



Dirección:
Gustavo Andrés Martín Martín

Coordinación:
Juan Javier Pérez Pérez



PUBLICACIONES AJFV
SERIE:
BOLETINES JURÍDICOS

www.ajfv.es

ISSN: 2605-2773

Síguenos en:



BOLETÍN DIGITAL PENAL

NÚMERO 26. MES SEPTIEMBRE 2018

01

**PRESUNCIÓN DE
RESPONSABILIDAD DEL
ESTADO EN LAS LESIONES
SUFRIDAS POR LOS DETENIDOS.**
Comentario a la sentencia del Tribunal
Europeo de Derechos Humanos de 13
de febrero de 2018.

Luis Cáceres Ruiz
Magistrado

02

**DELITO CONTRA LA SALUD
PÚBLICA Y CLUBES DE
CANNABIS. TEORÍA Y PRÁCTICA
DEL CONSUMO.**
Comentario a la Sentencia del Tribunal
Supremo 91/2018, de 21 de febrero.

Juan Javier Pérez Pérez.
Magistrado

01

PRESUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LAS LESIONES SUFRIDAS POR LOS DETENIDOS. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS DE 13 DE FEBRERO DE 2018

Dr. Luis Cáceres Ruiz
Magistrado
Juzgado de lo Penal número 2 de Badajoz

RESUMEN: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos condena a España por incumplir el artículo 3 del Convenio, que prohíbe la tortura y los malos tratos, a pesar de haber existido un procedimiento penal contra varios agentes celebrado con todas las garantías y que terminó con una sentencia condenatoria ante la Audiencia provincial de Guipúzcoa y absolutoria en el Tribunal Supremo. Se aplica el principio de que cuando un detenido está a disposición de las autoridades y sufre alguna lesión, son las autoridades del estado las responsables de dichas lesiones salvo que se acredite tras una investigación pública eficaz que no se produjo ningún maltrato.

VOCES: Torturas. Tratos degradantes. Detenidos. Lesiones. Responsabilidad patrimonial del Estado. Inversión de la carga de la prueba.

1. Cuestión sometida al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El caso tiene su origen en una demanda interpuesta ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos -TEDH- contra el Reino de España por dos nacionales españoles por violación del artículo 3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que prohíbe la tortura y los tratos inhumanos y degradantes.

Los demandantes alegaban haber sido víctimas de torturas y malos tratos en el momento de su arresto y durante la detención por parte de miembros de la Guardia Civil. Se quejaban especialmente de la ausencia de condena penal de los autores de estos actos.

El día 6 de enero de 2008 los demandantes fueron detenidos en Mondragón. Posteriormente denunciaron haber sido objeto de torturas y malos tratos.

Tras la correspondiente instrucción penal se dictó sentencia de 30 de diciembre de 2010 por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa que condenó a cuatro agentes de la Guardia Civil por delitos de graves torturas y lesiones.

En la SAP Guipúzcoa se condena a los agentes partiendo de varias pruebas: las declaraciones de los demandantes, la existencia de lesiones, un informe emitido por el Instituto Vasco de Medicina Legal sobre la etiología de las lesiones y el testimonio de testigos.

Mediante STS de 2 de noviembre de 2011 el Tribunal Supremo casó y revocó la sentencia recurrida y absolvió a los cuatro guardias civiles condenados, con base en una modificación parcial de los hechos declarados probados por la sentencia a quo, considerando superfluo examinar los demás aspectos del recurso.

El TS dio crédito a los testimonios de los miembros de la Guardia civil acusados en lo relativo a que las lesiones sufridas se debieron a la resistencia en la detención. Ambos detenidos fueron condenados por Sentencia de la Audiencia Nacional del 21 de mayo de 2010 como miembros de la banda terrorista ETA, sentencia en la que se hace constar que las lesiones eran resultado de la violencia de la detención, cuestión que tiene en cuenta el TS. Además resta crédito a lo manifestado por los denunciante, ya que apreció que había contradicciones en sus distintos testimonios y a que obedecían a consignas de ETA, conforme a un documento que había sido intervenido a la organización terrorista que recogía dichas consignas. Respecto al informe del Instituto Vasco de Medicina Legal considera que parte de las manifestaciones de los detenidos a los que el propio tribunal no da crédito y alega la existencia de otros informes médicos. Respecto a los testigos les da poco crédito por considerarlos afines o relacionados con el entorno de ETA.

Existe por tanto una total y divergente valoración de las pruebas entre la sentencia condenatoria de la AP de Guipúzcoa y la del TS, por lo que ésta casa la sentencia y absuelve a los acusados al no haberse desvirtuado el principio de presunción de inocencia. Además en ambas resoluciones se hace referencia a lesiones producidas con posterioridad

a la detención en momentos en los que no intervinieron los agentes enjuiciados.

2. Consideraciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Al valorar los hechos y actuaciones realizadas el TEDH no entra a enjuiciar la valoración de las pruebas practicadas por los tribunales españoles ni hace consideraciones sobre los hechos probados y lo resuelto por el TS. Al respecto se indica que el TEDH sólo puede constatar que el TS se ha limitado a descartar la versión de los demandantes sin determinar el origen de las lesiones sufridas que constan en los informes médicos con respecto a su arresto y detención por los miembros de la Guardia Civil, o la posible responsabilidad de dichos agentes.

Parte de que queda probado que los demandantes sufrieron lesiones a partir del momento de la detención y que el TS se ha limitado a declarar que no se produjo una agresión por parte de los agentes enjuiciados.

2.1. Principios generales aplicables.

El TEDH recordando su propia doctrina y la Convención de Naciones Unidas indica que cuando una persona es privada de su libertad o, más generalmente se encuentra enfrentada a agentes de las fuerzas del orden, el uso de la fuerza física hacia la misma, cuando por su comportamiento no resulta estrictamente necesaria, vulnera la dignidad humana y constituye, en principio, una violación del derecho que garantiza el artículo 3 del Convenio. Distingue los malos tratos con la tortura, definiendo ésta como todo acto por el cual se inflige intencionadamente a una persona dolor o sufrimiento intenso, con el fin de obtener de ella información, castigarla o intimidarla. Implica una voluntad deliberada y en general una mayor gravedad lesiva que los malos tratos.

Indica el TEDH que cuando los sucesos en cuestión son conocidos, en su totalidad o en gran parte, exclusivamente por las autoridades, como

en el caso de personas bajo su custodia en detención, cualquier herida producida en este periodo da lugar a fuertes presunciones de hecho.

La carga de la prueba recae entonces sobre el Gobierno: le incumbe aportar una explicación satisfactoria y convincente presentando pruebas que establezcan unos hechos que planteen dudas sobre el relato de la víctima. En ausencia de tal explicación, el TEDH podrá extraer conclusiones que pueden ser desfavorables para el Gobierno. Esto lo justifica por el hecho de que las personas detenidas están en situación de vulnerabilidad y que las autoridades tienen el deber de protegerlas.

Recuerda el TEDH que para que la prohibición general de la tortura y de las penas y tratos inhumanos o degradantes dirigida especialmente a los agentes públicos resulte eficaz en la práctica, debe existir un procedimiento que permita investigar las alegaciones de malos tratos infligidos a una persona que está en sus manos.

La investigación debe ser lo suficientemente extensa para que permita a las autoridades que están a cargo de la misma tomar en consideración no sólo los actos de los agentes del Estado que han recurrido directa e ilegalmente a la fuerza, sino también al conjunto de las circunstancias concurrentes. La investigación debe además ser exhaustiva, lo que significa que las autoridades deben siempre esforzarse en averiguar qué ha ocurrido y no deben basarse en conclusiones apresuradas o mal fundadas para cerrar la investigación.

2.2. Aplicación de los principios al caso enjuiciado.

El TEDH considera que se ha vulnerado el artículo 3 del Convenio en sus aspectos material y procesal y condena al Estado Español a indemnizar a los demandantes.

2.2.1. Aspecto material.

Al existir lesiones producidas durante la detención, se considera que “el Gobierno no ha mostrado las circunstancias exactas de la detención de los demandantes, ni acreditado que la fuerza utilizada por los agentes implicados durante esta operación había sido proporcionada”. No basta que se haya producido la absolución de los

agentes de las fuerzas de seguridad para eximir al Estado demandado de su responsabilidad con respecto al Convenio; es al Estado a quien corresponde dar una explicación verosímil sobre el origen de las lesiones.

Considera que ni las autoridades nacionales ni el Gobierno han aportado argumentos convincentes o creíbles que puedan servir para explicar o justificar en las circunstancias del caso las lesiones sufridas por los demandantes.

En consecuencia, el TEDH considera que la responsabilidad de las lesiones descritas debe ser imputada al Estado español por no haber dado una explicación ni justificación suficiente sobre las mismas.

Se considera que las lesiones tienen gravedad suficiente para ser considerados como tratos inhumanos y degradantes, pero no las califica de tortura “en ausencia de prueba concluyente relativa a la finalidad de los tratos infligidos”, es decir, por no acreditarse que tenían como finalidad obtener información, castigar o intimidar.

2.2.2. Aspecto procesal.

Se valora positivamente que se inició una investigación sobre los hechos ocurridos, así como la existencia de enjuiciamiento ante la Audiencia Provincial de Guipúzcoa y el Tribunal Supremo. No se aprecia ninguna vulneración en el derecho de defensa, ni en la posibilidad de realizar alegaciones ni de presentar pruebas que tuvieron las partes.

Sin embargo, según el TEDH, el TS se ha limitado en su sentencia de casación a desestimar la versión de los demandantes sin intentar determinar si el recurso a la fuerza física por parte de los agentes de la Guardia Civil en la detención de los demandantes había sido estrictamente necesario y proporcionado o si las lesiones más graves sufridas posteriormente eran imputables a los agentes encargados de la detención y de la custodia del mismo. Estas omisiones han impedido a la jurisdicción nacional determinar los hechos y el conjunto de las circunstancias en la mayor medida posible que se podía hacer, de conformidad con la obligación de someter el caso que se le presenta al examen escrupuloso que requiere el artículo 3 del Convenio.

Estima por tanto que se ha producido violación del artículo 3 también en su aspecto procesal.

3. Conclusiones.

El TEDH no determina que haya existido ninguna vulneración de los derechos de las partes intervinientes en los procedimientos ante los Tribunales españoles. No se ha producido ningún tipo de indefensión a los demandantes.

Sin embargo, se aplica el principio de que cuando un detenido está a disposición de las autoridades y sufre alguna lesión, serán las autoridades las responsables de dichas lesiones salvo que se acredite tras una investigación pública eficaz que no se produjo ningún maltrato. Se produce una verdadera presunción: si alguien sufre lesiones durante el tiempo de su detención, son las autoridades las que deben probar que actuaron correctamente. Y dicha prueba se ha de realizar mediante una investigación exhaustiva.

En el caso enjuiciado se hizo una investigación exhaustiva que dio lugar a un procedimiento penal en el que se acusaba a varios agentes de la Guardia Civil. El TS no considera probado que los acusados fueran autores de los delitos acusados, por lo que los absuelve.

Sin embargo el TS no aclara en su sentencia el modo exacto de producirse las lesiones ni realiza una valoración sobre la actuación de las autoridades durante la detención, limitándose a declarar que no ha quedado probada la comisión de los delitos imputados a los acusados.

Ahora bien, ¿debía entrar en dichas cuestiones el TS?

Indudablemente no. Ante un procedimiento penal en el que se acusa a los agentes policiales de tortura, si no se prueba que los acusados realizaron dichas torturas, la sentencia ha de ser absolutoria, sin que puedan el tribunal hacer consideraciones sobre la adecuación o no de la actuación de las fuerzas policiales en dicho asunto si son cuestiones ajenas al proceso enjuiciado. Imaginémos un supuesto en el que unos detenidos sufren lesiones, se acusa de tortura a unos agentes y se

acredita en el juicio que los agentes estaban en otro lugar cuando ocurrieron los hechos. El Tribunal penal se debe limitar a dictar una sentencia absolutoria, sin poder entrar en valoraciones sobre la actuación concreta en ese asunto del órgano policial interviniente.

¿Cómo articular entonces las exigencias del TEDH?

El ordenamiento jurídico español en esos casos ordena una investigación policial -atestado-, la intervención de la Fiscalía y una investigación judicial -diligencias previas o sumario-. En el caso de existir indicios de responsabilidad criminal contra alguna persona concreta, dará lugar a un juicio oral. En aquellos casos en que el procedimiento finalice con una sentencia condenatoria, se habrán colmado las exigencias del TEDH.

El problema se plantea en aquellos casos en los que se produzca el sobreseimiento en la fase de instrucción o recaiga una sentencia absolutoria. La única posibilidad que ofrece el ordenamiento jurídico español en el ámbito penal es que el órgano jurisdiccional -bien al sobreseer o bien al dictar sentencia absolutoria- indique expresamente en los fundamentos jurídicos que se ha producido una investigación exhaustiva sobre los hechos y que caso de disconformidad por el denunciante con el resultado de la misma, tiene abierta la posibilidad de concurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa, haciéndose expresa reserva de acciones en el fallo.

En la jurisdicción contenciosa se analizará la posible responsabilidad patrimonial del Estado, conforme al principio fijado por el TEDH de presunción de responsabilidad, teniendo la administración en su contra la carga de la prueba.

En definitiva, podemos extraer el siguiente principio: en caso de lesiones a un detenido, los agentes se presumen inocentes salvo que se pruebe lo contrario -jurisdicción penal-; pero el estado se considera responsable patrimonialmente salvo que se demuestre lo contrario -jurisdicción contenciosa-.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Sección Tercera.

13 de febrero de 2018.

Demanda nº 1653/13

Asunto Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal contra España

02

**DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA Y CLUBES DE CANNABIS.
TEORÍA Y PRÁCTICA DEL CONSUMO.**

Comentario a la STS 91/2018, de 21 de febrero¹.

Juan Javier Pérez Pérez.

Magistrado-Juez

Juzgado de Instrucción nº 11 de Madrid.

RESUMEN: La STS 91/2018 es especialmente relevante al tratarse del primer caso en mucho tiempo, desde el año 1997, resuelto por el TS sobre las actividades de los clubes de cannabis. El TS fija en esta sentencia los criterios para determinar cuándo las actividades de estos clubes pueden considerarse constitutivas de delito del art. 368 del Código Penal, y cuándo no.

VOCES: Delito contra la salud pública. Tráfico de drogas. Autoconsumo. Consumo compartido. Error de prohibición. Clubes de cannabis. Asociación ilícita. Grupo criminal.

I. Introducción: antecedentes procesales.

La STS 91/2018, de 21 de febrero tiene tortuosos antecedentes procesales:

La Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya dictó sentencia de 16-6-2014² relativa a la actividad de la “Asociación de Estudios y Usuarios del Cáñamo EBERS”, absolviendo a los acusados, al apreciar, en esencia, un consumo compartido.

¹ (ROJ: STS 475/2018 - ECLI:ES:TS:2018:475)

² (ROJ: SAP BI 967/2014- ECLI:ES:APBI:2014:967)

Recurrida en casación por la Fiscalía, la STS 484/2015, de 7 de septiembre³, casó la sentencia anterior y condenó a los acusados como autores de un delito contra la salud pública, aunque mantuvo su absolución por delitos de asociación ilícita y grupo criminal.

El Tribunal Constitucional, por Sentencia 146/2017, de 14 de diciembre⁴, anuló la anterior STS 484/2015. La anulación tuvo por causa el hecho de que el Tribunal Supremo apreciara un error de prohibición, pero descartara su carácter invencible sin haber oído sobre ello directamente a los acusados. El Tribunal Constitucional ordenó dictar nueva sentencia.

En esta segunda sentencia, STS 91/2018, el Tribunal Supremo vuelve a casar la anterior sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial de Vizcaya, al estimar formalmente el recurso de casación interpuesto contra ella por el Ministerio Fiscal; si bien en la segunda sentencia el Tribunal Supremo absuelve a los acusados de los tres delitos (contra la salud pública, asociación ilícita o grupo criminal) de los que fueron acusados por el mismo Ministerio Fiscal, al apreciar el Tribunal Supremo una situación de error de prohibición, sin poder descartar su carácter invencible.

En todo caso, lo más relevante de esta sentencia del Tribunal Supremo es la valoración de las conductas de los gestores o encargados de un club de consumo de cannabis. Al respecto, los criterios de esta segunda sentencia (absolutoria) son casi en su integridad los mismos de la primera (condenatoria), al apreciar el Tribunal Supremo la tipicidad de las conductas enjuiciadas, aunque la absolución final se fundara en el error de prohibición invencible. No es la primera vez que el Tribunal Supremo enjuicia este tipo de conductas; la STS 91/2018 cita la anterior STS 1377/1997, de 17 de noviembre⁵, sobre un caso análogo. No obstante, resulta evidente que el tiempo pasado desde entonces permite

³ (ROJ: STS 3981/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3981)

⁴ (ROJ: STC 146/2017 - ECLI:ES:TC:2017:146)

⁵ (ROJ: STS 6869/1997 - ECLI:ES:TS:1997:6869)

atribuir a esta nueva sentencia una especial relevancia para fijar el actual criterio jurisprudencial.

II. Comentario

En este caso se juzgó a cinco personas; tres eran cargos (presidente, secretario y tesorera) de la asociación antes citada, y dos fueron detenidas en el registro de su sede, cuando realizaban labores de preparación y envasado de las bolsas con cannabis que se entregaban a los socios. En ese mismo registro solo se ocuparon 4'750 gramos de cannabis.

La asociación, según sus estatutos, carecía de ánimo de lucro, y entre sus fines tenía el de fomentar el uso compartido del cáñamo entre personas ya consumidoras, en un local alquilado por la asociación. Con sus fondos propios, la asociación cultivaba el cannabis que debería suministrar a sus socios en esas circunstancias. Cada socio pagaba dos euros por gramo de cannabis (precio que correspondía a los costes, por lo que excluía el ánimo de lucro), más la cuota de inscripción de diez euros. Se prohibía a los socios la venta del cannabis a terceros. Todo ello, según los estatutos de la asociación, que hacían expresa referencia al acatamiento de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el consumo compartido.

El Tribunal Supremo, en esta Sentencia 91/2018 (a la que se refieren las cotas que siguen), resalta (Fundamento de Derecho 3º) que el ánimo de lucro no es requisito del delito del art. 368; asimismo, reitera los criterios jurisprudenciales para poder apreciar un consumo compartido (Fundamento de Derecho 9º), declarando:

“La atipicidad del consumo compartido, doctrina de creación jurisprudencial y que constituye una consecuencia lógica de la atipicidad del autoconsumo, es aplicable cuando concurren cuatro circunstancias o requisitos:

1º) Que se trate de consumidores habituales o adictos que se agrupan para consumir la sustancia. Con esta limitación se pretenden 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 misma 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.”

La sentencia del Tribunal Supremo considera que esa estructura facilita el consumo ajeno y, por tanto, es penalmente típica. El Tribunal Supremo fija los límites que puede tener una asociación de esta clase sin incurrir en delito. Sus fines pueden ser informativos, formativos o divulgativos, pero no facilitar directamente el consumo, aportando las sustancias o los medios para ello. Declara el TS:

“En primer lugar hay que proclamar que la actividad desarrollada por los conocidos como clubs sociales de cannabis, asociaciones, grupos organizados o similares no será constitutiva de delito cuando consista en proporcionar información; elaborar o difundir estudios; realizar propuestas; expresar de cualquier forma opiniones sobre la materia; promover tertulias o reuniones o seminarios sobre esas cuestiones.

Si traspasa las fronteras penales la conducta concretada en organizar un sistema de cultivo, acopio, o adquisición de marihuana o cualquier otra droga tóxica o estupefaciente o sustancia psicotrópica 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. También cuando la economía del ente se limite a cubrir costes.”

La sentencia considera que en este caso la actividad de la asociación no se limitaba a la meramente formativa, sino que su estructura estaba destinada a favorecer el consumo. Declara:

“En el supuesto ahora analizado un escaso núcleo de personas organiza, y dirige la estructura asociativa. Disponen y preparan toda la intendencia, abastecimiento, distribución, control, cultivo,... y ponen tales estructuras al servicio de un grupo amplio e indiscriminado de usuarios que se limitan a obtener la sustancia previo pago de su cuota y de su coste. Eso es facilitar el consumo de terceros. Hay distribuidores -aunque sean también consumidores- frente a simples consumidores receptores. Esa forma de distribución es conducta no tolerada penalmente.”

En definitiva, aunque la sentencia realiza un análisis con numerosos matices cuyo examen desbordaría la extensión de este comentario, puede concluirse que el Tribunal Supremo fija la barrera de la acción atípica de estos clubes o asociaciones en el carácter meramente informativo y divulgativo, es decir, en el ámbito teórico de la actividad que se defiende; lo que sea rebasar ese ámbito teórico y proporcionar las sustancias para el consumo, o los medios materiales para el mismo, no es consumo compartido, y, por el contrario, constituye un acto de favorecimiento del consumo penalmente típico. La frontera queda situada entre la teoría y la práctica. Sin perjuicio de ello, en una segunda fase del razonamiento habrá que analizar, pero ya dentro de la culpabilidad, y no de la tipicidad, la eventual concurrencia de error de prohibición, vencible o no. Por otra parte, resulta evidente que la difusión de este criterio jurisprudencial entre las asociaciones o clubes de esta clase reducirá las posibilidades de acogerse en el futuro y con éxito al error, de modo que parece poco probable que alegaciones de esta clase resulten exitosas en adelante.