. 36-36.

¹⁰⁹ SAP de Vizcaya (Sección 6º) de 16 de junio 2014 JUR 218388 FD sexto, pp. 14-15.

Otra cuestión distinta es número abultado de socios, pero el hecho de que sean muchos no determina que no sean identificables. Es precisamente el número de consumidores lo que hace necesario una organización de la producción y de la entrega a quienes suscriben el acuerdo de cultivo. De ahí la necesidad de una organización estable con una estructura asociativa con sus cargos y sus estatutos y que se encomiende a estos cargos la gestión de la producción y distribución de la marihuana. No se puede hablar con propiedad de que se trata de “*reducido número de personas*”, los órganos directivos de la asociación, que distribuyen la droga a “*un grupo indiscriminado de usuarios que se limitan a obtener la sustancia previo pago de la cuota y de su coste*”. Tal afirmación implica desconocer los hechos probados. El grupo reducido de personas, los órganos directivos, actúan en nombre de los socios y por mandato de ellos y los socios no son, sin duda, un grupo indiscriminado de usuarios.

Tampoco justifica que estemos ante un grupo indeterminado e indiscriminado de personas, por el hecho de que se puedan seguir incorporando nuevos socios. A parte de que es consustancial a una asociación el hecho de estar abierta a nuevas incorporaciones de personas que asuman sus objetivos y fines, tal circunstancia no determina que sean indeterminados los socios. En cada momento se identifican todos y cada uno de los socios. En cualquier caso, la sentencia de la Audiencia recoge que existía “una relación de personas en lista de espera para ingresar en la asociación”, lo que determina que no se trataba de un número ilimitado.

Se podrá decir, sin embargo, que no es un grupo cerrado, en cuanto está abierto a nuevas incorporaciones. Pero el hecho de que paulatinamente personas se vayan incorporando al acuerdo del cultivo compartido no permite poner en duda el fin de la asociación. De hecho la propia sentencia admite “*las adhesiones posteriores individualizadas y personalizada de alguno o algunos, siempre que no sean colectivas ni fruto de propaganda o captación*”¹¹⁰. Lo decisivo, por tanto, debe ser si la admisión de nuevos socios supone que la asociación difunde droga de manera indiscriminada entre cualquier persona. No creemos que este sea el caso cuando alguien que ha decidido autónomamente consumir cannabis se muestre dispuesto a formar parte de una organización y someterse a las reglas de interacción social y consumo de la asociación. Por el contrario, si supondría un peligro para la salud pública, en cuanto se difunde indiscriminadamente la droga, si la admisión de nuevos socios es colectiva y sin más formalidades de que se trate de una persona que quiere consumir. En este caso la asociación se presenta como una entidad que realiza una oferta de droga a todo aquel que quiera consumirla, realiza actos propios de la oferta y no actos de autoorganización de los consumidores para

¹¹⁰ El FD undécimo señala que la exigencia de encapsulamiento de la actividad del grupo para admitir la atipicidad “*no excluye una adhesión posterior individualizada y personalizada da alguno o algunos más nunca colectiva ni fruto de actuaciones de proselitismo, propaganda o captación de nuevos integrantes*”.

facilitar el consumo sin entrar en contacto con la oferta ilegal. Hay difusión a todo aquel que quiera consumir.

A este respecto nos parece adecuado exigir un periodo de carencia desde la incorporación hasta la adquisición del derecho a compartir la sustancia¹¹¹, por la necesidad de hacer coincidir la cantidad de cultivo con las necesidades de consumo previsto por los socios. A ello parece atender la existencia de una lista de espera y, como hemos visto, es una práctica en la mayoría de las asociaciones de personas usuarias de cannabis.

Otra cuestión que nos hemos de plantear es si la Asociación EBERS reúne los requisitos que viene exigiendo la jurisprudencia para los casos de consumo compartido.

Acertadamente la sentencia del Tribunal Supremo concibe, como ya indicamos, los requisitos que viene exigiéndose para el consumo compartido, no como reglas fijas y precisas para la atipicidad, como “*seriado de requisitos tasados*”, sino como “*indicadores, factores que iluminan a la hora de decidir cada supuesto, y que son orientativos*”.

Desde esa premisa considera que son indicadores que favorecen la atipicidad el reducido número de personas y que el círculo de personas sea cerrado y compuesto por personas cuyos vínculo y relaciones le permite conocerse entre sí y conocer sus hábitos de consumo. Otro dato definitivo, aunque no imprescindible, es que el cultivo compartido vaya seguido de un consumo compartido.

Parece evidente que para el Pleno el hecho de que la Asociación que se enjuicia esté compuesta por 290 socios, que los socios no se conozcan entre sí y que el cultivo compartido no vaya seguido del consumo compartido avocan a declarar la tipicidad de la conducta. Pero como bien dice la sentencia se trata de “*criterios que orientan en la tarea de discriminar entre el autoconsumo colectivo y la facilitación del consumo de terceros*” y que “*lo decisivo no es tanto el ajustamiento exacto a esos requisitos... cuanto la comprobación de la afectación al bien jurídico en los términos que el legislador quiere protegerlo*”¹¹².

Desde la perspectiva de si resulta afectado el bien jurídico de la salud pública, esto es, si se pone en peligro la salud pública con la actividad de la asociación, ninguno de estos requisitos nos parece imprescindible.

El abultado número de socios es una consecuencia de la realidad respecto al consumo en España de esta sustancia. El cannabis es la droga ilegal más consumida

¹¹¹ Así se expresa Conde-Pumpido Tourón en su voto particular, si bien con la idea de “*evitar el favorecimiento del consumo ilegal por terceros que se incorporan ocasionalmente para el consumo inmediato*”. Quizá esa finalidad del periodo de carencia no tenga sentido. Si se trata de dos consumidores en el cual uno entrega la droga al otro para su consumo inmediato, tal conducta no tiene relevancia penal, pues se trata de un consumo compartido. Otra cosa es evitar que un tercero pueda hacer uso de la droga de la asociación para difundirla a terceras personas.

¹¹² FD undécimo, p. 38

en España¹¹³. Por otro lado, el número elevado de socios es un criterio cuantitativo que hay que tener en cuenta respecto a las medidas de control del riesgo de que la droga pueda difundirse entre terceras personas, pero no es razonable que por sí solo pueda determinar la existencia del peligro a la salud pública. Es cierto que a mayor cantidad de cannabis cultivado y mayor distribución entre socios existe un mayor riesgo de tráfico en el mercado ilegal, de ahí la necesidad de mayores controles por parte de la asociación. Difícilmente sería explicable establecer un número de socios máximo como regla fija para determinar la atipicidad¹¹⁴. ¿Por qué 30 socios y no 31 o 42?. No se trata de un criterio cuantitativo sino de poder afirmar si es un cultivo compartido entre los socios o se trata de un cultivo con fines de difusión entre terceras personas.

En cuanto a que el círculo de personas sea cerrado y compuesto por socios que se conocen entre sí y comparten hábitos de consumo, entendemos que es imprescindible para que el club consiga sus objetivos y finalidades que se debe tratar de un círculo cerrado de personas previamente decididas a consumir el cannabis. En caso contrario, si cualquier persona puede acceder a la sustancia, sin duda, se estaría poniendo en peligro la salud pública en cuanto se difunde la droga entre terceros indeterminados. Sin embargo, lo que caracteriza a un círculo cerrado no es que sean conocidos entre sí y compartan hábitos de consumo, sino que se trate de personas ligadas por una relación interpersonal previa al momento del acceso a la droga¹¹⁵. Las relaciones implicadas pueden ser de amistad o convivencia, pero nada impide que esa interacción social gire solo en el interés de consumir cannabis en condiciones seguras, lo que acontece según los hechos probados.

Por último, que el cultivo compartido vaya seguido de un consumo compartido, efectivamente es un dato que deja fuera de dudas que no existe riesgo para la salud pública y la conducta es atípica. Pero como reconoce la sentencia no es una exigencia imprescindible. Exigir el consumo inmediato es desconocer la realidad del consumo de esta sustancia. El consumo del cannabis responde a razones lúdicas y sociales y está presente en diversos momentos de la vida de los consumidores. Si se restringe al consumo exclusivamente a la sede de la asociación, esta regulación del autoconsumo será ineficaz por no atender a las necesidades de consumo de los consumidores habituales de esta sustancia. Pero sobre todo lo que determina que no es una exigencia imprescindible es porque aún cuando el consumo no sea inmedia-

¹¹³ Véase el apartado I, p. 3

¹¹⁴ Conde-Pumpido Touron en su voto particular aboga porque la jurisprudencia determine con mayor precisión los límites de la tipicidad de las agrupaciones para el cultivo y consumo compartido del cannabis a los efectos y propone que el número máximo de socios sea 30. Una propuesta de regulación de esta materia si pude fijar criterios cuantitativos para autorizar los clubes sociales de cannabis como criterio regulador, pero no entendemos que la doctrina del consumo compartido deba quedar sometida a criterios estrictos como el número de socios.

¹¹⁵ Véase DIEZ RIPOLLÉS/MUÑOZ SÁNCHEZ, “La licitud...”, cit., p. 54.

to, no se pone en peligro la salud pública si las cantidades entregadas no superan la cantidad necesaria para el consumo de 5 o 10 días¹¹⁶.

Ninguna de las dos interpretaciones nos parece que realice una subsunción lógica de los hechos probados. Ni se puede afirmar que existan actos de difusión de la droga a terceros personas indeterminadas cuando se entrega de forma ordenada la droga a los socios. Los socios no son terceros indeterminados. Ni tampoco es lógico sostener que existe un riesgo típico de difusión de la drogas por parte de los socios a terceras personas, dada la cantidad y frecuencia con la que se entrega la droga y los mecanismos de control establecidos por la asociación.

Con independencia del caso concreto que analizamos, podemos afirmar que existe unanimidad en doctrina y jurisprudencia al señalar que el cultivo compartido no es una conducta típica, siempre que no exista riesgo de difusión de la droga a terceras personas distintas de los que cultivan para su propio consumo. La discusión se plantea respecto a las características que ha de tener el cultivo para poder afirmar que no existe riesgo de difusión entre terceras personas.

La jurisprudencia ha venido deduciendo si existe o no peligro para la salud pública en función de una serie de circunstancias que se han plasmado en la exigencia de una serie de requisitos, entendidos mayoritariamente por la jurisprudencia como requisitos legales precisos para excluir la tipicidad de la conducta, dado el carácter excepcional de la atipicidad de estos supuestos. El Pleno rechaza esta interpretación de los requisitos como reglas fijas y precisas para la atipicidad, y los concibe, de acuerdo a otra línea jurisprudencial, como *“criterios o indicadores que orienten en la tarea de discriminar ante el autoconsumo colectivo y la facilitación a terceros. Lo decisivo no es tanto el ajustamiento exacto a esos requisitos, a modo de listado reglamentario, cuanto la comprobación de la afectación del bien jurídico en los términos que el legislador quiere protegerlo”*¹¹⁷.

Desde esta premisa, que compartimos, hemos de analizar la relación lógica de los requisitos esgrimidos y la afectación a la salud pública para el caso de un cultivo compartido.

Parece consustancial al cultivo compartido que debe tratarse de un círculo cerrado de personas, previamente singularizadas e identificadas, y a las que les une el interés común de consumir droga en condiciones seguras. Es lógico afirmar que en estos casos no existe un riesgo para la salud pública, pues no podemos afirmar que se esté creando un peligro común, que afecte a una pluralidad indeterminada de personas, y que es el propio de los delitos de peligro contra bienes jurídicos colectivos. Sin duda, podremos afirmar que no sería un comportamiento propio de la oferta de drogas, sino que se trata de comportamientos propios de la demanda,

¹¹⁶ ACALE SÁNCHEZ, “Salud pública...”, cit. p. 54 alude a que no corre riesgo la salud pública si no se consume inmediatamente la donación si se puede demostrar que no la va a difundir sino que la va a destinar a su consumo posterior.

¹¹⁷ FD undécimo, p. 38.

que pretenden que personas deseosas de consumir droga puedan hacerlo sin entrar en contacto con el mercado ilegal.

De esta exigencia, sin embargo se han deducido otros presupuestos o concreciones que no guardan relación lógica con el peligro para la salud pública. En primer lugar, se ha exigido que sean adictos o al menos consumidores habituales. Es lógico pensar que el interés de asociarse con otras personas para cultivar cannabis solo debe existir en quien es consumidor de esa sustancia. Pero de cara a que la conducta no suponga un peligro para la salud pública, lo relevante no es tanto que sea un consumidor más o menos habitual, sino que haya decidido espontánea y autónomamente consumir la sustancia¹¹⁸. Al igual que no castigamos penalmente a quien por primera vez decide comprar droga para su consumo inmediato, tampoco tiene sentido castigar a quien decide espontánea y autónomamente asociarse para cultivar lo que pretende consumir, sea o no consumidor habitual. En segundo lugar, el carácter cerrado del grupo, no impide que se puedan incorporar nuevos consumidores o personas que han decidido iniciar el consumo de la droga. Lo decisivo, como indicamos, es si esa admisión pone en peligro la salud pública, en cuanto supone una difusión indiscriminada de la droga a cualesquiera personas. No creemos que ese sea el caso cuando alguien que ha decidido consumir droga se muestre dispuesto a someterse a un proceso individualizado de admisión y a someterse a las reglas de consumo propias de la asociación.

El resto de requisitos exigidos en el consumo compartido aluden a la forma de suministrar y consumir la droga, que permiten indicar si existe riesgo de difusión a terceras personas distintas de los que pretenden compartir el consumo.

Se alude a que la cantidad de la droga no rebase el límite de un consumo inmediato, que ha de tratarse de un consumo inmediato, que el consumo tenga lugar en un recinto o círculo cerrado y que no haya existido contraprestación alguna. Circunstancias que proyectadas sobre el cultivo compartido implicarían que el cultivo debe limitarse a una producción que no supere el consumo previsible del número de miembros que integren la asociación, que el suministro no rebase la droga necesaria para el consumo inmediato, que las aportaciones de los socios y las cuotas periódicas en función del consumo respondan estrictamente a las necesidades de funcionamiento de la asociación para lograr sus objetivos, y que el cultivo compartido vaya seguido de un consumo compartido.

Todas estas exigencias se cumplen en la organización proyectada por estas asociaciones de usuarios de cannabis, salvo la última. No se trata de un consumo compartido en la sede del local, sino que se permite que cada socio saque la droga que le corresponde para realizar el consumo en un lugar cerrado. El Pleno no

¹¹⁸ En este sentido ACALE SÁNCHEZ, “Salud pública...”, cit. p. 53 en relación con las donaciones atípicas defiende que es dudoso que la salud pública se ponga en peligro en una donación a una persona determinada que no sea consumidor.

considera esta última circunstancia como imprescindible para declarar la atipicidad de la conducta y, como ya apuntábamos, nosotros la consideramos relevante para determinar el riesgo de difusión a terceras personas si la cantidad de droga que los socios pueden sacar del local de la asociación sobrepasa o no la provisión necesaria para el consumo de 5 a 10 días. Según sea esa cantidad será un indicio de que la droga es para el consumo personal o para la difusión a terceros, tal como ocurre con la posesión de droga por parte de un consumidor que la ha adquirido en el mercado ilegal.

Por todo lo anterior, concluimos que no es de aplicación el delito relativo a drogas ilegales del artículo 368 del Código penal a una asociación de usuarios de cannabis que cultivan el cannabis necesario para el consumo de sus miembros, dado que la finalidad del acto y las condiciones en que se produce no reúne la idoneidad necesaria para la difusión de la sustancia cultivada a terceros ajenos a aquellos que dominan el hecho del co-cultivo. Se trata de una conducta que no tiene lugar del lado de la oferta criminalizada, sino de la demanda: estamos ante una conducta colectiva de consumidores que se distribuyen las funciones de cultivo y preparación del cannabis, y no ante una distribución de un grupo reducido a terceros. Resulta absurdo aplicar el régimen punitivo previsto para los distribuidores ilegales de droga, a los consumidores que se organizan para el cultivo y posterior consumo colectivo, con el objetivo de no acudir al mercado ilegal de la droga.

Se fundamenta la atipicidad del supuesto de hecho en la analogía con los supuestos que se engloban en el consumo compartido, pues falta el elemento objetivo de la peligrosidad de la acción, es decir, que la acción sea apta o idónea para poner en peligro la salud pública. Las circunstancias en las que se produce el cultivo y el consumo determinan que no existe riesgo para la salud pública más allá del que puede existir en caso de autoconsumo o consumo compartido.

4. Error de prohibición o error de tipo

Admitida la tipicidad del cultivo compartido por parte de la asociación por entender que crea un riesgo de difusión del consumo de esta sustancia entre terceras personas, bien porque la asociación no tiene capacidad de controlar el riesgo que supone el cultivo de una gran cantidad de cannabis ni de controlar que el cannabis dispensado a sus socios pueda ir a parar a terceras personas, o bien porque la entrega a los socios supone una entrega a terceras personas, la sentencia se plantea que los acusados, la Junta directiva y dos socios, actuaban con un error de prohibición vencible.

Para el TS se trata de un error de prohibición porque “*el error se situaría en la percepción equivocada por parte de los acusados de que la actividad que llevan a cabo... estaba tolerada por el ordenamiento jurídico*”, y esto “*es estar confundido*

no sobre un elemento fáctico configurador de la conducta típica...” sino que se trata de un “*conocimiento equivocado sobre el ámbito y el alcance de la prohibición*”¹¹⁹.

Para analizar la clase de error es necesario, en primer lugar, precisar en qué consiste el error de los acusados, y después determinar si el error versa sobre la conducta realizada, no saben que realizan el tipo penal, o sabiendo qué realizan, no saben que su conducta está prohibida.

La conducta enjuiciada consiste en un cultivo compartido realizado por una asociación de personas consumidoras de cannabis para suministro en exclusiva a ese grupo de consumidores en condiciones que impiden el acceso a la sustancia a terceras personas ajenas a la asociación.

Con independencia si ese cultivo colectivo es lícito o ilícito, la doctrina jurisprudencial lo considera ilícito, siempre que no esté autorizado expresamente, lo que se discute es si es o no es una conducta típica.

La asociación, según establece expresamente el artículo 2 de sus Estatutos tiene como objetivo “*desarrollar y compartir... el uso compartido, teniendo como máxima los consejos establecidos por el Tribunal supremo español, que en su reciente línea jurisprudencial que acoge la impunidad del uso compartido por personas ya usuarias, se precisa acreditar en tales casos que no existe riesgo del consumo indiscriminado por terceras personas...*”. Por tanto, la asociación cree erróneamente que el cultivo compartido y la distribución del cannabis entre sus socios no realiza el tipo penal del artículo 368 al no darse el elemento de la alteridad, pues no se facilita ni favorece el consumo de terceras personas.

Se puede afirmar que los acusados ignoran que su conducta se corresponda en todos los elementos con la que se describe en el tipo o creen erróneamente que no hay tal correspondencia y por ello consideraban que su conducta no estaba prohibida penalmente. Sin duda, si ese es el error se trata de un error de tipo.

No se trata, como sostiene el TS, de un error de prohibición. Ello supone que la asociación sabe que está distribuyendo la droga entre terceras personas, pero cree equivocadamente de que esa conducta no está prohibida. No es eso lo que se deriva de sus Estatutos, realizan el cultivo compartido con la conciencia de que tal conducta no supone facilitación del consumo ajeno, pues en las condiciones que se produce el cultivo y la distribución no hay posibilidad de que la droga vaya a parar a terceras personas distintos de los socios. Se podría afirmar incluso que la asociación sabe que el cultivo y la distribución de la droga entre sus socios están prohibidos, como sostiene la doctrina del consumo compartido, pero cree erróneamente que tal conducta no realiza el tipo penal por tratarse de un supuesto análogo al cultivo para consumo personal.

¹¹⁹ FD cuarto de la segunda sentencia.

En definitiva, los acusados no ignoran el Derecho, sino que no tiene conciencia de estar realizando los elementos del tipo del artículo 368 del Código penal.

Otra cuestión es si el error es vencible o invencible. El tema no tiene relevancia en el caso de que sostengamos que se trata de un error de tipo, pues el error vencible dará también lugar a la impunidad, ya que el delito relativo a drogas ilegales no se castiga la comisión imprudente. Pero si estamos ante un error de prohibición, el error vencible solo atenúa la responsabilidad por una menor culpabilidad.

Un error es invencible cuando el sujeto no tiene posibilidad de vencer el error¹²⁰.

El TS considera que el error es vencible, basándose en que los autores contaban con medios para alcanzar el conocimiento de la ilicitud y no hicieron nada para superar ese error. Deduce, además, que los acusados se representaban como posible la antijuricidad de su conducta a partir de la forma en que se describe su conducta en los Estatutos, utilizando “*fórmulas ambiguas*” para describir la real actividad que se proponían, “*ocultando la producción de cannabis y su distribución entre sus socios*”.

En primer lugar, consideramos que es una afirmación gratuita, sin base en los hechos probados, el que los socios no hicieron nada para saber si su conducta estaba prohibida penalmente. En el relato fáctico no se dice nada sobre lo que hicieron o no hicieron los acusados para saber si su conducta estaba o no prohibida.

Por otro lado, se puede admitir, es una cuestión discutible, que los acusados se representaban como posible la antijuricidad de su conducta, pero no es aceptable deducir esa posibilidad de la forma “*ambigua*” en que se redacta en los Estatutos la actividad de la asociación y que “*esas ambigüedades de los Estatutos*” tuvieran como fin el ocultar la producción y distribución del cannabis entre los socios. Resulta incomprensible cómo puede deducirse de la redacción de los Estatutos la intención de ocultar la producción y distribución del cannabis entre sus socios. La simple lectura de los mismos determina con cierta claridad la actividad de cultivo compartido para su consumo personal¹²¹. Actividad que se explicita y se detalla en los documentos complementarios recogidos en la sentencia que regulan la actividad de la asociación.

El art. 2. 2º de los Estatutos establecen como uno de los fines de la asociación el uso compartido del cannabis y prevé para la consecución de los fines el alquiler de un local donde consumir el cannabis y experimentar con genéticas para los usos terapéuticos y lúdicos. Es cierto que no se menciona expresamente el cultivo

¹²⁰ El elemento de la vencibilidad es de carácter subjetivo. Véase DIEZ RIPOLLÉS, “Derecho penal español. Parte General. E esquemas. 3ª ed. 201. , p. 176.

¹²¹ Así lo entiende el voto particular del magistrado Giménez García y al que se adhieren los magistrados Conde-Pumpido Tourón y Ferrer García que afirma que los estatutos no eran “*nada ambiguos y donde la omisión en ellos de la dosis diaria de cada socio y la posibilidad de acopio para su consumo en casa, no impide conocer con claridad que la finalidad de la asociación era dedicarse al cultivo de cannabis para exclusivo consumo de los asociados*”.

compartido y la distribución entre sus socios, pero la referencia directa al uso compartido expresa la voluntad de producir la sustancia que se ha de consumir posteriormente de forma compartida, ya que una de las pretensiones de la asociación es acceder al consumo sin los riesgos propios del mercado ilegal. Además, consta en los hechos probados que los Estatutos van acompañados de dos documentos que han de suscribir los socios, el Contrato de previsión de consumo y el Acuerdo de cultivo colectivo, donde se expresa claramente la voluntad de cultivar y distribuir el cannabis entre los socios para su consumo personal. Estos documentos que suscriben los socios y la práctica desarrollada por la asociación demuestran que la asociación no tiene como objetivo ocultar su actividad de cultivo compartido¹²².

Obsérvese que la sentencia admite que el error pueda ser invencible si la autoridad gubernativa hubiese dado curso a la inscripción de la asociación con conocimiento de que entre sus fines está realizar un cultivo compartido para la distribución entre sus socios.

Por último alude la sentencia a la situación jurisprudencial existente sobre los clubes sociales de cannabis, con sentencias contradictorias de las audiencias provinciales, lo que reforzaría la necesaria duda sobre la legalidad de tal actividad, de manera que si los autores, no obstante actúan, lo hacen siempre con un error de prohibición evitable.

Como hemos visto, la Sala segunda no ha tenido ocasión con anterioridad a esta sentencia de pronunciarse sobre los clubes sociales de cannabis. Han sido las audiencias provinciales con pronunciamientos contradictorios, según los casos concretos. Todas ellas parten de que la conducta de cultivo de cannabis por parte de una asociación para proveerse la cantidad necesaria para el consumo de los socios no es típica si no existe riesgo de difusión de la droga a terceros. Los pronunciamientos contradictorios versan sobre dos condiciones o circunstancias, el número elevado de socios y el que se pueda sacar la droga de la asociación para su consumo en el exterior. Para unas sentencias el número elevado de socios hace que exista riesgo de difusión entre terceros, al no tratarse de un número determinado de personas y sin que exista más relación entre ellos que el deseo de consumir la sustancia, y el que se pueda sacar la droga para su consumo en el exterior posibilita su difusión a terceros distintos a los socios. Mientras que otras consideran que ni el número de socios ni el poder consumir en el exterior por sí solos pueden fundamentar el riesgo de difusión del consumo ajeno. En todo caso han sido diez las

¹²² Un dato de la ausencia de la finalidad de ocultación del cultivo compartido es en el caso de otra asociación de usuarios de cannabis con el mismo tipo de Estatutos, la Asociación de Usuarios de Cannabis Pannagh, inscrita en el Registro de Asociaciones del País vasco, que dio a conocer a la Fiscalía y a la Ertzaintza la plantación.

asociaciones de usuarios de cannabis con cultivos colectivos que han sido sobreseídas o absueltas en distintos órganos judiciales¹²³.

Por tanto, hasta esta sentencia del Tribunal Supremo no se sabía ni se podía saber si la actividad de estas asociaciones realizaba el tipo penal, incluso después de esta sentencia dependerá de cada caso concreto, en función de las circunstancias concretas del número y determinación de los socios y la cantidad producida de cannabis, si la conducta realiza o no el tipo penal. Lo que estará en función de que exista o no posibilidad de difusión de la droga a terceras personas.

Por último, la creencia de la licitud de la actividad enjuiciada viene avalada, al menos antes de esta sentencia, por la realidad social. Las asociaciones de usuarios de cannabis se encuentran muy extendidas en todo el territorio¹²⁴ e inscritas en el Registro público correspondiente, la propia sentencia reconoce esta realidad social a nivel nacional e internacional¹²⁵. Otro elemento que conforma la realidad social es la existencia de leyes y demás normas que tratan de regular la actividad de estas asociaciones. En las comunidades autónomas, el Parlamento de Navarra ha aprobado la Ley 24/2014, de 2 de diciembre, reguladora de los colectivos de usuarios de cannabis en Navarra, si bien ha sido suspendida por la admisión del recurso de inconstitucionalidad presentado por el Presidente del Gobierno; el Gobierno de la comunidad autónoma del País vasco aprobó el proyecto de Ley Vasca de Adicciones que se ocupa de las citadas asociaciones; el Departamento de Salud de la Generalitat de Cataluña aprobó la Resolución SLT/32/2015 por la que se aprueban los criterios y condiciones para el ejercicio de la actividad de estas asociaciones para los ayuntamientos; y, por último, el Ayuntamiento de San Sebastián aprobó una Ordenanza municipal que regula la ubicación y las condiciones para que los citados clubes puedan realizar sus actividades¹²⁶.

Esta realidad social conformada por la existencia de estas asociaciones que están presentes en la mayoría del territorio nacional y que en general funciona con normalidad y las pretensiones de regular esta actividad en el marco de una política de reducción de daños en varias comunidades autonómicas refuerzan la idea de que la actividad realizada en las asociaciones no es ilícita.

Por todo ello, sostenemos que en caso de admitirse que estamos ante un error de prohibición, éste sería un error invencible.

¹²³ Asociación de Usuarios de Cannabis Pannagh (AP de Vizcaya), Asociación Maitxu (AP Guipúzcoa), Asociación Grend Lemon (AP Mallorca), Asociación Ramón Santos (JP Huelva), Asociación Medical Weed (JP Sevilla), Asociación de Usuarios de Cannabis Txingudi (JP Pamplona), Asociación de Usuarios de Cannabis Ganjazz Art (Ap Guipúzcoa), Asociación de Estudios y Usuarios del Cáñamo EBERS (AP Vizcaya), y otras dos asociaciones que no aparece el nombre de AP Álava y AP Guipúzcoa.

¹²⁴ El voto particular del magistrado Conde-Pumpido alude a “agrupaciones muy consolidadas en la realidad social” y el voto particular del Magistrado Giménez García cita una comparecencia en el Senado de la Plataforma de Asociaciones y Usuarios del Cannabis en 2014 que alude a unas 1000 o 12000 asociaciones en el país.

¹²⁵ FD 5º, pp. 19 y ss.

¹²⁶ Véase con más desarrollo en el apartado II. 4