DOI: https://doi.org/10.69592/3045-6681-N2-ABRIL-2025-ART-8

A propósito de la nueva *cannabis-gesetz alemana:* el modelo autogestionado del *cannabis* en España

CONSIDERING THE NEW GERMAN CANNABIS-GESETZ: THE SELF-MANAGED CANNABIS MODEL IN SPAIN

ALEJANDRA PASTRANA SÁNCHEZ
Profesora Ayudante Doctora de la Universidad de Cádiz
https://orcid.org/0000-0003-2516-9729
alejandra.pastrana@uca.es

RESUMEN

Este artículo examina la regulación del cannabis en España, enfocándose en los clubes cannábicos y su encuadre dentro del delito de tráfico de drogas según el artículo 368 del Código Penal. Aunque el consumo propio es atípico penalmente, actividades como el cultivo y distribución pueden ser típicas si implican un riesgo para la salud pública. La sentencia del Tribunal Supremo en el caso EBERS (2015) estableció que los clubes cannábicos no pueden ampararse en la doctrina del consumo compartido, al considerar que su estructura institucionalizada y el riesgo de difusión los hacen típicos. No obstante, se reconoció que los responsables podrían actuar con error de prohibición, especialmente en casos anteriores a 2015. El artículo también analiza la tendencia regulacionista en Europa, destacando la *Cannabis-gesetz* alemana, que permite el cultivo y consumo en asociaciones bajo condiciones estrictas. Se propone que el Tribunal Supremo defina requisitos claros para que estas asociaciones operen legalmente, alineándose con criterios similares a los del consumo compartido, como grupos reducidos y cantidades limitadas al consumo inmediato.

ABSTRACT

This article examines the regulation of cannabis in Spain, focusing on cannabis clubs and their classification under the offense of drug trafficking according to Article 368 of the Penal Code. While personal consumption is not penalized, activities such as cultivation and distribution may be

considered criminal if they pose a risk to public health. The Supreme Court's ruling in the EBERS case (2015) established that cannabis clubs cannot rely on the doctrine of shared consumption, as their institutionalized structure and the risk of dissemination make them criminal. However, it was acknowledged that those responsible could act under a mistake of prohibition, particularly in cases prior to 2015. The article also analyzes the regulatory trend in Europe, highlighting Germany's Cannabisgesetz, which allows cultivation and consumption in associations under strict conditions. It is proposed that the Supreme Court define clear requirements for these associations to operate legally, aligning with criteria similar to those of shared consumption, such as small groups and quantities limited to immediate use.

Palabras clave: tráfico de drogas, legalización, asociaciones cannábicas, autogestión, Alemania, consumo compartido
Keywords: drug trafficking, legalization, cannabis clubs, self-management, Germany, shared consumption

I. Introducción

Es notable la existencia de un nuevo panorama mundial con respecto a la distribución legal de *cannabis*. No cabe por tanto desdeñar las posibles influencias que pueda traer a nuestro país el nuevo modelo alemán[1], basado sobre todo en la existencia de clubes cannábicos como proveedores legales. Parece que es hora, al menos, de repensar esos modelos basados en la autogestión, no sin llevar antes a cabo un necesario y previo debate político-criminal. Deben demandarse, por tanto, nuevos estudios en materia de salud pública relacionados con el tráfico de drogas.

No obstante, es cierto que España podría considerarse como uno de los países donde existe cierta permisividad: el consumo es ilegal desde un punto de vista administrativo[2] pero no se persigue penalmente. Ello hace que todo el ciclo anterior únicamente destinado a ese consumo (plantación, fabricación…) también sea penalmente atípico. Sin embargo, no existe ninguna manera de adquirir (*lato sensu*) la sustancia sin entrar en contacto con el mercado ilegal. Esta cuestión se ha vuelto en los últimos tiempos especialmente espinosa en materia de *cannabis*, sustancia que había sido tradicionalmente de adquisición más segura para el consumidor dado que no debe someterse a ningún tratamiento más que el secado de aquella parte de la planta que contiene THC. Pero los últimos avances científicos han permitido, por un lado, el cultivo de plantas con una alta concentración de THC con respecto a décadas pasadas (lo que conlleva a mayores efectos no deseados)[3] y, por

1 Estas posibles influencias en el resto de países europeos es ya reconocida por la EUDA (Agencia de la Unión Europea sobre drogas). ***Vid.*** Euda, Euda Single programming document 2025-2027, p. 21; y en la doctrina, véase Manthey, J., et al., «Germany's cannabis act: a catalyst for European drug policy reform?», en The Lancet Regional Health- Europe, 42, 2024. Disponible en: 10.1016/j.lanepe.2024.100929

2 Tan solo sancionado vía Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

3 Informe Mundial de Drogas de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito de 2021. En concreto, en los países occidentales se ha ido incrementando un 0,29 % anual desde los años 70, produciendo las variedades con alta concentración un mayor peligro de problemas mentales y, en particular,

otra parte, la creación de ***cannabinoides sintéticos***[4]. Lo anterior hace que el consumidor pueda ser cada vez menos consciente de la naturaleza y los riesgos de lo que está consumiendo[5].

Nuestro país es, además, propicio para seguir una regulación como la tan reciente alemana de distribución propia entre socios, pues hemos tenido durante años ciertos pronunciamientos, sobre todo de las Audiencias Provinciales, que toleraban estas asociaciones al entenderlas atípicas a efectos del artículo 368 CP.

Con pocos cambios, nuestra legislación penal podría entenderse adaptada a la vanguardia mundial.

II. La doctrina del consumo compartido

En nuestro modelo estatal, afectar de forma penalmente relevante a la salud pública debe equivaler a poner en peligro los presupuestos que necesitan los individuos de una sociedad para encontrar un estado óptimo de salud[6]. Lo que significa que los delitos tipificados en los artículos 368 y siguientes del Código Penal, tienen que estar encaminados indirectamente a impedir (o al menos a dificultar) el consumo «ilegal» de drogas tóxicas, esto es, a remover la generación de un hábito

---

de síntomas psicóticos. ***Vid.*** Fernández-Artamendi, S., El cannabis cada vez es más potente: ¿qué consecuencias tiene en la salud de los jóvenes?, en ***The Conversation***, 2024. Disponible en: https://theconversation.com/el-cannabis-cada-vez-es-mas-potente-que-consecuencias-tiene-en-la-salud-de-los-jovenes-227234.

4 Desde que en 2020 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declarara que el cannabidiol (CBD) no podía considerarse una droga ilegal, por la ausencia de propiedades psicoactivas o efectos nocivos para la salud humana (Sentencia TJUE, Sala Cuarta, de 19 de noviembre de 2020, asunto C-663/18), los traficantes han descubierto nuevas posibilidades de negocio: dado que el cáñamo industrial es físicamente muy parecido al cannabis ilícito pero con un precio muy inferior, el primero puede ser adulterado con cannabinoides sintéticos que permiten con muy poca cantidad producir efectos muy intensos. Ello puede suscitar un nuevo problema de salud pública, si el consumidor desconoce lo que está consumiendo: lógicamente, la droga ilegal no es analizada en un laboratorio, de modo que no puede saberse si su contenido es natural o si se trata de esta mezcla sintética.

5 Por otra parte, sumida Norteamérica en una gran crisis del consumo de opiáceos, esta parece haber apostado por un sistema de tolerancia hacia la distribución de cannabis, y ya han aparecido los primeros estudios que apuntan a una tímida disminución de las sobredosis por opiáceos, al encontrarse el ***cannabis*** como un producto sustitutivo. Cfr. Sabia, J. J., Dave, D. M., Alotaibi, F., Rees, D. I., Is Recreational Marijuana a Gateway to Harder Drug Use and Crime?, en ***NBER Working Paper***, n. 29038, julio 2021. En el mismo sentido, ***vid.*** Ganesh, S. S., et al., ««Smoking weed it gets you over the hump»: Cannabis co-use as a facilitator of decreased opioid use among people who inject drugs in Los Angeles, California», en ***Drug and Alcohol Dependence Reports***, vol. 12, 2024. Disponible en: https://doi.org/10.1016/j.dadr.2024.100257

6 Núñez Paz, M. A., Guillén López, G., «Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código Penal», en ***Revista penal***, núm. 22, (2008), pp. 80-108. p. 86. Muñoz Conde, F., ***Derecho penal. Parte especial***, 23ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 621. García Albero, R., «De los delitos contra la salud pública» en Quintero Olivares, G. (dir.), ***Comentarios al Código Penal Español. Tomo II,*** Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, p. 955.

insalubre. Ahora bien, estos tipos penales no castigan el consumo individual, sino aquellos comportamientos que lo promueven. Y esto es importante porque es necesario escindir las conductas de consumo (atípicas) de las conductas de oferta, que llevan implícita la difusión de drogas a terceros indeterminados.

No se castiga, en el modelo español, ni el consumo propio, ni la tenencia para dicho consumo. El Derecho penal tiene que observar ciertos límites y entre ellos está, sin duda, el principio del daño. No se entendería otra forma de comprender la salud pública dentro de nuestro marco constitucional. De manera que el ***ius puniendi*** tendrá que evitar castigar actitudes desde la moral o el paternalismo, que se reservarán, en su caso, para otras actividades estatales como la educación o las campañas de sensibilización, que pretenden orientar a los ciudadanos hacia una serie de actitudes, pero no las imponen. Lo anterior, como es lógico, depende del modelo de Estado del que emerja el concreto ordenamiento penal, razón por la cual no es difícil encontrar en otras partes del globo modelos prohibicionistas que prevén penas para el mero consumidor. No obstante, es evidente que con el castigo del llamado «ciclo de la droga» se pretende evitar, también en nuestro ordenamiento, que los individuos se acerquen al consumo de drogas[7].

Retomando la idea de inicio, lo cierto es que la redacción del artículo 368 del Código Penal otorga una gran amplitud al tipo, con el objetivo final de impedir, de forma más o menos directa, la difusión del uso de determinadas sustancias tóxicas[8]. De esta forma, el legislador penal aspira a castigar cualquier acercamiento a estos usos, ordenando la represión de todos los comportamientos que integran el llamado «ciclo de la droga» (esto es, desde el cultivo que necesitan algunas de ellas, hasta su fabricación o transformación para el consumo e, incluso, la posesión de la misma para su entrega a terceros), pero también cualquier otra forma que «promueva», «favorezca» o «facilite» su consumo ilegal. Es evidente que casi cualquier comportamiento que se dirija a acercar la droga a los consumidores puede ser calificado como promoción, favorecimiento o facilitación del consumo[9], configurándose el artículo 368 CP, por tanto, como un tipo abierto. La Jurisprudencia, consciente de esa amplia extensión típica, indicó desde bien pronto toda una serie de supuestos en los que niega la tipicidad de los comportamientos, basándose en la inexistencia de un riesgo penalmente relevante para el bien jurídico protegido.

Así, por un lado, tendríamos aquellos comportamientos en los que, por inidoneidad del objeto material, no es posible poner en riesgo el bien jurídico[10]. Y, por otra parte, se encuentran otros dos

7 En todo caso, cuando el artículo 68 del Código Penal menciona el «consumo ilegal» está haciendo referencia a un consumo no autorizado. En este sentido, hay que estar a lo dispuesto en la Ley de Estupefacientes (Ley 17/1967, de 8 de abril, por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes y adaptándolas a lo establecido en el convenio de 1961 de las Naciones Unidas) y el Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, por el que se regulan las sustancias y preparados medicinales psicotrópicos, así como la fiscalización e inspección de su fabricación, distribución, prescripción y dispensación.

8 Art. 368 CP: «Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos (…)».

9 Así, STS 887/2021, de 11 de marzo.

10 Actualmente, los únicos casos que admite la Jurisprudencia mayoritaria son aquellos donde la cantidad

grupos de casos: en primer lugar, el de ciertas conductas donde –según jurisprudencia y doctrina– el fin perseguido no concuerda con el exigido por el tipo penal, esto es, el favorecimiento del consumo ilegal, sino con el de lograr la deshabituación u otro fin pietista, como es el de evitar el síndrome de abstinencia de una persona concreta: son las llamadas «entregas compasivas». En segundo lugar se encuentran otros casos, los interesantes para este trabajo, que parten de la premisa de que el consumo propio de las sustancias es penalmente atípico, y por tanto hay una serie de supuestos que no serían más que una suma de consumos individuales (esto es, varias personas ejecutando de forma simultánea comportamientos para procurarse su respectivo autoconsumo): son los llamados casos de «consumo compartido» (también llamados de «bolsa común»), donde se incluyen los supuestos de invitación en el momento de consumo).

Este segundo grupo de casos, más nutrido jurisprudencialmente, incluye aquellas situaciones donde se producen actos de provisión y consumo de drogas, penalmente atípicas, con la particularidad de que se producen en el seno de un grupo de sujetos y no por una única persona. Su fundamentación se basa en la lógica de que si el consumo (y las actividades destinadas a proveerlo) es penalmente atípico, debe serlo también el consumo compartido[11]. También se denominan supuestos de bolsa común o de servidor de la posesión, pues suele ser una persona la que realiza determinados actos (normalmente la adquisición de la droga) para el posterior reparto entre el grupo de consumidores[12].

Dentro de este grupo de casos también suelen considerarse los de «invitación socialmente adecuada» o de «invitación al consumo entre convivientes», en los que la persona no ha adquirido la droga como mandatario de otros, pero en el momento del consumo la ofrece a sus allegados presentes o a sus convivientes. Por cuestiones de adecuación social estas últimas también se reputarían como atípicas, a pesar de poder ser formalmente subsumidas en el artículo 368 CP[13].

---

está por debajo de la dosis mínima psicoactiva, por lo que debe tratarse de una cantidad considerablemente inferior a la de una sola dosis de consumo para declarar la atipicidad de la conducta.

11 Véase la STS 596/2015, de 5 de octubre: «En realidad la doctrina de la atipicidad del consumo compartido, desarrollada por el espíritu innovador de esta Sala hace dos décadas, viene a mitigar la desmesurada amplitud que alcanzaría el tipo penal en caso de no ser interpretado en función de las necesidades estrictas de tutela del bien jurídico protegido, la salud pública. Los comportamientos típicos deben ser los idóneos para perjudicar la salud pública porque promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes, objetivo o finalidad que debe estar presente en todas las acciones que se incluyen en el tipo, incluida la posesión, el cultivo e incluso la elaboración o el tráfico, pues ni el tráfico legal, en el ámbito farmacéutico por ejemplo, ni el cultivo con fines de investigación o consumo propio, constituyen conductas idóneas para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal por terceros, y en consecuencia no están abarcados por el amplio espectro de conductas que entran en el radio de acción del precepto».

12 Cfr. STS 1441/2000, 22 de septiembre: «2. La adquisición para un grupo de personas ya adictas en cantidades menores y para una ocasión determinada, o el hecho mismo de este consumo compartido en tales circunstancias: son modalidades de autoconsumo impune. 3. Los casos de convivencia entre varias personas ya drogadictas (cónyuges, amigos, padres o hijos) en que alguno de ellos proporciona droga a otro, produciéndose también un consumo compartido».

13 Así STS 715/1993, de 25 de marzo; o STS 72/1996, de 29 de enero. Se vuelve difícil encontrar Jurisprudencia reciente sobre este particular, siendo más común que se absuelva por cantidad insignificante de la que no hay prueba de la pureza (pudiendo considerarse que dadas las circunstancias–una sola dosis–

Como en el resto de los supuestos de atipicidad[14], también en los de consumo compartido la Jurisprudencia ha marcado una serie de requisitos para considerar si las conductas son o no típicas en el caso concreto. Así, el primero de ellos hace referencia a que (1) los sujetos deberán ser consumidores habituales o adictos de la sustancia en concreto; el segundo está relacionado con el lugar de consumo, pues éste debe (2) llevarse a cabo en lugar cerrado; el tercero vuelve a hacer referencia a los sujetos, indicando que (3) tiene que tratarse de un grupo reducido, con individuos identificables o determinados. (4) Con respecto a la cantidad, esta debe ser reducida, limitada al consumo diario, para su consumo inmediato y no al almacenaje; y, por último, (5) no debe existir precio o contraprestación[15].

No sin razón, estos requisitos jurisprudenciales no han estado exentos de críticas. En relación al primero de ellos, la consideración de que los consumidores deban ser habituales o adictos, la doctrina se ha mostrado muy crítica: el autoconsumo es penalmente atípico para todos, incluso para quien no ha probado aun la sustancia, y ello a pesar de que el fin del tipo del artículo 368 CP pueda ser evitar la expansión del consumo: este es atípico, aunque sea el del no iniciado. Sin duda, que los sujetos sean consumidores esporádicos, habituales o grandes consumidores puede servir a efectos de determinar la cantidad que necesitarán para satisfacerse; pero nada más allá de eso.

Con respecto a la determinación del lugar donde se produce el consumo, tampoco se entiende por qué éste debe desarrollarse en lugar cerrado: el consumo en público puede dar lugar a la sanción administrativa del consumidor, pero el comportamiento deberá continuar reputándose como penalmente atípico. De este modo, no puede entenderse que, a estos efectos, si el consumo es plural, este deba tener lugar alejado de la mirada de terceros[16].

Parecidas consideraciones deben hacerse respecto de la tenencia en cantidades «que rebasen la droga necesaria para el consumo inmediato». Si para el consumidor individual cabe la posibilidad

---

sin prueba de la pureza, la conducta puede quedar por debajo de la dosis mínima psicoactiva. Así STS 165/2006, de 22 de febrero.

14 Véase en este sentido: Pastrana Sánchez, M. A., «El control penal de las drogas», Tirant lo Blanch, 2024, pp. 146 y ss.

15 Véase en este sentido las SSTS 816/2021, de 27 de octubre; STS 87/2019, de 19 de febrero; STS 360/2015, de 10 de junio; 484/2013, de 7 de septiembre: «1o) Los concernidos deben ser consumidores habituales de la sustancia prohibida o adictos que se agrupen para consumirla. Limitación que pretende evitar supuestos de favorecimiento del consumo ilegal por terceros, que es precisamente la conducta que sanciona expresamente el tipo, salvo los que ya fuesen consumidores habituales de la sustancia en cuestión. 2o) El consumo de la sustancia debe llevarse a cabo «en lugar cerrado». La finalidad de esta exigencia es evitar la promoción pública del consumo y la difusión de la sustancia a quienes no forman parte de los inicialmente agrupados. 3o) Deberá circunscribirse el acto a un grupo reducido de adictos o drogodependientes y ser éstos identificables y determinados. 4o) No se incluyen en estos supuestos las cantidades que rebasen la droga necesaria para el consumo inmediato. En consecuencia, solo se aplica a cantidades reducidas, limitadas al consumo diario».

16 Cfr. Dopico Gómez-Aller, J., ***Transmisiones atípicas de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad***, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 79: «Hoy no existe hipótesis razonable bajo la cual el rasgo 'dar mal ejemplo' sea lo que distinga la conducta atípica de la conducta castigada con una pena que puede alcanzar los nueve años de prisión. Si 'dar mal ejemplo' no es un elemento de la conducta típica, no puede tomarse como elemento objetivo para distinguir la conducta atípica de la típica».

de establecer una cantidad superior a una dosis, para los llamados «días de acopio», ello también debe ser posible en el caso de varios consumidores. La Jurisprudencia suele tener en cuenta las circunstancias del caso, relajando el requisito de la cantidad si de las circunstancias del caso enjuiciado se desprende que la misma iba a ser consumida por varios individuos en un determinado tiempo[17].

III. El caso Ebers

Es en el anterior marco jurisprudencial sobre consumo compartido donde surge la idea de crear asociaciones en las que los consumidores puedan, de común acuerdo, plantar cannabis para su posterior consumo[18], aportando unas cuotas para la producción que luego, una vez recogida la cose-

17 Véase así la STS 382/2022 de 20 de abril, donde la acusada fue descubierta con 2,66 gramos de MDMA y de 20,3 grs. de hachís, en las inmediaciones de acceso a un festival de música. El Tribunal absuelve a la acusada con base en que dadas las circunstancias del caso era posible considerar el relato fáctico de la acusada, siendo el comportamiento, por tanto, atípico: «es también razonable la argumentación desarrollada en el recurso, sobre la detención en la puerta del festival, sin dinero que evidenciara actos de venta, sin compartimentar la sustancia, que permitiría conjeturar sobre la disposición a su comercialización en dosis mínimas de consumo y la expresión de estancia con amigos (4) en un ambiente lúdico».
De destacar es también el caso de la STS 1152/2011, de 7 noviembre. En ella el acusado había sido condenado por facilitar el consumo ilegal, a tenor de los siguientes hechos: Un tercero, desconocido que pasaba en vehículo por la zona, le pidió que adquiriera unas dosis de rebujito (mezcla de heroína y cocaína), ofreciéndole a cambio, compartir las dosis con él. El sujeto del vehículo le explicó que tenía problemas con los vendedores, por lo que él no podía ir personalmente a comprarla. El sujeto fue detenido cuando estaba a punto de entregar las dosis compradas al hombre del vehículo. El TS absuelve argumentando que no se trata más que de un acto de (adquisición y) consumo compartido: «ambos sujetos intervinientes en la consecución de la droga son consumidores y no le falta razón, si bien entre ellos se establece una relación muy singular. Para obtener la droga ambas personas, el mandante del encargo y el mandatario, con el fin de satisfacer su adicción, uno contribuye con dinero y otro despliega la actividad dirigida a la obtención de la sustancia tóxica deseada, participando en un objetivo común. Ambos se conciertan para obtener la droga y la consiguen porque ambos son consumidores, y por ende su conducta es impune. De no entenderlo así, el que encomendó la gestión al acusado recurrente también debió ser imputado, juzgado y condenado, porque en última instancia facilitó el consumo a un drogadicto, entregándole parte de la droga comprada, es decir, como pago de la gestión le facilitó una porción de droga para que la consumiera (favorecimiento del consumo). Esta insólita interpretación del suceso nos permite concluir, que sin apartarse del tenor de los hechos probados, ambos obtuvieron la droga para consumirla, dada su condición de drogodependientes con mayor o menor adicción, y por tanto no merece ninguno de ellos la consideración de traficantes o facilitadores de la droga, cuando ambos, de acuerdo con sus medios, la obtuvieron para el propio consumo (autoconsumo), como lo indica la cantidad escasa o poco relevante de la misma».

18 Según Muñoz Sánchez (2015) la idea surge «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», y tiene como germen un informe jurídico del año 2000 «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 Criminología. El citado informe concluyó

cha, podrán retirar para su consumo. Así, de manera general, la plantación de cannabis (ilícita, pues no cuenta con autorización administrativa) se consideraría penalmente atípica, siempre que el fin sea el consumo propio. Y ello podría extenderse también a un grupo de consumidores constituidos en lo que se conoce como asociaciones cannábicas. De hecho, durante más de una década, algunos tribunales estimaron que, cuando los requisitos vistos anteriormente para el consumo compartido se observaran (algunos de manera relajada), estas actuaciones podían formar parte de los actos para obtención de las sustancias que recaen del lado de los consumidores (y, por tanto, serían atípicas).

No obstante, llegó un momento en el que estas asociaciones o clubes dejaron de ser vías rudimentarias para posibilitar el consumo compartido, convirtiéndose en entidades con miles de socios, en las que se plantaba cannabis de forma extensiva (casi industrial), y donde sus numerosos miembros podían retirar cantidades notables a cambio del pago de una cantidad. Los costes en energía eléctrica eran, en muchas ocasiones, tan elevados que las asociaciones «enganchaban» la luz a postes públicos, cometiendo delitos de defraudación de fluido eléctrico, con el fin de hacer frente a los altos costes que requiere un gran invernadero. En ocasiones fue precisamente ese disparado consumo de energía lo que hizo que las autoridades se personaran en el lugar. Este modo de actuar (obtención de energía para mantener la plantación mediante fraude) es común también en el caso de plantaciones de estupefacientes que nada tienen que ver con las denominadas asociaciones cannábicas[19].

Estas asociaciones estuvieron operativas y fueron creciendo desde finales de la década de 1990 hasta aproximadamente el año 2015[20], funcionando con regularidad, lo que les permitió incluso constar en de los registros autonómicos oficiales de asociaciones. Muchas de estas entidades afirmaban abiertamente en la documentación necesaria para el registro que su finalidad u objeto social era la promoción del consumo de cannabis mediante el cultivo y la distribución de esta sustancia

---

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». El informe puede consultarse aquí: http://www.boletincriminologico.uma.es/lista_boletines.php?edicion=2000 (Muñoz Sánchez, J., Soto Navarro, S., «Uso terapéutico del cannabis y creación de establecimientos para su adquisición y consumo: viabilidad legal», en ***Boletín Criminológico,*** núm. 1/2000, 45). En cualquier caso, ese informe pudo servir de base para las actuaciones a partir del nuevo siglo, pero asociaciones de este tipo ya habían sido estudiadas por la jurisprudencia a finales de la década de 1990.

19 Cfr. https://elpais.com/economia/2023-04-24/los-cultivos-ilegales-de-marihuana-multiplican-los-casos-de-fraude-electrico-y-golpean-a-las-distribuidoras.html#?rel=mas; https://www.publico.es/sociedad/audiencia-sevilla-absuelve-directivos-asociacion-cannabis-intervino-10-kilos-marihuana.html; https://www.lavanguardia.com/local/vilafranca/20180725/451102185741/detienen-cinco-responsables-asociacion-cannabica-trafico-de-drogas.html; https://www.europasur.es/campo-de-gibraltar/plantaciones-ilegales-marihuana-electricidad_0_1781222269.html; https://elpais.com/espana/catalunya/2023-02-23/las-plantaciones-de-marihuana-causaron-el-ano-pasado-casi-la-mitad-del-fraude-electrico-en-cataluna.html; https://cadenaser.com/castillalamancha/2022/12/12/la-guardia-civil-detiene-a-dos-personas-por-cultivo-de-marihuana-indoor-y-por-defraudacion-de-fluido-electrico-radio-albacete/. En la Jurisprudencia, sobre asociación cannábica y defraudación de fluido eléctrico, por ejemplo, STS 695/2022, de 8 de julio.

20 Según Silva Forné, hasta 2015, en España llegaron a existir más de mil clubes con un total cerca de 150.000 usuarios. Silva Forné, D., ***Regulación de la marihuana. Drogas y Estado de Derecho. El modelo regulatorio de Uruguay. La situación en España,*** Dykinson, Madrid, 2018, p. 496.

entre sus socios, lo que podía causar un conflicto, pues el Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones recoge en su artículo 30 el deber del órgano competente de dar traslado al Ministerio Fiscal cuando se encuentren indicios racionales de ilicitud penal. Ello provocó que la Fiscalía General del Estado emitiera la ***Instrucción 2/2013, sobre algunas cuestiones relativas a asociaciones promotoras del consumo de cannabis***, en la que se afirmaba: «Dichas actividades de cultivo de la sustancia estupefaciente podrán tener relevancia penal cuando estén pre-ordenadas a su distribución entre terceras personas, incluyendo en este concepto la difusión entre los integrantes de la asociación investigada» y que «en todo caso, el cultivo de cannabis, así como la posesión de esta planta o de sus derivados, aunque sean para uso privado, constituyen actividades ilícitas, salvo que se cuente con las correspondientes autorizaciones administrativas. En su virtud, cuando los Sres. Fiscales no aprecien relevancia penal en el ámbito de sus propias diligencias o en el de las realizadas por los órganos jurisdiccionales respecto de dichas actividades, deberán acordar o, en su caso, instar la deducción de testimonio para su remisión a la correspondiente Subdelegación del Gobierno a los efectos procedentes en el ámbito administrativo».

De forma paralela, las Comunidades Autónomas comenzaron a trabajar en textos legales que regularan el funcionamiento de estas asociaciones. La primera en ver la luz fue la ***Ley Foral 24/2014, de 2 de diciembre, reguladora de los colectivos de usuarios de cannabis*** en Navarra. Ello fue contestado por el ejecutivo, que interpuso el recurso de inconstitucionalidad n.º 1534-2015, que culminaría en la STC 144/2017, de 14 de diciembre. No sería la única región que tratara de regular estas actividades: posteriormente se aprobaría ***Ley 1/2016 del Parlamento Vasco, de 7 de abril, de Atención Integral de Adicciones y Drogodependencias***[21], que desembocaría en la STC 29/2018, de 8 de marzo; y la ***Ley 13/2017, de 6 de julio, de las asociaciones de consumidores de cannabis***, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, que daría lugar a la STC 100/2018, de 19 de septiembre. Las tres sentencias del máximo intérprete de la Constitución declararían la inconstitucionalidad de los textos completos de Navarra y Cataluña y del artículo 68 de la norma vasca, por cuestiones relacionadas con las competencias exclusivas del Estado.

La Jurisprudencia hasta 2015 había ido resolviendo los asuntos sobre asociaciones cannábicas en tres sentidos distintos, que consistían a grandes rasgos en: 1) negar la posibilidad de considerar estas actuaciones dentro del consumo compartido, pues el riesgo de difusión que estas suponían era típico[22]; 2) entender que estas actuaciones estarían amparadas por la doctrina del consumo compar-

21 Distinta a la anterior, pues el centro de la misma no era la regulación de estas asociaciones, sino en general el tratamiento de las adicciones. Aun así, el art. 68 original trataba de las «entidades de personas consumidoras de cannabis».

22 Véase así la STS 1377/1997, de 17 de noviembre. Diez Ripollés y Muñoz Sánchez consideran atípicas, generalmente, las actuaciones de las asociaciones cannábicas, en tanto no las consideran comportamientos que encajen en el favorecimiento del «consumo ilegal» que menciona el tipo del 368 CP, en tanto que se trataría de «una difusión limitada de la droga, destinada a un círculo de consumidores acotado, y asegurando unas pautas de consumo responsable. Tales prácticas difícilmente pueden considerarse creadoras de un riesgo relevante para la salud pública». Ello siempre y cuando en la asociación o círculo de consumidores se den los requisitos estimados para ello, esto es, a) que los usuarios sean consumidores estables no abusivos; b) una estructura asociativa de autoorganización; c) una organización que permita permanecer alejado del mercado ilegal de la droga; d) el control por la asociación de la difusión y el consumo. Como se verá a continuación, se trata de cuestiones que resultan indiferentes a la Jurisprudencia a la hora de asumir como típicas las actividades de estas asociaciones. Díez Ripollés, J. L., Muñoz Sánchez, J., «Licitud de la

tido y serían, por tanto, atípicas[23]; y 3) la posición –intermedia–, que consideraba que dichas conductas eran típicas pero sus autores actuaban con error de prohibición -ya fuera vencible o invencible-.

Dado el panorama judicial anterior, el crecimiento exponencial de los clubes en el territorio, y la promulgación de leyes autonómicas que venían a regular el funcionamiento de estas asociaciones, el TS decidió emitir una resolución de Pleno a propósito de la STS 484/2015, de 7 de septiembre, que juzgó los hechos cometidos por los responsables de la ***Asociación de Estudios y Usuarios del Cáñamo EBERS***, constituida en el año 2010 y registrada en el Registro General de Asociaciones del País Vasco. Previamente la AP de Bizkaia había absuelto a los acusados, por entender que su comportamiento era atípico, en tanto que «cultivo compartido». Siguiendo sus estatutos, los socios firmaban un «contrato de provisión de consumo»–donde especificaban que eran consumidores y hacían una estimación de cuánto podían llegar a consumir en períodos de tiempo de seis meses– y un «acuerdo de cultivo colectivo». De este modo, EBERS puso en funcionamiento un sistema de cultivo para satisfacer las necesidades expresadas de sus socios, contando con un jardinero para el mantenimiento de las plantas, y preparando posteriormente la sustancia para el consumo, que se envasaba y era entregada a los socios según la previsión del consumo presentada (con un límite de dos gramos diarios, al precio de dos euros/gramo). La Asociación contaba con un reglamento de régimen interno que los socios se comprometían a cumplir (bajo sanción de expulsión), en el que, entre otras normas, se prohibía exhibir en la calle lo adquirido en la asociación, salir del local fumando cannabis, traficar con la sustancia adquirida (a cambio de precio o gratuitamente) o que terceros desconocidos esperaran a los socios en los alrededores del local. En el momento de la intervención policial, la asociación contaba con 290 miembros.

En el momento de su enjuiciamiento, los hechos probados declararon: «No ha quedado acreditado que la asociación tuviera como finalidad, y esa fuera su actividad real, pura y simplemente, la distribución a terceras personas de marihuana o cannabis en cualquiera de sus formas, ni la participación de ninguno de los acusados en dicha actividad. No ha quedado acreditado ningún caso en el que la droga se hubiere entregado, por ninguno de los acusados, a ninguna persona que no tuviera la condición de socio. No ha quedado acreditado que las cantidades obtenidas por las cuotas de inscripción o al adquirirse las cantidades de droga por los socios tuvieran otro destino que el de sufragar la mencionada actividad de abastecimiento por parte de la asociación, en particular no ha sido demostrado ningún enriquecimiento ilícito por parte de ninguno de los acusados en su participación diversa en las actividades de la asociación, ni tampoco por parte de la asociación. No ha quedado acreditado que en ningún caso se hubiera entregado a un socio una cantidad mayor de marihuana que la que le correspondiera en virtud del contrato de previsión de consumo mencionado. Tampoco ha quedado acreditado que ninguno de los acusados tuviera la intención de que la droga fuera difundida entre quienes no fueran socios ni que consintieran o aceptaran la entrega de droga por parte de ningún socio a terceros a título oneroso o gratuito».

Al respecto, el Tribunal Supremo recuerda que el artículo 368 CP «no sanciona el consumo, pero si toda actividad que lo promueve» y que el cultivo es, además, una de las conductas típicas especialmente mencionadas en el tipo. También reconoce que «todas las actuaciones personales que

autoorganización para el consumo de drogas», en ***Jueces para la Democracia***, núm. 75 (2012), pp. 49-77, p. 60 y pp. 69 y ss.

23 Esta interpretación fue muy frecuente en las Audiencias Provinciales. Véanse como ejemplo: SAP Vizcaya 42/2014, de 16 de junio; o SAP Barcelona 86/2015, de 10 de marzo.

van destinadas al propio consumo (ilegal, pero no penalmente prohibido) son atípicas en nuestro ordenamiento, aunque supongan facilitar o promover un consumo ilegal (la adquisición, la solicitud, incluso la producción…), también el cultivo es atípico cuando no se detecte alteridad presupuesto de la intervención penal: facilitar o favorecer el consumo de otros». Y es precisamente esa alteridad la que concurre, según el Tribunal, en el caso concreto de las asociaciones cannábicas (o al menos en aquellas con características similares a las del caso). Así, en su fundamento jurídico sexto afirma que no puede aplicarse la doctrina del consumo compartido a «iniciativas asociativas como la ahora analizada», porque la Sala de instancia la ha «estirado hasta llegar a romper sus costuras». Y ello porque el riesgo de difusión de la sustancia y la incapacidad de controlarlo es patente en la situación creada por los responsables de la misma. Así, insiste el Tribunal en que el salto entre una situación de consumo compartido entre conocidos–supuesto clásico de bolsa común– y estas asociaciones no es únicamente cuantitativo sino cualitativo: se trata de una estructura «metódica, institucionalizada, con vocación de permanencia y abierta a la integración sucesiva y escalonada de un número elevado de persona «que no puede asimilarse a una «reunión entre amigos»[24]. Se trataría, por tanto, de una

24 Cfr. FJ 10ª, STS Pleno 484/2015, de 7 de septiembre: La magnitud de las cantidades manejadas, el riesgo real y patente de difusión del consumo, la imposibilidad de constatar con plena certidumbre la condición de consumidores o usuarios de la sustancia, así como de controlar el destino que pudieran dar al cannabis sus receptores desbordan no solo los términos más literales en que se desarrolla esa doctrina (que no es lo fundamental como recuerda la sentencia de instancia atinadamente), sino sobre todo su filosofía inspiradora. No se trata de imputar a los responsables de la Asociación el mal uso por parte de algunos socios o el incumplimiento de sus compromisos; es que precisamente esa incapacidad de controlar inherente a la estructura creada comporta el riesgo de difusión que quiere combatir el legislador penal. Por supuesto que a los directivos de la Asociación no se les puede atribuir responsabilidad por el hecho de que un socio haya hecho entrega a persona no consumidora de parte de la sustancia; o si la vende traicionando sus obligaciones asociativas. Pero sí son responsables de crear la fuente de esos riesgos incontrolables y reales cuando se manejan esas cantidades de sustancia que se distribuyen a doscientas noventa personas cuyas actitudes o motivaciones no pueden fiscalizarse. (…) Hay un salto cualitativo y no meramente cuantitativo, como pretende el Tribunal a quo, entre el consumo compartido entre amigos o conocidos, -uno se encarga de conseguir la droga con la aportación de todos para consumirla de manera inmediata juntos, sin ostentación ni publicidad-; y la organización de una estructura metódica, institucionalizada, con vocación de permanencia y abierta a la integración sucesiva y escalonada de un número elevado de personas. Esto segundo -se capta intuitivamente- es muy diferente. Aquello es asimilable al consumo personal. Esta segunda fórmula, en absoluto. Se aproxima más a una cooperativa que a una reunión de amigos que comparte una afición perjudicial para la salud, pero tolerada. Estamos ante una actividad nada espontánea, sino preconcebida y diseñada para ponerse al servicio de un grupo que no puede considerarse «reducido» y que permanece abierto a nuevas y sucesivas incorporaciones. (…) Uno de los requisitos exigidos para considerar la atipicidad del consumo compartido, es la exclusión de actividades de almacenamiento masivo, germen, entre otros, de ese «peligro» que quiere desterrar el legislador. (…) La filosofía que late tras la doctrina jurisprudencial que sostiene la atipicidad del consumo compartido de sustancias estupefacientes también puede alcanzar, en otro orden de cosas, a la decisión compartida de cultivo de la conocida como marihuana para suministro en exclusiva a ese grupo de consumidores en condiciones congruentes con sus principios rectores que hacen asimilable esa actividad no estrictamente individual al cultivo para el autoconsumo. Se distancia así esa conducta tolerable penalmente de una punible producción por estar puesta al servicio del consumo de un número de personas indeterminado ab initio y abierta a incorporaciones sucesivas de manera más o menos indiscriminada y espaciada, mediante la captación de nuevos socios a los que solo se exige la manifestación de ser usuarios para hacerlos partícipes de ese

«acción más o menos oficializada o institucionalizada al servicio del consumo de terceros (aunque se la presente como modelo autogestionario)»[25].

Una vez declarado la situación como plenamente típica a efectos del artículo 368 CP, la Sentencia analiza lo relativo al error de hecho o de derecho en que podían haber incurrido los acusados en el caso[26], zanjando con ello el debate abierto sobre la posibilidad de considerar las situaciones en las que el sujeto cree estar ante un supuesto de atipicidad cuando en el plano fáctico no es así, como un caso de error de tipo[27]. Para el Tribunal Supremo se trata, sin duda, de un error de prohibición, pues dicho error versa sobre «el conocimiento equivocado sobre el ámbito y alcance de la prohibición»[28]: «No se trataría solo de la creencia de estar ante un consumo legal en contraste con un consumo ilegal, que es la base de la que parte el Fiscal para reconducir el debate al error de tipo. Es otro el enfoque: creer que la notoria prohibición legal de cultivar y distribuir sustancias estupefacientes no abarca en virtud de ciertas interpretaciones judiciales las actividades de esas asociaciones si

---

reparto para un consumo no necesariamente compartido, inmediato o simultáneo. (…) No se trata tanto de definir unos requisitos estrictos más o menos razonables, como de examinar cada supuesto concreto para indagar si estamos ante una acción más o menos oficializada o institucionalizada al servicio del consumo de terceros (aunque se la presente como modelo autogestionario), o más bien ante un supuesto de real cultivo o consumo compartido, más o menos informal pero sin pretensión alguna de convertirse en estructura estable abierta a terceros.

25 Dopico Gómez-Aller, al respecto de la fina línea que separa la doctrina del consumo compartido y la oferta de drogas tóxicas: «siguen siendo un acto colectivo del lado de los consumidores, pero que ya contemplan una 'vertiente social o comunitaria', 'un aspecto de lesividad supraindividual, un componente colectivo socialmente relevante'». Dopico Gómez-Aller, J., ***Transmisiones atípicas de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad***, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 18 y ss.

De la opinión contraria, y en concreto sobre el caso analizado, Muñoz Sánchez, J., «La relevancia penal de los clubes sociales de cannabis. Reflexiones sobre la política de cannabis y análisis jurisprudencial», en Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 17-22, 2015, pp. 47-48: «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. (…) 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».

26 FF JJ 4º y ss. de la segunda sentencia.

27 Al estimar que se trata de un error que recae sobre el elemento del tipo «consumo ilegal».

28 En contra de este punto de vista Muñoz Sánchez: «los acusados no ignoran el Derecho, sino que no tiene conciencia de estar realizando los elementos del tipo del artículo 368 del Código penal». Muñoz Sánchez, J., «La relevancia penal de los clubes sociales de cannabis. Reflexiones sobre la política de cannabis y análisis jurisprudencial», en ***Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología***, núm. 17-22 (2015), pp. 47-48.

se atienen a ciertos requisitos, es estar confundido no sobre un elemento fáctico configurador de la conducta típica; ni siquiera sobre una especie de excusa absolutoria o sobre los requisitos de una «anómala» eximente. Versa el conocimiento equivocado sobre el ámbito y alcance de la prohibición (…)».

En cualquier caso, el Tribunal consideró que un tal error podría, a lo sumo, considerarse vencible (en ningún caso invencible), pues el prohibicionismo en materia de drogas forma parte, según el órgano juzgador, del saber común. En este sentido, la posibilidad de error vencible se admite en el caso enjuiciado, pero se deja patente que ello es porque puede desprenderse del relato fáctico, no siendo aplicable directamente a cualquier caso similar, pues dependerá de las circunstancias concretas y siempre que los hechos sean anteriores a esta resolución. Admite, por tanto, que las circunstancias sociales vigentes hasta entonces permitían fundamentar la posibilidad del error en los responsables de estos clubes[29].

No obstante, posteriormente la STC 146/2017, de 14 de diciembre, declararía que esa sentencia del Tribunal Supremo había vulnerado los derechos de los demandantes a un proceso con todas las garantías y la defensa, por infracción concretamente de la garantía de audiencia personal en segunda instancia. La STS 91/2018, de 21 de diciembre, que sustituiría a la aquí estudiada, consideró que el error fue invencible para los sujetos acusados, que resultaron por tanto absueltos.

Las sentencias del Tribunal Supremo 534/2021, de 17 de junio; 722/2020, de 30 de diciembre; y 508/2021, de 10 de junio, reconocen asimismo la invencibilidad del error de los responsables de una asociación de esa naturaleza. No obstante, los hechos probados datan de fechas anteriores a la sentencia ahora analizada. Por su parte, consideró el error de prohibición de carácter vencible las SSTS 219/2022, de 9 de marzo[30]; 200/2022, de 3 de marzo[31]; y la STS 855/2021, de

29 «Era exigible mayor cautela y un mínimo esfuerzo sincero de indagación. Porque, y esto es determinante, lo que resulta patente como se explicó en la anterior sentencia es la contradicción con la legalidad de la actividad desplegada. La conciencia de que sopesaban y se representaron como posible la antijuricidad de su actividad queda evidenciada por la forma en que se redactan los Estatutos de la Asociación. Demuestran conocer mediante cita expresa de algunas sentencias (que, leídas, distan mucho de proporcionar marco legal a la actividad asociativa) los angostos márgenes de la doctrina del consumo compartido. (…) Se suele razonar que una duda, incluso tenue, sobre la licitud de la conducta es suficiente para integrar la primera vertiente. Es más, ese estándar se mitiga con criterios normativos: basta con ser conscientes de circunstancias que aconsejarían verificar la licitud de la conducta. Con esta matización se quiere evitar primar a quien por su actitud de indiferencia hacia el Derecho ni siquiera se plantea si su conducta es o no lícita (el sujeto no duda nada porque el derecho le resulta indiferente). Se estimará en consecuencia que estamos ante un error vencible de prohibición. Esta no es sin más doctrina generalizable. Es una cuestión de caso concreto, aunque existen unos parámetros sociológicos, políticos y judiciales que, al menos hasta esta sentencia, sí conforman un denominador común de asuntos similares. Pero ello no obsta a que en cada supuesto a la vista de las circunstancias personales y casuística específica se pueda llegar a una respuesta singularizada que no tiene por qué coincidir con la aquí acogida».

30 En la que cabe destacar que «dispusieron de una resolución dictada por la Agencia española de medicamentos y productos sanitarios que 'sin ambages estableció que no era posible conceder la autorización que se pedía para el cultivo del cannabis' por tratarse de un producto incluido en la lista IV de la CV de 1961».

31 También de hechos anteriores a la sentencia de pleno de 2015, cuestión que la misma sentencia tiene

10 de noviembre. Por su parte, considera no haber lugar a error –ni vencible ni invencible– la STS 695/2022, de 8 de julio, pues aun siendo los hechos anteriores a 2015, el Tribunal considera que de ningún punto de los hechos probados puede extraerse la existencia de un error y que los principales responsables de la asociación no eran legos en Derecho (uno abogado en ejercicio, del otro solo se afirma que tenía una gestoría)[32].

La admisión de la presencia del error de prohibición impedía a su vez la aplicación del delito de asociación ilícita o grupo criminal, pues estas conductas necesitan la constatación en el sujeto activo de la conciencia de que las acciones promovidas por la asociación o grupo son constitutivas de delito. De este modo, el error de prohibición apreciado en el caso del artículo 368 CP se tornaba error de tipo en el supuesto de los artículos 515-517 CP y 570 ter y 570 ***quater*** CP, pues estas dos figuras penales incorporaban un elemento normativo (***«delitos o faltas»***)[33]; error de tipo que, incluso aunque fuera vencible, no daría lugar a responsabilidad penal, dada la atipicidad de las asociaciones ilícitas o grupos criminales imprudentes[34]. Conforme a ello, el Tribunal Supremo desestimó la pretensión condenatoria del Ministerio Fiscal, que solicitaba la aplicación, en régimen de alternatividad, de estos delitos de organización[35].

La Doctrina emanada de esta Sentencia se considera ya consolidada[36]. A modo de resumen: para el Tribunal Supremo, la actividad de las asociaciones cannábicas crea riesgos típicos. La posibi-

en cuenta para considerar el error: «La ilegalidad no era notoria y evidente, sino que permitía albergar con cierto fundamente otras alternativas. Cualquier duda al respecto, lo admite el propio recurso, quedó disipada con la STS del Pleno 484/2015, de 7 de septiembre, tras la que, según ha acreditado documentalmente, LA MACA cesó su actividad».

32 En el caso de revisión de pronunciamientos de instancia absolutorios por aplicación de error invencible, ***vid.*** STS 508/2021, de 10 de junio, que mantiene la absolución; y, por contra, ***vid.*** STS 722/2020, de 30 de diciembre, que reenvía el caso al Tribunal de instancia para que dicte nueva sentencia («a fin de que dicte otra en la que se recojan en el hecho probado todas las apreciaciones fácticas sobre las circunstancias del hipotético desconocimiento de la ilicitud de la conducta por parte de los acusados (especificando expresamente si las considera probadas, o solo posibles o probables), extrayendo con libertad de criterio las conclusiones jurídicas procedentes, ratificando o variando el anterior pronunciamiento en los términos que considere oportuno»).

33 En la redacción en vigor al momento de comisión de los hechos, la justo anterior a la reforma penal del año 2015 que suprimiría las faltas.

34 Este mismo razonamiento puede observarse en la STS 597/2023, de 13 de julio.

35 En el mismo sentido, ***vid.*** la STS 695/2022, de 8 de julio. Por otra parte, y aunque no existe casuística en la materia, sería posible atribuir responsabilidad penal directamente a la asociación, vía artículo 31 bis CP. Segarra Monferrer y Núñez Miró intuyen que es posible que no existan pronunciamientos sobre responsabilidad de la persona jurídica debido a la ausencia de acusación particular en los procedimientos seguidos en la materia y por «la dificultad de abordar y ofrecer una respuesta contundente ante un ilícito «con una amplitud que ha sido justamente tildada de desmesurada e inmatizada». Cfr. Segarra Monferrer, J., Núñez Miró, A., «Los clubes cannábicos: eventual responsabilidad penal de la persona jurídica y de las personas físicas responsables o gestoras de su actividad», en ***Revista Aranzadi Doctrinal***, núm. 4 (2020).

36 Véase la STS 695/2022, de 8 de julio: «la STS, Pleno, 484/2015, de 7 de septiembre, la primera que en época reciente, tras la precedente STS 1377/1997, de 17 de noviembre, ha pronunciado este Tribunal respecto al cultivo a gran escala de cannabis destinado a abastecer a consumidores reunidos en asociaciones constituidas al efecto, y que proclamó la tipicidad de los comportamientos concretados en organizar un

lidad de apreciar error se reduce al error de prohibición pues afecta al ámbito y alcance de la prohibición. A lo sumo podrá apreciarse el error de tipo vencible, pues el prohibicionismo de las drogas se trata de un saber común. En cualquier caso, ese error deberá desprenderse de los hechos y no aplicarse de modo automático. La aplicabilidad de ese error desaparece –o se reduce considerablemente– cuando los hechos del caso daten de actividad posterior a la sentencia del año 2015 (caso asociación EBERS), pues la misma zanjó el «clima social», en parte provocado por alguna Jurisprudencia, que podía confundir sobre los límites de la prohibición.

IV. La reciente tendencia regulacionista y la *cannabis-gesetz* alemana

Las infracciones de la legislación sobre drogas detectadas han aumentado un 15% desde 2010. Con aproximadamente 609.000 delitos denunciados en 2022, el cannabis representó más de las tres cuartas partes de los delitos de uso o posesión (75 %), y la mitad de los delitos de suministro de drogas (56 %). El informe europeo del año 2023 muestra que más de la mitad de las incautaciones de droga en 2022 hacen referencia al cannabis, ya sea en resina, hierba o directamente plantas. Brandariz García remarca la existencia de una clara divergencia entre el número creciente de delitos relacionados con drogas ilegales y la tendencia a la baja en el número de condenados por estas conductas, lo que apuntaría a una disminución en las últimas décadas de la punitividad, pero no de la criminalidad[37].

Frente a esta realidad, algunos Estados Miembros han comenzado a desarrollar políticas de tolerancia hacia el consumo recreativo del cannabis. Para 2024 ya era legal el consumo de cannabis para su uso recreativo en 21 estados de los Estados Unidos[38], así como en Canadá, Uruguay, Países

sistema de cultivo, acopio, o adquisición de sustancias tóxicas con la finalidad de repartirla o entregarla a terceras personas, aunque a los adquirentes se les imponga el requisito de haberse incorporado previamente a una lista, a un club o a una asociación o grupo similar, y aun cuando no concurra ánimo de lucro. Doctrina que, aunque en su inicio no condensó el parecer unánime de todos los Magistrados integrantes de aquel Pleno, dada la finalidad unificadora que como fuente de certeza en la interpretación de las normas incumbe a la jurisprudencia, hoy se encuentra consolidada a través de un importante número de resoluciones que la sentencia recurrida evoca. Listado de resoluciones a las que hay que añadir, para incorporar las más recientes, las SSTS 87/2019, 19-2; 261/2019, de 24 de mayo; 521/2019, de 30 de octubre; 205/2020, de 21 de mayo; 378/2020 y 380/2020, ambas de 8 de julio; 564/2020, de 30 de octubre; 722/2020, 30 de diciembre; STS 508/2021, 10-6; o STS 534/2021, 17-6».

Así también STS 597/2023, de 13 de julio; STS 573/2023, de 10 de julio; o STS 497/2023, de 22 de junio; STS 511/2024, de 31 de mayo; STS 583/2024, de 12 de junio; STS 623/2024 de 19 de junio.

Para un análisis exhaustivo del viraje en torno al asociacionismo para el autobastecimiento de ***cannabis vid.*** Silva Forné, D., ***Regulación de la marihuana. Drogas y Estado de Derecho. El modelo regulatorio de Uruguay. La situación en España*****,** Dykinson, Madrid, 2018, pp. 367-500.

37 Brandariz, J. Á., «El lento declive del populismo penal en materia de drogas», en Abel Souto M., et al. (Coords.), ***Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado,*** Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

38 En Estados Unidos, durante octubre de 2022, el ahora expresidente Biden realizó dos importantes co-

Bajos, Luxemburgo, Alemania, Malta, Georgia, Suiza, Tailandia, Sudáfrica y Jamaica. Por otro lado, el consumo terapéutico (esto es, uso medicinal con mayores o menores restricciones) del cannabis está legalmente asistido en 37 estados de los Estados Unidos, y en otros países como Costa Rica, Puerto Rico, Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, México, Perú, Panamá, Paraguay, República Checa, Croacia, Dinamarca, Reino Unido, Irlanda, Alemania, Italia, Portugal, Sri Lanka, Tailandia, Nueva Zelanda y Australia. En España, el Ministerio de Sanidad ha iniciado el trámite para regularlo: el Anteproyecto de Ley estuvo en consulta pública hasta el pasado mes de agosto de 2024. Se prevé que el texto esté en vigor para el verano de 2025.

Por lo que respecta a Europa, en el verano de 2022 se reunieron representantes de Luxemburgo, Malta, Países Bajos y Alemania para poner en común las oportunidades y retos que representa la legalización del cannabis para uso recreativo. Alemania, por su parte, emprendió en el año 2022 los trámites necesarios para sacar adelante una propuesta de legalización del cannabis, que entró en vigor, por partes, en abril y julio de 2024. El informe de la Agencia Europea sobre las Drogas de 2024 ya ha puesto en sobre aviso de los cambios recientes de algunos Estados miembros sobre sus ***aproximaciones*** a esta droga (entre los que menciona a Alemania, Luxemburgo, Malta y próximamente la República Checa), así como una tendencia global que parece va a continuar.

De esta forma, Alemania ha apostado por un régimen de cultivo y distribución legal entre los propios consumidores, además de la posibilidad de comenzar proyectos estatales de distribución comercializada. El Ministro Federal de Salud ha insistido en que la reforma contribuirá a una mejor protección de los menores y la salud de los consumidores en general, además de frenar el mercado negro, sin olvidar el sostenimiento de las medidas prohibicionistas a nivel internacional. Así, se presentó a la Comisión Europea (siguiendo la Directiva de Transparencia RL [UE] 2015/1535) la propuesta de ley y un documento donde se ofrecía una interpretación del bloque internacional. La doctrina alemana se está encargando de buscar las alternativas que al respecto ofrece del marco legal europeo. De este modo, se ha producido una relectura del artículo 2 de la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, que incluye la cláusula contrariamente a Derecho, interpretándolo como que los Estados Miembros pueden acordar la legalización de ciertas sustancias dentro de su territorio, de manera que su tráfico –a través de los canales organizados y regulados estatalmente– dejaría de ser contrario a su Derecho interno[39].

municados, que iban en orden a cumplir sus promesas electorales: por un lado, la concesión del indulto para todos aquellos que estuvieran cumpliendo condena por el delito federal de posesión de marihuana (asimismo instaba a los gobernadores a hacer lo propio con los delitos estatales), y, por otro, y más interesante para nosotros, solicitaba al Fiscal General y al Secretario de Salud, que hicieran lo preciso para repensar el enfoque y la clasificación de la marihuana dentro de las sustancias fiscalizadas por la ***Controlled Substances Act.*** La reclasificación de la sustancia (necesario para poder utilizarla con fines médicos) aún no se ha producido (a marzo de 2025).

39 Khan, D.-E., Landwehr, O., «'Legalize It!?' – Opportunities and Challenges for the Regulation of Cannabis under European Law. Is legalization legal?», en ***EUCRIM***, núm. 1 (2023), pp. 89-99. Disponible en: https://doi.org/10.30709/eucrim-2023-004. Por otra parte, Van Kempen y Fedorova son conscientes de que, por mucho que se interprete de forma laxa la letra de la Decisión Marco, esta posible regulación sería de todo punto contraria a la estricta política antidrogas de Naciones Unidas. Para hacer frente a este escollo proponen una serie de medidas, que deberían ser tomadas de forma pactada por todos los Estados que se muestren a favor de la regularización del cannabis, sin necesidad de renunciar de forma íntegra al sistema de fiscalización de Naciones Unidas. Tales medidas consistirían, en esencia, en la denuncia de

La ***Cannabisgesetz*** (conocida por su acrónimo CanG) fue aprobada por el ***Bundestag*** el 23 de febrero de 2024, entrando en vigor la mayor parte del texto en abril de 2024 (el reglamento para el cultivo en asociaciones entró en vigor en julio de 2024 y las normas sobre el Registro Central Federal entrarán en vigor en enero de 2025). La nueva regulación alemana permite la posesión de hasta 25 gramos de cannabis a las personas mayores de 18 años y hasta 50 gramos y tres plantas vivas a los mayores de 21 (§ 3) pero se prohíbe el consumo frente a menores de edad, así como en determinados espacios públicos (§ 5: en las escuelas y en cualquier zona que quede a la vista desde éstas; en parques infantiles y a la vista de éstos; en centros infantiles y juveniles y a la vista de ellos; en instalaciones deportivas de acceso público y dentro de su visibilidad, en cualquier zona peatonal entre las 7 y las 20 horas; y dentro de las asociaciones de cultivo y a la vista de éstas). Las personas consumidoras están obligadas ***a tomar medidas y precauciones de seguridad*** para impedir que terceros, y en especial los menores de edad, tengan acceso a la droga (§ 10). Por su parte, las asociaciones cannábicas tienen prohibido realizar cualquier actividad de patrocinio o publicidad y deben solicitar autorización estatal para realizar su actividad. Esta autorización se concederá siempre que la asociación demuestre tener capacidad de proteger el cannabis y el cultivo del acceso de terceros, y de ser fiables en su manejo (§ 11). Además, aquellos que soliciten la autorización no pueden haber cometido ciertos delitos en el período de los últimos cinco años, entre los que se incluyen los de tráfico de drogas (§ 12). El número de personas que pueden componer una asociación cannábica no podrá ser superior a 500 y los socios deberán tener residencia habitual en Alemania (§ 12). Con respecto al cannabis que se produzca en las asociaciones de cultivo, deberán tomarse muestras de forma periódica del producto, para analizarlas y comprobar que se cumplen las especificaciones debidas (§ 18). Para los socios entre 18 y 21 años, los clubes solo podrán ceder entre 25 y 30 gramos de cannabis al mes. La cantidad aumenta hasta los 50 gramos por mes para el caso de los mayores de 21 años de edad. Además, el THC no podrá ser superior al 10% en el caso de los más jóvenes (§ 19), ni podrá estar mezclado con otros productos como comestibles, nicotina u otro tipo de aditivos. El ***cannabis*** deberá entregarse acompañado de una hoja informativa, con las especificaciones de lo entregado, así como una advertencia del posible daño neurológico en menores de 25 (§ 21). El funcionamiento económico de la asociación dependerá del modelo escogido por los socios: si son asociaciones se determinarán por cuotas de membresía; si son cooperativas por aportes para el cumplimiento del objetivo (§ 24).

La misma norma establece que se realizará su evaluación por terceros, que culminará con un informe completo en abril de 2028. Como subinformes, para 2026 se entregará uno provisional sobre el impacto de la norma en el crimen organizado relacionado con el cannabis y para octubre de 2025 será redactado un informe sobre el impacto de la prohibición en niños y jóvenes (§ 43).

Por el momento, el debate en nuestro país no acaba de arrancar. Tan solo el ***Grupo Parlamentario Plurinacional SUMAR*** cuestionó al Gobierno al respecto de su posición sobre el ***cannabis***,

las Convenciones de Naciones Unidas sobre las drogas, basándose en las obligaciones derivadas del respeto a los Derechos Humanos que atañen a los Estados, a la vez que se crean acuerdos entre los países afines para una regulación en la materia, y posteriormente, pedir la entrada de nuevo en el sistema de Convenciones de Naciones Unidas, pero haciendo valer las reservas que resulten precisas para permitir la regulación del cannabis recreativo. ***Vid.*** Van Kempen, P. H., Fedorova, M., «Regulation Through the «Without Right» Clause in Article 2(1) of EU Framework Decision 2004/757/JHA on Illicit Drug Trafficking», en ***European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice,*** 31 (2023), pp. 73–101. Disponible en: https://brill.com/view/journals/eccl/31/1/articlep73_004.xml?ebody=abstract%2Fexcerpt

dirigiendo a la Mesa del Congreso una pregunta parlamentaria escrita en marzo de 2024. El contexto de dicha pregunta se encuentra en las reclamaciones de los ***Mossos d'Esquadra*** al respecto de endurecer la respuesta penal contra el tráfico de ***cannabis*** y la comentada legalización de la sustancia en Alemania. Lamentablemente la respuesta del Gobierno ha sido esquiva, limitándose a recordar la obligación internacional de su persecución y la existencia de un «***Plan Nacional de Actuación contra la Criminalidad asociada a la producción y tráfico de marihuana***» para la reducción de su oferta mediante la persecución policial.

En fin, mientras que en el año 2015, el Tribunal Supremo afirmaba en esa sentencia del caso EBERS sobre el panorama de legalización existente que: «A nivel europeo es digna de mención alguna reciente iniciativa en Alemania destinada a regular el consumo de Marihuana mediante una Ley específica (aunque el grupo que la promueve y el marco normativo europeo imperante hacen presagiar fundadamente que no llegará a puerto)», esa iniciativa, sin embargo, es ahora una realidad[40].

V. Propuestas y conclusiones

Hubiera resultado especialmente útil que el Tribunal Supremo hubiera emitido (y aún a día de hoy podría hacerlo, aprovechando la resolución de algunos casos que continúan llegando) una nueva sentencia de pleno, en la que explicitara los requisitos en los que el consumo compartido sí podría amparar a estas asociaciones, como ya se ensayara en el voto particular del magistrado Conde Pumpido (con la adhesión además de varios de los magistrados) en la sentencia del caso EBERS (STS 484/2015, de 7 de septiembre). El magistrado propuso una serie de requisitos que hicieran compatibles estas asociaciones con la doctrina del consumo compartido. Así, por una parte, mencionaba que todos los socios debieran ser previamente consumidores habituales (1); habría también un período de carencia entre la inscripción y la entrega de sustancias (2); que el consumo se llevara a cabo en lugar cerrado, exigiendo que debe ser en el interior de la propia asociación (3)[41]; así como que las agrupaciones no podrían suministrar cantidades mayores a la dosis necesaria para el consumo inmediato y nunca más del consumo diario máximo (4). El último requisito es que estas asociaciones deberían moverse en grupos muy reducidos donde los sujetos fueran plenamente identificables, sin superar la treintena (5).

Los requisitos anteriores suponen que las posibilidades de difusión indiscriminadas son realmente mínimas (o al menos parejas a las que existen cuando cualquier consumidor se hace con una dosis en el mercado ilegal)[42]. En cualquier caso, aunque los criterios anteriormente expuestos puede que

40 Amenazada, eso sí, en el proceso electoral alemán de 2025, dado que la oposición a la actual coalición semáforo lleva en su programa la derogación de la CannG. Cfr. https://www.stern.de/news/umfrage-zu-cannabisgesetz--mehr-als-die-haelfte-gegen-aufhebung-von-teillegalisierung-35535488.html https://www.hessenschau.de/politik/cannabis-gesetz-schon-wieder-vor-dem-aus-das-sagen-rechtsexperten-v1,cannabis-gesetz-auf-pruefstand-100.html Consultado: 23.03.2025.

41 En este punto se encuentran diferencias con el nuevo texto alemán, pues el cannabis no puede consumirse ni dentro ni en las inmediaciones de las asociaciones de cultivo.

42 Sin embargo, no le falta razón a Fernández Bautista cuando indica que, en cualquier caso, no debería ser la Jurisprudencia la que plantee un cambio de paradigma, cuando es algo que le corresponde al legislador. Fernández Bautista, S., ***Los clubes sociales del cannabis. Antijuricidad e imputación personal,*** Tirant lo

no sean los más correctos desde la vertiente de la atipicidad[43], léanse como una doctrina jurisprudencial tan válida como el resto de las construcciones para la atipicidad de los supuestos del artículo 368 CP, esto es, unas construcciones provisionales hasta que el panorama internacional y el debate de política-criminal interno que necesitamos se lleve a cabo.

VI. Bibliografía

Acale Sánchez, M., *Salud pública y drogas tóxicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Beck, H., Prinz, A., «Die Legalisierung von Cannabis in Deutschland», en Wirtschaftsdienst, 2024, 104(2), 128-135. Disponible en: https://sciendo.com/es/article/10.2478/wd-2024-0037

Díez Ripollés, J. L., Muñoz Sánchez, J., «Licitud de la autoorganización para el consumo de drogas», en Jueces para la Democracia, núm. 75 (2012), pp. 49-77.

Dopico Gómez-Aller, J., *Transmisiones atípicas de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Fernández-Artamendi, S., «El cannabis cada vez es más potente: ¿qué consecuencias tiene en la salud de los jóvenes?», en ***The Conversation***, 2024. Disponible en: https://theconversation.com/el-cannabis-cada-vez-es-mas-potente-que-consecuencias-tiene-en-la-salud-de-los-jovenes-227234

Fernández Bautista, S., Los clubes sociales del cannabis. Antijuricidad e imputación personal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Ganesh, S. S., Gould, E. E., Conner, B. T., Huh, J., Caesar, R. C., Bluthental, R. N., ««Smoking weed it gets you over the hump»: Cannabis co-use as a facilitator of decreased opioid use among people who inject drugs in Los Angeles, California», en ***Drug and Alcohol Dependence Reports***, vol. 12, 2024. Disponible en: https://doi.org/10.1016/j.dadr.2024.100257

García Albero, R., «De los delitos contra la salud pública» en G. Quintero Olivares, (dir.), Comentarios al Código Penal Español. Tomo II, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016.

Khan, D.-E., Landwehr, O., «'Legalize It!?' – Opportunities and Challenges for the Regulation of Cannabis under European Law. Is legalization legal?», en EUCRIM, núm. 1 (2023), pp. 89-99. Disponible en: https://doi.org/10.30709/eucrim-2023-004

Blanch, Valencia, 2021.

43 *Vid.* además de lo expuesto en páginas previas, las críticas al respecto de los requisitos jurisprudenciales para las llamadas causas de atipicidad en Pastrana Sánchez, M. A., ***El control penal de las drogas***, Tirant lo Blanch, 2024.

Manthey, J., Rehm, J., Verthein, U., «Germany's cannabis act: a catalyst for European drug policy reform?», en The Lancet Regional Health- Europe, 42, 2024. Disponible en: https://www.thelancet.com/journals/lanepe/article/PIIS2666-7762(24)00096-6/fulltext

Muñoz Conde, F., Derecho penal. Parte especial, 23ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Muñoz Sánchez, J., «La relevancia penal de los clubes sociales de cannabis. Reflexiones sobre la política de cannabis y análisis jurisprudencial», en ***Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología***, núm. 17-22 (2015).

Muñoz Sánchez, J., Soto Navarro, S., «Uso terapéutico del cannabis y creación de establecimientos para su adquisición y consumo: viabilidad legal», en ***Boletín Criminológico***, núm. 1/2000, 45.

Núñez Paz, M. A., Guillén López, G., «Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código Penal», en Revista Penal, núm. 22, (2008), pp. 80-108.

Sabia, J. J., Dave, D. M., Alotaibi, F., Rees, D. I., Is Recreational Marijuana a Gateway to Harder Drug Use and Crime?, en NBER Working Paper, n. 29038, julio 2021.

Segarra Monferrer, J., Núñez Miró, A., «Los clubes cannábicos: eventual responsabilidad penal de la persona jurídica y de las personas físicas responsables o gestoras de su actividad», en ***Revista Aranzadi Doctrinal***, núm. 4 (2020).

Silva Forné, D., *Regulación de la marihuana. Drogas y Estado de Derecho. El modelo regulatorio de Uruguay*. La situación en España, Dykinson, Madrid, 2018.

Van Kempen, P. H., Fedorova, M., «Regulation Through the «Without Right» Clause in Article 2(1) of EU Framework Decision 2004/757/JHA on Illicit Drug Trafficking», en Eu***ropean Journal of Crime***, Criminal Law and Criminal Justice, 31 (2023), pp. 73–101. Disponible en: https://brill.com/view/journals/eccl/31/1/article-p73_004.xml