

# **El error de prohibición en asociaciones cannábicas (comentario a las SSTS 484/15, de 7 de septiembre, y 563/16, de 27 de junio)**

**~Antonio Bueso Alberdi~**

Abogado en ejercicio. Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Teruel. Socio FICP.

## **I.- INTRODUCCIÓN. MARCO LEGAL Y DOCTRINAL DEL ERROR DE PROHIBICIÓN**

El Código Penal distingue entre error de tipo o llamado “*error sobre el hecho*”, y error de prohibición o llamado “*error de derecho*”. En el artículo 14 de nuestro Código Penal se contiene una regulación diferenciada de las distintas clases de error que pueden tener relevancia en la determinación de la responsabilidad del autor del delito. El problema interpretativo que hay que resolver es determinar que grupos de casos hay que tratar conforme al error a que aluden el párrafo 1º y 2º del citado artículo 14 del Código Penal (el denominado *error de tipo*), y cuáles conforme al párrafo 3º del mismo precepto (el llamado *error de prohibición*).

El artículo 14 del Código Penal dispone:

*“1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.*

*2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.*

*3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”.*

Nuestro Tribunal Supremo viene señalando<sup>1</sup> que hay error de tipo cuando el sujeto realiza los elementos objetivos del tipo sin conocimiento y voluntad, es decir, sin saber lo que realiza (acostumbra a situarse en la antijuridicidad o tipicidad); y por el contrario, hay

---

<sup>1</sup> STS 755/2003, de 28 de mayo.

error de prohibición cuando el sujeto realiza una conducta típica y antijurídica, sin saber que es antijurídica, el sujeto cree que actúa lícitamente (afecta a la culpabilidad)<sup>2</sup>

Dicho cuanto antecede, vamos a centrarnos en lo que es objeto de esta ponencia, que es el error de prohibición. Este surge tal y como señalábamos con anterioridad, ante el desconocimiento de que la acción acometida está prohibida por el ordenamiento. Se sitúa en la imputación personal del autor.

El error de prohibición no excluye el dolo, a diferencia del error de tipo, sino que afecta a la culpabilidad del sujeto a través de la distorsionada –por el error que sufre– conciencia de la antijuridicidad que éste se ha formado. El Código Penal, en el art. 14.3º, acoge los efectos descritos. Así excluye la culpabilidad si el error de prohibición es invencible o disminuye la pena en uno o dos grados si el error es vencible. Esta disminución se aplica tanto a los delitos dolosos como a los delitos imprudentes, en los que se puede ver atenuada igualmente la culpabilidad, así p.ej. una persona provoca un accidente por realizar una maniobra gravemente antirreglamentaria en el tráfico viario, pero creyendo que era una maniobra correcta por haber estado largo tiempo en el extranjero y no conocer las recientes modificaciones normativas sobre circulación.

Como hemos visto, el error de prohibición no afecta al injusto típico, sino que disminuye o excluye la culpabilidad. Por eso el criterio de evitabilidad o inevitabilidad del error es puramente subjetivo-individual: un error de prohibición no puede ser, por definición, objetivamente invencible para el hombre ideal desde la perspectiva jurídica, pues el Derecho existe para que sea conocido y aspira a ser cumplido. Por tanto, la naturaleza jurídica del error de prohibición es de una causa de exculpación, que si es invencible para el sujeto concreto excluye su culpabilidad y que si es vencible para el sujeto concreto disminuye su culpabilidad. El error de prohibición despliega los efectos de las causas de exculpación anteriormente expuestas.

La jurisprudencia distingue entre el error de prohibición directo y el error de prohibición indirecto<sup>3</sup>:

- El error de prohibición directo o Error en el conocimiento de la norma, es el que recae sobre la norma de prohibición. Aquí el sujeto actúa creyendo que el comportamiento que realiza es lícito, es decir, conforme a derecho. El sujeto

---

<sup>2</sup> SSTS 258/2006, de 8 de marzo y 1145/2006, de 23 de noviembre.

<sup>3</sup> STS 755/2003, de 28 de mayo.

crea, erróneamente, que la conducta que realiza está en general permitida, sin plantearse que pueda estar prohibida.

- El error de prohibición indirecto, es el que recae sobre la esencia, límites o presupuestos de las causas de justificación. Se refiere a la existencia en la Ley de la autorización para la ejecución de una acción típica (causa de justificación) o a los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación. El sujeto sabe y conoce que realiza la conducta típica y antijurídica, pero cree que en su caso se dan las circunstancias que le autorizan a realizarla, está en la creencia de que el hecho está justificado. Es lo que se denomina creencia errada de la presencia de una causa de justificación en el actuar del individuo que el ordenamiento no prevé.

Como acabamos de señalar, el Error indirecto puede versar:

- Sobre la virtualidad justificante de una determinada situación de hecho, es decir, sobre la existencia jurídica de una determinada causa de justificación.
- Sobre la concurrencia de los hechos que determinan la justificación.

Son de todos conocidas, las teorías que se han ensayado sobre esta materia (teoría del dolo y teoría de la culpabilidad), con las divergentes consecuencias respecto al error vencible de prohibición. Respecto a la posibilidad de que el error verse sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, puede considerarse un error sobre los elementos del tipo (error de hecho) o sobre la prohibición; y habida cuenta de la falta de precisión o de mayor concreción por parte del artículo 14 de nuestro Código Penal, la jurisprudencia, en los últimos tiempos, ha venido aceptando la aplicación del error vencible de prohibición del apartado 3 del artículo 14 del Código Penal, rebajando en uno o dos grados la pena aplicable.

El error de prohibición ha sido explicado mediante la teoría clásica denominada del dolo o la teoría de la culpabilidad, propia del finalismo<sup>4</sup>. Para la primera, es preciso que el agente conozca el hecho y su significado antijurídico, mientras que para la segunda, lo importante no es que el autor conozca o no conozca la prohibición, sino si podía o no conocerla, de forma que quien no puede conocer la prohibición de un hecho, no puede actuar de otro modo. Con independencia de que el artículo 14 del Código Penal pueda ser adscrito a una u otra concepción del error de prohibición, lo cierto es que la jurisprudencia participa

---

<sup>4</sup> STS 163/2005, de 10 de febrero.

de ambas concepciones cuando establece que no basta con alegar la existencia del error, sino que este ha de quedar suficientemente acreditado, empleándose para ello criterios que se refieren básicamente a la posibilidad del autor de informarse sobre el derecho<sup>5</sup>, de forma que cuando dicha información en todo caso se presenta como de fácil acceso, no se trata ya en rigor de que el error sea vencible o invencible, sino de cuestionar su propia existencia.

De otro lado, la jurisprudencia ha entendido que no cabe invocar el error de prohibición cuando se ejecutan conductas claramente desautorizadas por el ordenamiento jurídico, de modo que cualquiera sabe que están prohibidas, y que para excluir el error no se requiere que el agente tenga seguridad respecto de un proceder antijurídico, pues basta con que tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, lo que por estimarse similar al dolo eventual no merece trato de benignidad alguno.<sup>6</sup>

Respecto al concepto jurídico de error invencible<sup>7</sup>, para el juicio de la vencibilidad o invencibilidad del error, hay que evitar que por un apego radical a la literalidad del concepto de invencibilidad (equiparándolo a absolutamente insuperable o irresistible), haga realmente difícil imaginar una situación a la que pudiera aplicarse. Para ello, habrán de tenerse en cuenta parámetros como la apariencia de legalidad de la conducta. A las circunstancias objetivas, han de sumarse las subjetivas del agente: sus conocimientos personales, su nivel de desarrollo personal y las pautas que rigen en su entorno cultural en caso de tratarse de personas extranjeras.

En cuanto a la vencibilidad del error, para valorarla, la doctrina<sup>8</sup> considera que deben tenerse en cuenta varios factores: a) la urgencia de actuar, la inaplazabilidad de la decisión dificultará la posibilidad de acudir a los medios que pudieron proporcionar mayor información al agente, y b) la accesibilidad al medio de información capaz de deshacer el error.

El error de prohibición inverso: El sujeto se representa algo que considera desvalorado jurídicamente, cuando no lo está, es decir, hay una falsa creencia en el sujeto concreto de que está prohibida una conducta que el Derecho no prohíbe. Estamos ante un delito putativo o imaginario, que no se encuentra recogido en el ordenamiento jurídico, y que por lo tanto es impune. Ello puede suceder tanto si la conducta que el sujeto cree prohibida e incluso

---

<sup>5</sup> STS 755/2003 de 28 de mayo.

<sup>6</sup> SSTS de 17 de abril de 1995 y de 29 de noviembre de 1994.

<sup>7</sup> STS 411/2006, de 18 de abril.

<sup>8</sup> MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, M. (Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2015): Derecho Penal Parte General.

delictiva no es en absoluto antijurídica, p.ej. si una persona tiene relaciones homosexuales libres con otra persona adulta, creyendo que es ilícito, incluso penal, cuando realmente se trata de una conducta permitida, como se realiza una conducta antijurídica, pero que no está penalmente tipificada, creyendo que es delito, como p. ej., el adulterio, que en España se despenalizó en 1.978, pero sigue constituyendo un ilícito civil, que infringe la obligación de los cónyuges de guardarse fidelidad.

## **II.- SENTENCIAS CLUBS DE CANNABIS (STS 484/15 de 7 de septiembre, y STS 563/16 de 27 de junio)**

La primera de las sentencias mencionadas fue dictada por el Pleno Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Ponente: Sr. del Moral García), que contó con varios votos particulares. En la misma se analizaban los estatutos y la actividad de una asociación bilbaína de "Estudios y Usuarios del Cáñamo". La asociación se constituyó e inscribió al amparo de la normativa estatal y autonómica sobre asociaciones. En sus estatutos se permitía el "*cultivo colectivo*" en sus locales y subrayaba las determinaciones del Tribunal Supremo en lo referente a la impunidad del "*consumo compartido*" por personas ya usuarias. Con motivo de una investigación policial en las distintas dependencias de la asociación se ocuparon diversas cantidades de marihuana, ocupación que también se llevó a cabo a personas que se hallaban en las inmediaciones del recinto asociativo. La Audiencia Provincial de Vizcaya absolvió a los acusados al no considerar los hechos constitutivos de delito, pero el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo revocó en casación la sentencia de instancia. En esta Sentencia, aunque el TS absolvió a los acusados del delito de asociación ilícita y de grupo criminal, les condenó como autores de un delito contra la salud pública (art. 368 CP) en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud, con la apreciación de un error vencible de prohibición.

Sin embargo, la segunda de las Sentencias (STS 563/16), de la que fue ponente el Sr. Jiménez García, uno de los Magistrados que emitió voto particular en la Sentencia anteriormente mencionada, parece apartarse de los criterios seguidos por el Pleno. Esta vez se trataba de una asociación radicada en Barcelona, cuyos fines eran la creación de un centro de reunión de personas consumidoras de cáñamo o tabaco, investigación genética, establecimiento de un club de fumadores, creación de espacios para fumadores e información a los socios y a la sociedad de las cuestiones relativas al cáñamo. En la norma estatutaria se establecía de forma expresa que no constituía objeto de la asociación el fomento ni la difusión de ninguna sustancia y se hacía referencia concreta al cultivo,

distribución entre los socios y su consumo por los mismos, de plantas medicinales, especialmente de la denominada "Cannabis Sativa L" y sus preparados o derivados (principalmente su flor, marihuana, y su resina, hachís), provenientes de cultivos colectivos de la asociación, llevados a cabo en espacios debidamente registrados, con obtención de las correspondientes licencias municipales, adoptando las medidas de seguridad necesarias por profesionales altamente cualificados en biología y agronomía y por expertos contratados, con total control y transparencia y en total colaboración con las autoridades. Dichos Estatutos fueron inscritos en el Registro de Asociaciones de la Generalitat de Cataluña, con el informe previo de la Fiscalía Provincial de Barcelona, que no resultó desfavorable. El consumo de hachís y marihuana se realizaba por los socios en el propio local social.

A lo largo de sucesivos días, las fuerzas policiales ocuparon a distintas personas, varias de ellas socias de la asociación, en las inmediaciones del inmueble de la misma, diversas bolsas con marihuana, varias de las cuales les habían sido facilitadas en el interior de la sede social. Con posterioridad, se realizó una entrada y registro en las instalaciones de la asociación en virtud de la cual se ocuparon numerosas bolsitas conteniendo marihuana y hachís.

En el apartado de hechos probados de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona se señaló que no se consideraba probado que la actividad de la asociación haya generado riesgo para la salud de sus socios, ni de terceras personas, ni peligro de difusión a terceros de las citadas sustancias, que la asociación tenía a disposición de los socios para ser consumidas en su sede social. Ello determinó que los dos directivos de la asociación que venían siendo acusados, finalmente, resultaran absueltos.

Impugnada la Sentencia por el Ministerio Fiscal, el Tribunal Supremo, en esta ocasión no reunido en Pleno, dictó Sentencia en fecha 27 de junio de 2016, en la que se declaró no haber lugar al recurso de casación, confirmándose pues la absolución. Esta resolución tuvo voto particular que sí consideró delictiva la conducta de los acusados.

El pronunciamiento parte del estudio de la STS 484/2015 del Pleno Jurisdiccional, que hemos reseñado más arriba, y efectúa un análisis comparativo entre los Estatutos de las dos asociaciones objeto de una y otra resolución. Y remarca que el presente caso y el examinado en la primera sentencia no son idénticos y entre ellos concurre un dato diferencial que permite no aplicar al presente la doctrina sentada en aquella primera sentencia, subrayando con énfasis que ello no supone quebrantar o apartarse injustificadamente de aquella doctrina. Ese elemento diferencial lo sitúa en el informe previo del Ministerio Fiscal, que —aquí radica

la relevancia– no opuso objeción alguna a las normas estatutarias de la asociación, informe favorable que se adjuntó con la restante documentación para inscripción en el Registro de Asociaciones de la Generalitat.

Y enlaza ese dato con el error de prohibición (también analizado en la primera sentencia), en los siguientes términos: "(...) *El error de prohibición es el reverso de la conciencia de la antijuridicidad –STS 429/2012–, y por ello debe ser firme y consistente – STS 737/2007–, y por tanto tiene por supuesto el convencimiento sincero por parte de las personas concernidas sobre la corrección de su actuación, situada extramuros de toda ilicitud penal. Por ello no existe error de prohibición si el agente está socializado normalmente, y tiene un conocimiento usual de las normas de convivencia y cultura*".

Pues bien, en el presente caso sometido a nuestra consideración estimamos que toda vez que los absueltos en la instancia tenían conocimiento del informe no desfavorable del Ministerio Fiscal, no tenían ninguna exigencia de indagar o buscar otra fuente fidedigna de información para asegurarse de la licitud de la Asociación.

*"Téngase en cuenta que el Ministerio Fiscal, según su Estatuto aprobado por Ley 50/1981 modificado por las Leyes 14/2003 y 24/2007, tiene como misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad –art. 1–, y ante el informe del Ministerio Fiscal que –aun con las reservas que de futuro se contienen– viene a reconocer explícitamente la legalidad de la Asociación, no se nos alcanza a qué otra fuente de conocimiento más solvente podrían/deberían haber acudido los absueltos para salir de una duda que objetivamente no tenían por la propia claridad y contundencia del informe referido. Claramente no le era exigible ninguna otra conducta o indagación (...)"*.

Y por ello resuelve esta sentencia que concurrió en todos los recurridos el error de prohibición que considera invencible, lo que lleva a confirmar la absolución decretada en la instancia.

El voto particular considera que ese error de prohibición es vencible y permitiría aplicar la doctrina de la sentencia 484/2015, pues se trata de casos esencialmente idénticos. Lo describe así este voto particular: "(...) *no podemos entender que los acusados creyeran firmemente que estaban desarrollando una actividad legal, penalmente hablando, aunque la sociedad pudiera desarrollar otras actividades distintas, que no integrarían delito alguno. Entendemos, con pleno respeto al criterio de la mayoría, que la conducta enjuiciada,*

*prescindiendo incluso de la existencia de la 484/2015 de 7 de septiembre, y sin necesidad de realizar comparaciones o contrastes, sería delictiva. Además ni la cantidad de droga que maneja la sociedad, ni el número de socios, ni el cultivo ilegal a gran escala, ni la posibilidad de consumo en el exterior del club permiten dibujar un supuesto de creencia equivocada de un comportamiento ajustado a derecho (...)"*.

### **III.- CONCLUSIÓN**

Tras una lectura pausada de ambas Sentencias, se denota una aparente contradicción entre ambas, siendo esta una opinión también de los propios miembros de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, a la vista de los votos particulares que hubo en ambas Sentencias. En cualquier caso, considero al igual que el voto particular de la segunda Sentencia, que el Informe favorable del Fiscal, necesario para la inscripción de los Estatutos en el Registro de Asociaciones de la Generalitat de Cataluña, no puede amparar conductas que al parecer ocurrieron con posterioridad y no fueron descritas en los mencionados estatutos, por lo que con dificultad podemos hablar de un verdadero error invencible y si debería tratarse de un error vencible.

### **BIBLIOGRAFIA**

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2015): Derecho Penal Parte General.

BACIGALUPO ZAPATER/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. (Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002): Contestaciones al Programa de Derecho Penal Parte General para acceso a las carreras judicial y fiscal, Tomo I.

SÁNCHEZ MELGAR (Revista Jurídica Sepín 2016): Comentarios del artículo 14 del Código Penal.

LASCURAÍN (Almacén de Derecho, abril 2016).