

Audiencia Provincial

de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2ª) Sentencia num. 342/2018 de 12 noviembre

[ARP\2019\366](#)



TRÁFICO DE DROGAS: ERROR DE PROHIBICIÓN INVENCIBLE: APRECIABLE: asociación dedicada al cultivo de marihuana para su consumo compartido entre los socios figurando registrada: los acusados no podían representarse que su actuación era ilícita penalmente, si la asociación había sido autorizada por el organismo pertinente y si velaban porque se cumplieran las normas asociativas en las que se incluía con claridad su finalidad para excluir cualquier riesgo de difusión de la droga y consiguiente lesión del bien jurídico protegido: absolución.

ECLI: ECLI:ES:APTF:2018:2013

Jurisdicción: Penal

Recurso de Apelación 418/2018

Ponente: Ilmo. Sr. D. Jaime Requena Juliani

La Audiencia estima los recursos de apelación interpuestos contra la Sentencia de fecha 29-05-2017 dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 8 de Santa Cruz de Tenerife, revocándola en el sentido de absolver a los acusados del delito contra la salud público por el que venían condenados.

SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

Avda. Tres de Mayo nº3

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 34 93 90-91

Fax: 922 34 93 89

Email: s02audprov.tfe@justiciaencanarias.org

Sección: CC

Rollo: Apelación sentencia delito

Nº Rollo: 0000418/2018

NIG: 3802241220130002148

Resolución: Sentencia 000342/2018

IUP: TB2018000884

Proc. origen: Procedimiento abreviado Nº proc. origen: 0000351/2016

Jdo. origen: Juzgado de lo Penal Nº 8 de Santa Cruz de Tenerife

Apelante: Serafin ; Abogado: ; Procurador:

Apelante: Teofilo ; Abogado: ; Procurador:

SENTENCIA

Presidente

D./D^a. JOAQUÍN LUIS ASTOR LANDETE

Magistrados

D./D^a. JAIME REQUENA JULIANI (Ponente)

D./D^a. FERNANDO PAREDES SÁNCHEZ

En Santa Cruz de Tenerife, a 12 de noviembre de 2018.

Visto ante esta Audiencia Provincial, en nombre de S.M. el Rey, la Causa correspondiente al rollo de apelación número 418/2018, de la causa número **351 / 2016** , seguida por los trámites del Procedimiento Abreviado en el Juzgado de lo Penal número ocho de Santa Cruz de **Tenerife**, habiendo sido partes, de una y como apelantes Teofilo , representado por la Procuradora Sra. Fuentes González y defendido por la Letrada Sra. Alegre Povedano; y Serafin , representado por la Procuradora Sra. Sáenz Ramos y defendido por el Letrado Sr. González Díaz. Ejerce la acción pública y es parte apelada el Ministerio Fiscal. Es ponente el Ilmo. Sr. D. JAIME REQUENA JULIANI.

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Por el Ilmo Sr. Magistrado, Juez del indicado Juzgado de lo Penal, se dictó sentencia en fecha 29 de mayo de 2017 con los siguientes hechos probados:

Con fecha 24 de julio de 2012 se llevó a cabo el acto de constitución de la "Asociación Club de Usuarios y Estudio del Cannabis de Canarias Natura Verde" (NIF G776540301) con domicilio social en la Calle Key Muñoz, nº 26 de Icod de los Vinos. En dicho acto se aprobaron los Estatutos de la asociación y se designaron sus cargos directivos, correspondiendo así, el cargo de Presidente a Teofilo .

La constitución de esa asociación se llevó a cabo cumpliendo los requisitos de la [Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo](#) , reguladora del Derecho de Asociación, procediéndose a su inscripción en el Registro de Asociaciones de Canarias en fecha 23 de enero de 2013.

Así los hechos, y ante informaciones recibidas relacionadas con el tráfico y consumo de estupefacientes:

1.- El día 7 de octubre de 2013, Agentes de la Guardia Civil, con tarjeta de identidad profesional, números NUM000 y NUM001 , acudieron al domicilio, sito en la CALLE000 , EDIFICIO000 , nº NUM002 , puerta NUM002 de Buenavista del Norte (partido judicial de Icod de los Vinos), propiedad del acusado, Serafin (DNI NUM003), mayor de edad y sin antecedentes penales, quien venía dedicándose, desde fecha indeterminada, al cultivo de plantas de marihuana para la preparación, secado y posterior distribución de cannabis a terceros, localizando, en la azotea del inmueble, 50 plantas de marihuana (cannabis), dispuestas para la venta a terceras personas. Serafin era socio de Natura Verde y entregó voluntariamente a la fuerza actuante la sustancia intervenida. El peso neto total de la sustancia aprehendida es de 288,9 gramos con una riqueza del 4,1 % del principio activo tetrahidrocannabinol, y con un valor en el mercado ilícito de 1349, 16 euros, además en el momento de la detención, al acusado, se le intervinieron, un invernadero marca Cultibox sg120 con su mochila, dos ventiladores de extracción de humos, varios botes fertilizantes, una lámpara con bombilla de luz ultravioleta, tres temporizadores de luz, un medidor de temperatura y humedad digital, un transformador, tuberías de extracción de humos y entrada de aire, un filtro de olores, un deshumidificador marca Olgeboso, cableado, un toldo de color verde, una estantería, una bombilla y una lámpara cool toob de sodio, todo utilizado para su actividad delictiva.

2.- Sobre las 08:40 horas del día 18 de septiembre de 2014, una comisión judicialmente autorizada procedió a la entrada y registro del domicilio, sito en la CALLE001 nº NUM004 de Icod de los Vinos, y propiedad del otro acusado, Teofilo (DNI NUM005), mayor de edad y sin antecedentes penales, quien venía dedicándose, desde fecha indeterminada, al cultivo de plantas de marihuana para la preparación, secado y posterior distribución de cannabis a terceros. Era presidente de la Asociación del cannabis Natura Verde. Se intervino cannabis (marihuana) dispuesto para la venta a terceras

personas, así como un deshumidificador-ionizador marca Palson, dos ventiladores, uno de ellos de color negro y de la marca Equation, un sulfatador blanco, un termómetro digital de temperatura y humedad marca DVL, dos extractores de aire, una reactancia para la lámpara, un ventilador, una bombilla grande, un deshumidificador, tres transformadores, uno de ellos de color negro, un higrómetro, siete lámparas halógenas de secado. El peso neto total de la sustancia aprehendida es de 5,15 kilogramos con una riqueza del 17,6% del principio activo tetrahidrocannabinol, y con un valor en el mercado ilícito de 5834,95 euros.

El cannabis es sustancia que no causa grave daño a la salud.

Y con la siguiente parte dispositiva:

Que debo condenar y condena a Serafin como autor de un delito contra la salud publica del art 368,1 CP en la modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud ,y se le impone la pena de 1 año de prisión y multa 1349,16 euros con responsabilidad subsidiaria del [art 53](#) CP , de 2 días en caso de impago y costas en mitad.

Que debo absolver y absuelvo a Serafin del delito de Pertenencia a Organizacion Criminal del art 570 ter,2 del CP .

Que debo condenar y condeno a Teofilo como autor de un delito contra la salud publica del art 368,1CP en la modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud a la pena de un año y 6 meses de prisión concurriendo dilaciones indebidas, y a la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 11.669,9 EUROS y responsabilidad subsidiaria del art 53 CP de 11 días en caso de impago .

Que debo absolver y absuelvo a Teofilo del delito de Pertenencia a Organización Criminal del art 570 ter,2 del CP y costas en mitad.

SE ACUERDA EL COMISO DE LA DROGA conforme art 127 Y 374 CP .

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad, téngase en cuenta el tiempo que el acusado ha estado privado de libertad por esta causa.

"SEGUNDO.- Notificada la misma, interpuso contra ella recurso de apelación la representación procesal de Teofilo . El recurso se fundaba en los siguientes motivos: error en la valoración de la prueba; infracción del [art. 22 CE](#) ; infracción por falta de aplicación del [art. 14.3](#) CP .

También interpuso recurso de apelación la representación procesal de Serafin , fundado en la infracción por aplicación indebida del [art. 368](#) CP .

El Ministerio Fiscal pidió que los recursos fueran desestimados.

TERCERO.- Una vez recibidos los Autos en esta Sección, formado el rollo de Apelación núm. 417/2018, y tras su deliberación y fallo quedaron los autos vistos para sentencia.

HECHOS PROBADOS.

PRIMERO

Con fecha 24 de julio de 2012 se llevó a cabo el acto de constitución de la "Asociación Club de Usuarios y Estudio del Cannabis de Canarias Natura Verde" (NIF G776540301) con domicilio social en la Calle Key Muñoz, nº 26 de Icod de los Vinos. En dicho acto se aprobaron los Estatutos de la asociación y se designaron sus cargos directivos, correspondiendo así, el cargo de Presidente a Teofilo .

La constitución de esa asociación se llevó a cabo cumpliendo los requisitos de la [Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo](#) , reguladora del Derecho de Asociación, procediéndose a su inscripción en el Registro de Asociaciones de Canarias en fecha 23 de enero de 2013.

SEGUNDO

Sobre las 08:40 horas del día 18 de septiembre de 2014, una comisión judicialmente autorizada procedió a la entrada y registro del domicilio, sito en la CALLE001 nº NUM004 de Icod de los Vinos, y

propiedad de Teofilo (DNI NUM005), mayor de edad y sin antecedentes penales, quien venía dedicándose, desde fecha indeterminada, al cultivo de plantas de marihuana. Era presidente de la Asociación del cannabis Natura Verde. Se intervino cannabis (marihuana), así como un deshumidificador-ionizador marca Palson, dos ventiladores, uno de ellos de color negro y de la marca Equation, un sulfatador blanco, un termómetro digital de temperatura y humedad marca DVL, dos extractores de aire, una reactancia para la lámpara, un ventilador, una bombilla grande, un deshumidificador, tres transformadores, uno de ellos de color negro, un higrómetro, siete lámparas halógenas de secado. El peso neto total de la sustancia aprehendida es de 5,15 kilogramos con una riqueza del 17,6% del principio activo tetrahidrocannabinol, y con un valor en el mercado ilícito de 5834,95 euros.

TERCERO

El día 7 de octubre de 2013, Agentes de la Guardia Civil, con tarjeta de identidad profesional, números NUM000 y NUM001 , acudieron al domicilio, sito en la CALLE000 , EDIFICIO000 , nº NUM002 , puerta NUM002 de Buenavista del Norte (partido judicial de Icod de los Vinos), propiedad del acusado, Serafín (DNI NUM003), mayor de edad y sin antecedentes penales, quien venía dedicándose, desde fecha indeterminada, al cultivo de plantas de marihuana para la preparación, secado y posterior distribución de cannabis a terceros, localizando, en la azotea del inmueble, 50 plantas de marihuana (cannabis). Serafín era socio de Natura Verde y entregó voluntariamente a la fuerza actuante la sustancia intervenida. El peso neto total de la sustancia aprehendida es de 288,9 gramos con una riqueza del 4,1 % del principio activo tetrahidrocannabinol, y con un valor en el mercado ilícito de 1349, 16 euros, además en el momento de la detención, al acusado, se le intervinieron, un invernadero marca Cultibox sg120 con su mochila, dos ventiladores de extracción de humos, varios botes fertilizantes, una lámpara con bombilla de luz ultravioleta, tres temporizadores de luz, un medidor de temperatura y humedad digital, un transformador, tuberías de extracción de humos y entrada de aire, un filtro de olores, un deshumidificador marca Olgeboso, cableado, un toldo de color verde, una estantería, una bombilla y una lámpara cool toob de sodio.

CUARTO

El cannabis es sustancia que no causa grave daño a la salud.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso interpuesto por Teofilo

PRIMERO

El primer motivo del recurso denuncia que la sentencia de instancia no expresa de forma clara y precisa los hechos que declara probados y, en particular, que no precisa cuál era el funcionamiento de la asociación, su número de socios, que se tolerase la salida de la droga o su distribución a terceros o cuál era la cantidad de sustancia que llegaba a facilitarse a cada asociado.

Efectivamente, el examen del relato de hechos probados pone de manifiesto una contradicción entre su contenido esencial (se afirma que Teofilo tenía a su disposición la sustancia para proceder a su venta a terceros) y la fundamentación de la sentencia, que se esfuerza en justificar las razones por las que cabe excluir la aplicabilidad de la doctrina jurisprudencial sobre consumo compartido, en clara referencia a lo que aparece referido al examen de la actividad de una asociación de consumidores de hachís en la que, según resultó probado, se cultivaba la sustancia; pero que no incluye mención alguna a una actividad de venta de la droga que en modo alguno consta que se haya probado. A esta abierta contradicción entre el relato de hechos que se declaran probados y la fundamentación de la sentencia se suma, lo que incrementa la dificultad para dar respuesta a la impugnación, la ausencia de una verdadera valoración de la prueba practicada, que parece haberse sustituido por un resumen de las declaraciones de los testigos y una reseña de parte de la documentación unida al procedimiento.

Sin embargo, las deficiencias que pueda presentar la sentencia al describir los hechos probados no autorizan, como se pretende en el recurso, la devolución de la sentencia al Juzgado de procedencia para que se dicte una nueva resolución: si, como sostiene la parte recurrente, no se hubieran declarado probados hechos susceptibles de ser calificados como constitutivos de un delito contra la salud pública del [art. 368 CP](#) , lo que procedería sería advertir la infracción por aplicación

indebida del citado precepto legal y, en consecuencia, dictar la correspondiente sentencia absolutoria en apelación. En este sentido, lo que la parte recurrente viene a plantear es que no se habría acreditado el riesgo de difusión de la sustancia que se venía cultivando en la finca del acusado por cuenta de la asociación "Asociación Club Natura Verde" (es decir, denuncia que se habría incurrido en un error en la valoración de la prueba).

La resolución de esta parte de la impugnación de la sentencia requiere centrar previamente los hechos de la acusación, cuya comprensión no está exenta de dificultades: lo que se sostiene en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal es que la distribución de la sustancia se llevaba a cabo por medio de la Asociación, si bien alude seguidamente a que el hachís intervenido estaba destinado a la "venta"; y la sentencia impugnada omite en su relato de hechos probados cualquier alusión a la distribución por medio de la asociación (aunque la actividad de la asociación y la doctrina del consumo compartido ocupan la mayor parte de su extensa redacción), y declara probado que fue incautada una determinada cantidad de droga a disposición del acusado que éste pretendía dedicar a la venta, conclusión ésta que carece de cualquier soporte probatorio.

Y en realidad, lo que se viene a mantener en la sentencia (en su fundamentación) es que existió un riesgo de difusión de la sustancia a terceros -que es lo que lleva a la Juez a quo a excluir la aplicación de la doctrina del consumo compartido- y que es el pronunciamiento que, en este punto, cuestiona la parte recurrente. Pues bien, delimitada así la cuestión, el motivo de impugnación no puede prosperar.

La ilicitud de la conducta objeto de este procedimiento no se cuestiona en el escrito de recurso, pero es necesario hacer referencia expresa a esta cuestión a la vista de las consideraciones que al respecto se contienen en la sentencia impugnada: la sentencia llega a enumerar un conjunto de condiciones en las que el cultivo de hachís en el seno de este tipo de asociaciones sería lícito (se alude a supuestos de cultivo a demanda, garantía del circuito cerrado y control de excedente que, según se indica, no deberían existir), e incluso se señala de forma explícita que el acusado habría incumplido tales condiciones, si bien no se concreta cuál es el razonamiento que le lleva a esta conclusión (cfr. folio 16). En realidad, ni siquiera el cumplimiento de esas condiciones a que alude la sentencia excluye la ilicitud de la actividad de cultivo y facilitación a terceros de cannabis, que resulta abiertamente contraria al régimen legal vigente (cfr. art. 3 Convención de Viena de 1988 ; art. 2.1.b) DM 2004/757/JAI , cuya aplicación solamente se excluye cuando el autor actúa con el fin exclusivo de consumo personal; art. 71.2 CAAS; § 41 STJUE C-137/09, asunto Marc Michel Josemans , en el que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que "los estupefacientes que no se encuentran en un circuito rigurosamente controlado por las autoridades competentes con vistas a su utilización para fines médicos y científicos están comprendidos, por su propia naturaleza, en la prohibición de importación y de puesta en circulación en todos los Estados miembros"; [art. 8 Ley 17/1967](#)) e integra el tipo del delito contra la salud pública del [art. 368](#) CP .

Es cierto que la jurisprudencia ha venido excluyendo la tipicidad del consumo compartido de drogas tóxicas siempre que se trate de consumo por quienes ya tienen la condición de consumidores habituales, el consumo se lleve a cabo en un lugar cerrado de forma que se excluya la posible difusión de la sustancia a terceros, se trate de cantidades insignificantes de droga dispuestas para su consumo inmediato, y las personas que participen en el mismo constituyan un grupo poco numeroso de sujetos perfectamente determinados (cfr. SSTS 15-10-2010 , 14-11-2012 , 17-10-2013 ; doctrina consolidada). Pero la prueba practicada evidencia que el hachís no solamente era consumido en las dependencias de la asociación, sino que se hacía entrega del mismo a los asociados -al menos en varias ocasiones- para que lo consumieran libremente.

En definitiva, y sin perjuicio de las consideraciones que deben realizarse más adelante sobre el error de prohibición que alega la parte recurrente, debe afirmarse que los hechos declarados probados -si bien resulta necesario integrar el relato de hechos probados con las consideraciones vertidas en la fundamentación jurídica de la sentencia- son constitutivos de un delito contra la salud pública del [art. 368](#) CP , en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud.

SEGUNDO

El segundo motivo del recurso denuncia la infracción del [art. 22.1 CE](#) y afirma que la interpretación

del [art. 368 CP](#) que contiene la sentencia cuestiona "los límites y el alcance del movimiento asociativo".

1.- La parte recurrente afirma que el derecho de asociación "debe imponerse sobre cualquier consideración", con lo que parece que viene a sostener que en este caso se produciría un conflicto entre el derecho fundamental a asociarse y la salud pública en cuanto que interés jurídico protegido por el [art. 368 CP](#). La anterior afirmación, al menos entendida en esos términos, carece de fundamento: ni el derecho libre a asociarse ([art. 22.1 CE](#)) autoriza al desarrollo de actividades prohibidas por la Ley (arg. [art. 22.2 CE](#) ; [arts. 2.4 y 15.6 L.O. 1/2002](#)), ni existe el pretendido conflicto de intereses. Dicho de otro modo, no existe un derecho a asociarse para desarrollar actividades delictivas, ni el derecho a asociarse excluye la posible ilicitud de las actividades desarrolladas en el marco asociativo; las asociaciones y sus integrantes no dejan de estar sujetos a la Ley por el hecho de haberse asociado.

2.- Sin embargo, no cabe duda de que las propias circunstancias y reglas de funcionamiento de la asociación pueden ser relevantes para resolver sobre la calificación jurídico- penal de los hechos; ni de que el debate público existente en la fecha de los hechos con relación a la posible licitud de la actividad desarrollada por los llamados clubs de consumidores de cannabis y los pronunciamientos jurisprudenciales sobre los mismos son muy relevantes para resolver sobre la posible responsabilidad del recurrente.

Estas cuestiones se relacionan, por una parte, con la cuestión relativa a las condiciones en las que el consumo compartido de hachís -en este caso en el contexto de una asociación o club de consumidores- es atípico y carece de relevancia penal, a la que ya se ha hecho referencia en el fundamento de Derecho anterior; y de otra, con el debate público que existía en la fecha de los hechos con relación a la posible licitud de la actividad desarrollada por los llamados clubs de consumidores de cannabis, así como los pronunciamientos jurisprudenciales sobre los mismos, que deben ser valorados para resolver sobre la posible situación de error en la que pudiera haber actuado el recurrente y, en su caso, sobre el carácter vencible o no del mismo. Esta última cuestión es planteada por la parte recurrente de forma explícita como un tercer motivo autónomo de impugnación.

TERCERO

En tercer lugar, se sostiene en el recurso que el Sr. Teofilo actuó con el convencimiento de que la actividad que desarrollaba era lícita, y que la actividad de cultivo de hachís y distribución o reparto de lo producido entre los asociados conforme a las normas internas de la asociación no era ilícita y, en ningún caso, constitutiva de una infracción penal. En consecuencia, afirma que debió haberse apreciado un error invencible en el recurrente ([art. 14.3 CP](#)) y, en consecuencia, haberse dictado una sentencia absolutoria.

El motivo debe ser estimado.

1.- La sentencia impugnada excluye la concurrencia de error a partir de unas consideraciones cuya fundamentación no es fácilmente reconocible. La fundamentación de la inexistencia del error se confunde con la fundamentación de la ilicitud de la conducta imputada, pero es evidente que el "error" presupone precisamente la ilicitud de la conducta de que se trate. Si se analiza el posible error del acusado en cuanto que confianza -errónea- en la licitud de la realización de una determinada actividad, es precisamente porque esa actividad no era lícita; si lo hubiera sido, no sería preciso resolver sobre el error, sino que se habría afirmado sin más la atipicidad de su comportamiento. Es decir, la ilicitud de la conducta no excluye en modo alguno el error, sino que es precisamente el presupuesto de su posible concurrencia. Por esta misma razón, tampoco son relevantes para resolver sobre la posible concurrencia de un supuesto de error las extensas consideraciones vertidas con relación a los límites de la doctrina del "consumo compartido" mantenida de forma consolidada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. De nuevo, no se trata de si los hechos imputados eran típicos -prohibidos de forma general por el [art. 368 CP](#) - o no -por ejemplo, el "consumo compartido" es atípico- sino de si el acusado desarrolló su conducta ilícita (típica; prohibida por el [art. 368 CP](#)) porque creyó erróneamente que, en las condiciones del caso, no estaba incluida en la prohibición legal.

Tampoco el extenso resumen jurisprudencial, y en particular, de la fundamentación de la [STS 484/2015, de 7 de septiembre](#) (sentencia plenaria), permitían derivar conclusiones con relación a los motivos por los que, en este caso, debía excluirse el error. De hecho, la mencionada STS 7-9-2015 aprecia en los allí acusados un error de prohibición (si bien de carácter vencible).

2.- La culpabilidad del autor -a la que está referida el conocimiento de la prohibición- no requiere que el autor tenga un conocimiento detallado de misma, y basta para excluir un error relevante con que el autor se haya representado la ilicitud probable de su conducta. Por ello, un error de prohibición -cuando se trata de un supuesto de error sobre la existencia de la prohibición- difícilmente puede producirse en el ámbito del Derecho penal nuclear (si bien no es imposible), y es más propio del Derecho penal accesorio en el que los contornos de lo prohibido, en ocasiones, pueden resultar difícilmente reconocibles. En los supuestos de producción -cultivo- de drogas tóxicas y distribución de la misma, no cabe duda alguna de que se trata de un comportamiento que, en principio, es percibido y reconocido de forma general como ilícito. Sin embargo, en la época de los hechos, concurrían algunas circunstancias que introducían una cierta oscuridad y serias dudas sobre la ilicitud de tales conductas en el contexto de la actividad de clubs o asociaciones de consumidores de hachís que producían tal sustancia para el consumo de sus asociados: no puede negarse que en la época de los hechos existía un debate público sobre la actividad de los clubs de consumidores de hachís y que -si bien con una notable falta de profundidad y rigor- se presentaba como lícita su actividad; llegaron a ser aprobadas disposiciones legales que regulaban su actividad y que declaraban que una de las finalidades de estas asociaciones era la de "procurar que sus integrantes de pleno derecho accedan a consumir una sustancia lo más orgánica posible y libre de adulteraciones" (art. 20 Ley Foral Navarra 24/2014 ; esta Ley fue anulada por la [STC 144/2017, de 14 de diciembre](#)) y reconocían el derecho de sus integrantes a "retirar" la cantidad de cannabis sativa determinada por la asociación (art. 23 de la misma Ley Foral Navarra 24/2014) y la jurisprudencia se ha referido en ocasiones a otras normas de contenido similar (cfr. STS 7-9-2015); y la propia jurisprudencia de los Tribunales mantuvo una posición oscilante y poco clara al enjuiciar este tipo de actividades, y llegó a afirmar en reiteradas ocasiones, con argumentaciones que buscaban un fundamento común con la doctrina del consumo compartido -si bien asumiendo que se trataba de supuestos claramente diferentes- que la actividad de cultivo y facilitación del acceso a la sustancia a consumidores asociados a estos clubs de consumidores debía entenderse atípica (cfr. SSAP Guipúzcoa 6-7-2009 , Vizcaya 16-6-2014 , Álava 10-8-2012 , Palma de Mallorca 9-12-2014 ; en sentido contrario, sin embargo, SSAP Zaragoza 16-4-2012 , Pontevedra 12-4-2014). La propia sentencia impugnada, en la que como se dijo llega incluso a valorarse la posibilidad de la licitud de este tipo de conductas cuando se realizan en determinadas condiciones, evidencia de forma palmaria las dudas generadas por ese debate trasladado a la jurisprudencia.

En este contexto no cabe excluir que el conocimiento generalizado de la ilicitud con carácter general de la producción, distribución y mera facilitación del acceso a terceros a las drogas tóxicas y estupefacientes (lo que sin que parece que quepa dudarlo, incluye el cannabis), era compatible con la interpretación también extendida de que esa "notoria prohibición de cultivar y distribuir sustancias estupefacientes no abarcaba en virtud de ciertas interpretaciones judiciales las actividades de esas asociaciones si se atienden a ciertos requisitos", es decir, con la existencia de un "conocimiento equivocado del ámbito y alcance de la prohibición" en el sentido al que ya se ha referido la jurisprudencia (STS 7-9-2015) y, en consecuencia, de una situación de error relevante para resolver sobre la culpabilidad del acusado ([art. 14.3](#) CP). La "Asociación Club de Usuarios y Estudio del Cannabis de Canarias "Natura Verde"" actuaba, según resulta de la documentación unida al procedimiento, de forma pública y no clandestina; sus estatutos, en los que se enunciaba como una de sus actividades "el desarrollo de un cultivo compartido de cannabis" habían sido visados e inscritos en el Registro de Asociaciones de Canarias (cfr. folios 258 y ss. de las actuaciones); y, como resulta de las explicaciones ofrecidas por el recurrente y varios de los testigos que comparecieron en el acto del juicio oral -estas declaraciones aparecen en gran parte transcritas en la sentencia, si bien es cierto que no se concretan cuáles son las conclusiones derivadas por la Juez a quo a partir de las mismas-, la actividad de la mencionada asociación parece haber respondido al convencimiento de su licitud. Estas consideraciones son suficientes para resolver con relación al error, si bien, como señala la parte recurrente en la fundamentación del primer motivo de impugnación, es evidente que habría sido muy oportuno resolver con mayor detenimiento con

relación a cuestiones tales como el funcionamiento interno de la asociación, su número de socios, las medidas o procedimientos dispuestos para evitar la difusión del cannabis a terceros no asociados o la cantidad de sustancia que llegaba a facilitarse a cada uno de ellos.

Es decir, la actividad desarrollada parece haber respondido a este convencimiento sobre su licitud y, en modo alguno cabe excluir en este caso la posible existencia de una situación de error del recurrente con relación al contenido y extensión de la prohibición de cultivo y facilitación a terceros de cannabis derivada del [art. 368 CP](#) ([art. 14.3 CP](#)). La cuestión que debe ser resuelta es si dicho error, en las circunstancias del caso, debe ser valorado como vencible o no.

3.- La creencia de estar actuando lícitamente (error de prohibición) condiciona la culpabilidad del autor: reduce la culpabilidad cuando el error podía haber sido evitado mediante una comprobación que resultaba exigible al autor; y la excluye cuando esa comprobación no era exigible o cuando el sujeto ha llevado a cabo esa comprobación que le era exigible sin que ello le haya permitido tomar conocimiento de la ilicitud de su comportamiento. Por ello, y como señala habitualmente la teoría, para valorar la vencibilidad (o invencibilidad) del error es necesario llevar a cabo una doble comprobación: debe comprobarse si el sujeto tuvo que haber tenido un motivo para reflexionar sobre la posible ilicitud -antijuricidad- de su conducta, es decir, si en el contexto en el que se producen los hechos un individuo motivado hacia el cumplimiento de la norma se habría cuestionado la licitud de su actuación; y, en caso afirmativo, debe comprobarse si realizó un esfuerzo suficiente para comprobar la licitud de esa conducta. De este modo, si el sujeto, a pesar de estar actuando en un contexto que debió haberle llevado a plantearse dudas sobre la licitud de su acción, omite cualquier comprobación sobre esa licitud, o lleva a cabo una comprobación que, en las circunstancias del caso, resulta insuficiente, el error debe entenderse vencible; por el contrario, si el sujeto lleva a cabo una comprobación adecuada a las circunstancias del caso y a sus posibilidades (en algunos casos puede ser suficiente un esfuerzo serio de autorreflexión, pero en la mayor parte de los casos, y especialmente cuando resulta posible, es exigible que el sujeto acuda a una fuente jurídicamente confiable o, como en ocasiones dice la jurisprudencia, "una fuente solvente de información jurídica" (STS 7-9-2015 ; en el mismo sentido, STS 27-6-2016); y, entonces, si ello no le permite despejar el error, éste deberá ser considerado como invencible.

No cabe duda de que el recurrente operaba en un contexto en el que forzosamente tenía serios motivos para reflexionar sobre la licitud de su conducta, toda vez que es un hecho conocido que el cultivo/producción de drogas tóxicas y la facilitación de tales sustancias a terceros es una conducta ilícita; y que su posible error, en realidad, no estaba referido a ello (el Sr. Teofilo no ignoraba la prohibición de cultivo y distribución de drogas), sino al "ámbito y alcance de la prohibición".

En estas condiciones, le era exigible proceder con carácter previo a la verificación del alcance de la prohibición que conocía -y que entendía resultaba compatible con la actividad que desarrollaba la asociación de la que era Presidente-, y le resultaba posible hacerlo recurriendo a una "fuente solvente de información jurídica". De hecho, eso fue lo que hizo: los estatutos de la "Asociación Club de Usuarios y Estudio del Cannabis de Canarias "Natura Verde"" fueron inscritos en el Registro de asociaciones incluyendo una referencia expresa, entre sus actividades, al "desarrollo de un cultivo compartido de hachís" con el objeto de hacer posible el "autoabastecimiento de usuarios lúdicos y terapéuticos asociados". Es cierto que en los estatutos asociativos se indicaba de forma expresa que el "modelo de autoconsumo" se ajustaría a "las disposiciones legales al efecto teniendo especial consideración los pronunciamientos al respecto del Tribunal Supremo", pero esta última afirmación debía entenderse referida al destino que iba a darle cada asociado a la droga que le fuera adjudicada a cada uno de ellos. No parece que el objetivo de la asociación pudiera ser entendido de otro modo cuando se señalaba que lo que se pretendía era precisamente que los usuarios (lúdicos o terapéuticos) se autoabastecieran de cannabis.

La autoridad administrativa que recibió estos estatutos, y a la que forzosamente debe reconocerse como una fuente jurídicamente confiable, debió haber comprobado con carácter previo a la inscripción el cumplimiento de los requisitos formales de la constitución (art. 30.2 L.O. 1/2002), así como la posible existencia de "indicios racionales de ilicitud penal en la actividad de la entidad asociativa" y, en caso afirmativo, debió haberlo comunicado a los interesados, al Ministerio Fiscal y, en su caso, a los Tribunales de Justicia (art. 30.4 p II). Es decir, los fundadores de la asociación

comunicaron a la administración pública competente para el registro de las asociaciones y a la que la Ley atribuye un primer filtro de comprobación de la legalidad de sus actividades que incluye la valoración de la presencia de "indicios racionales de ilicitud penal" cuáles eran las actividades que pretendían llevar a cabo (en este caso, el cultivo compartido de cannabis para el autoabastecimiento de usuarios lúdicos y terapéuticos); y era razonable que éstos, al no recibir objeción alguna, interpretaran que la actividad pretendida era lícita y no estaba prohibida por la norma. Es decir: el recurrente, como se dijo, tenía motivos para cuestionarse la licitud de la actividad de cultivo y facilitación a terceros del cannabis que se proponía llevar a cabo; pero comprobó previamente de un modo razonable la licitud de tal actividad acudiendo a una "fuente solvente de información jurídica", sin que en tales circunstancias "el acusado pudiera representarse que su actuación era ilícita penalmente, si había sido autorizada por el organismo pertinente" (STS 29-6-2016 ; en el mismo sentido, STS 27-6-2016). Es esa comprobación llevada a cabo mediante el recurso a una fuente jurídicamente confiable lo que determina la invencibilidad de su error -y, en consecuencia, excluye su culpabilidad-, y no la existencia de una supuesta "autorización de fiscalía" que carecería de cualquier soporte legal y a la que se alude en la sentencia impugnada.

Por el contrario, y como ha declarado este Tribunal no cabe apreciar la concurrencia de un error determinante de la exclusión de la culpabilidad cuando los estatutos enmascaran la verdadera actividad de la asociación mediante una "redacción intencionadamente evasiva de las finalidades sociales en los Estatutos", o se cultiva una cantidad de droga que excede de manera evidente la que cabría entender destinada al "autoabastecimiento" pretendido, es decir, cuando "la actividad real de la asociación no guarda correspondencia plena con los Estatutos que han sido visados administrativamente" -lo que en ocasiones puede ser derivado de la finalidad lucrativa de la actividad desarrollada- o no existen medidas que excluyan el posible acceso al cannabis de terceras personas ajenas a la asociación (SAP Santa Cruz de Tenerife 15-9-2017 ; con relación a la relevancia de la adopción de medidas para prevenir el acceso de terceros, cfr. también STS 29-6-2016).

En este caso, al contrario que en el citado en la SAP Santa Cruz de Tenerife 15-9-2017 no cabe apreciar tal falta de correspondencia entre la actividad comunicada a la administración y la realmente llevada a cabo: se incluye como actividad esencial de la asociación el cultivo compartido para autoabastecimiento de los usuarios asociados; no consta una producción de cannabis que exceda de forma evidente del que deba entenderse destinado a los usuarios (en aquél supuesto se intervino hachís por valor de más de 167.000 €, mientras que aquí se trata de sustancia por un valor aproximado de 5.800 €). Y tampoco cabe considerar probado que no fueran adoptadas medidas para evitar el acceso de terceros al cannabis: la afirmación según la cual "no consta que las plantas estuvieran anilladas para cada socio" no permite derivar conclusión alguna y resulta contraria al derecho a la presunción de inocencia (lo determinante no puede ser que "no conste" si estaban anilladas, sino si la acusación probó que no lo estaban); y, por otra parte, varios de los testigos afirmaron que para acceder al cannabis hacían falta "requisitos y comprobaciones", sobre los que no llega a precisarse nada. Dicho de otro modo: esa falta de adopción de medidas internas de control no consta que haya sido probada y, de hecho, varios testigos parecen haber sostenido lo contrario.

Recurso interpuesto por Serafin .

CUARTO

Sostiene la parte recurrente que no se ha probado que el hachís que fue incautado en poder del Sr. Serafin estuviera destinado a ser distribuido a terceras personas.

La Juez a quo sostiene una conclusión contraria en la consideración de que la cantidad de cannabis que le fue intervenido, 288,9 g., superaba ampliamente la que de ordinario cabe aceptar como destinada al consumo propio, conclusión ésta que no puede ser compartida: en el caso del hachís, se han fijado por la jurisprudencia consumos diarios de 5 g., se ha fijado un límite de hasta 150 g. como cantidad que no supera la que cabe entender como destinada al consumo propio (cfr. SSTS 29-5-2013 , 10-12-1999), y estos límites son muy superiores en el caso de la marihuana, para la que se aceptan consumos diarios por un consumidor de hasta 20 g. (cuatro veces más); y se trataba además, en este caso, de la marihuana que el propio consumidor cultivaba y que, razonablemente, se produce y acumula para su consumo durante plazos de tiempo más largos (cfr. AAP Santa Cruz de Tenerife rollo 569/18). En estos supuestos, el cultivo de una cantidad de

marihuana que abastece al consumidor por un período de tiempo de dos semanas, cuando además no existe prueba alguna y ni siquiera indicios de una actividad de tráfico o venta, no resulta posible concluir que la droga estaba destinada a ser distribuida a terceros sin quebrantar el principio in dubio pro reo. El recurso debe ser estimado.

QUINTO

Se declaran de oficio las costas.

FALLO

Estimamos los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de Teofilo y Serafin contra la sentencia de fecha 29 de mayo de 2017 dictada por el Juzgado de lo Penal número ocho de Santa Cruz de Tenerife en Autos de Procedimiento Abreviado número 351 / 2016y, en consecuencia, revocamos dicha resolución y absolvemos a Teofilo y Serafin del delito contra la salud público por el que venían, cada uno de ellos, condenados. Se declaran de oficio las costas.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes procesales.

Así, por esta nuestra sentencia, que es firme, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Notifíquese esta resolución a las partes.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Ponente en Audiencia Pública. Doy fe.