

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ064921

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 378/2020, de 8 de julio de 2020

Sala de lo Penal

Rec. n.º 4065/2018

SUMARIO:**Delito contra la salud pública. Marihuana. Tráfico de drogas. Asociación Cannábica. Consumo compartido. Error vencible.**

La AP condena a dos de los fundadores de una asociación cannábica por delito del 368.1, con la concurrencia de error vencible de prohibición y de las atenuantes analógicas, de dilaciones indebidas y drogadicción, a las penas de tres meses de prisión y multa de 1762,95 euros.

El caso enjuiciado no se encuentra dentro del ámbito de la doctrina jurisprudencial del consumo compartido, que considera atípicos supuestos de consumo plural, en que un número de reducido y determinado de personas se agrupan para la adquisición y ulterior e inmediato consumo conjunto en un lugar cerrado, de la sustancia estupefaciente sufragada entre todos. Ni por el número de socios muy por encima de la centena, que excede la conceptualización de un grupo reducido de consumidores, la inexistencia de un consumo inmediato en muchos casos pudiendo sacarse la sustancia al exterior, ni porque, se trata de un cultivo de cannabis y su distribución organizada, institucionalizada y con vocación de persistencia en el tiempo, abierta a nuevas incorporaciones.

Conforme a la prueba, falta la concreción cerrada del número de socios y personas con tal cualidad, ni la prueba de que éstos fueran consumidores a la vista de la falta de garantías y controles internos, por lo que existe riesgo real de difusión del consumo a terceros.

La atipicidad del consumo compa; consumo "en lugar cerrado" con la finalidad de evitar la promoción pública; grupo reducido de adictos o drogodependientes y ser éstos identificables y determinados y no debe rebasar la droga necesaria para el consumo inmediato, limitadas al consumo diario (2 gramos en este caso al ser Marihuana).

Respecto a la no determinación del % de THC de las sustancias intervenidas, en el caso del hachís, como el resto de los derivados del cannabis, el porcentaje del principio activo, tetrahidrocannabinol (THC) no indica que solo en ese porcentaje sea hachís y el resto proveniente de mezcla o adulteración; íntegramente se trata de hachís, al margen del porcentaje de THC, que únicamente determina su potencia e importa más el peso de las misma.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 14.3, 21.6, y 7, 368.1 y 377.

Ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 161, 267 y 367.

Constitución española, arts. 15, 24 y 25.1.

PONENTE:*Don Andrés Palomo del Arco*

Magistrados:

Don ANDRES MARTINEZ ARRIETA

Don ANDRES PALOMO DEL ARCO

Don VICENTE MAGRO SERVET

Don CARMEN LAMELA DIAZ

Don EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 378/2020

Fecha de sentencia: 08/07/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4065/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/07/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SECCIÓN SEGUNDA

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

Transcrito por: HPP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4065/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 378/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

Dª. Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 8 de julio de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción ley, quebrantamiento de forma y vulneración de precepto constitucional, Número 4065/2018, interpuesto por D. Jesús y D. Julio representados por la Procuradora



D^a Cristina Maestre Sanz bajo la dirección letrada de D. Héctor Brotons Albert contra la sentencia núm. 169/2018 de fecha 19 de octubre de 2018 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Pontevedra.

Interviene el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Pontevedra instruyó Procedimiento Abreviado número 1967/2013, por delito contra la salud pública, contra Jesús, Julio y otro; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Pontevedra, cuya Sección Segunda (Rollo P.A. 20/2017) dictó Sentencia número 169/2018 en fecha 19 de octubre de 2018 que contiene los siguientes hechos probados:

"Los acusados Jesús, mayor de edad, sin antecedentes penales y provisto de DNI n^o NUM000, Julio, mayor de edad, sin antecedentes penales y provisto de DNI n^o NUM001, así como una tercera persona, constituyeron el primero de marzo del dos mil doce, una asociación en la ciudad de Pontevedra llamada "CASA MARIA".

Los fines declarados en sus Estatutos (artículo 2) eran "El estudio sobre el cáñamo y sus posibles aplicaciones culturales, científicas y terapéuticas. Evitar el peligro para la salud de sus usuarios inherente al mercado ilegal de cannabis mediante actividades encaminadas a la prevención de los riesgos asociados a su uso. Promover el debate social sobre su situación legal y la de sus consumidores, así como hacer valer los derechos constitucionales de los que éstos son titulares y denunciar las arbitrariedades que en su observación pueden cometer las distintas administraciones y poderes públicos o cualquier persona. La asociación para el cumplimiento de sus fines podrá: Desarrollar actividades económicas de todo tipo, encaminadas a la realización de sus fines o a allegar recursos con ese objetivo. Adquirir y poseer bienes de todas clases y por cualquier título, así como celebrar actos y contratos de todo género. Ejercitar toda clase de acciones conforme a las Leyes y a sus estatutos". La asociación fijó el domicilio social en la C/ Tristán Montenegro 7 de Pontevedra.

Presentada solicitud para su inscripción en el Registro de Asociaciones de la Xunta de Galicia, adjuntando los Estatutos de la Asociación y el Acta Fundacional, en la que se desinaron para ocupar los órganos de Gobierno, como Presidente a Jesús y Tesorero a Julio, en fecha 22/06/2012, dado el contenido inocuo de los Estatutos, recayó resolución del órgano administrativo acordando su inscripción en dicho registro.

Para el desarrollo de sus actividades, Jesús y Julio, suscribieron el 15/04/2012, un contrato de arrendamiento de la vivienda sita en el número NUM002 de la CALLE000, en la ciudad de Pontevedra.

Al menos desde el mes de marzo del 2013, los acusados Jesús y Julio, se han dedicado a utilizar esta vivienda para cultivo y secadero de plantas de cannabis que luego distribuían entre quienes se hacían socios, a cambio de un importe que cada uno pagaba en el momento de su adquisición, en función de la cantidad adquirida. La sustancia adquirida podía sacarse de la Asociación para consumir en el exterior.

El 26/04/2015 el también acusado Santiago, quien consta como uno de los socios de la asociación, mayor de edad y sin antecedentes penales, provisto de DNI n^o NUM003, junto con el acusado Jesús, alquilaron una vivienda en la localidad de Vilaboa, lugar de DIRECCION000 n^o NUM004, con el objeto de sembrar y hacer crecer plantas de marihuana, para el posterior secado y distribución de sus productos en la casa de la C/ CALLE000 en Pontevedra.

Con motivo de las quejas vecinales por el fuerte olor a marihuana en la CALLE000, se practicaron vigilancias policiales en torno al n^o NUM002, con el siguiente resultado:

- El día quince de marzo del dos mil trece, sobre las veintidós horas, el acusado Jesús entregó en la referida casa de la c/ CALLE000, a Augusto, a cambio de trece euros, una bolsa de plástico en cuyo interior había 1,8 gr de planta de cannabis seca, (muestra 12) cuyo valor en el mercado es de 9,558 euros y a Bernardo, a cambio de dieciocho euros, otra bolsa plástica que contenía en su interior 2,5 gr de la misma sustancia (muestra 11) cuyo valor en el mercado es de 13,275 euros. Los dos referidos salieron seguidamente de la casa, siéndoles intervenidas las sustancias cuando caminaban por la Avda. Montero Ríos.



- El día siete de mayo del dos mil trece, Carmelo entró en la vivienda de la C/ CALLE000 y adquirió dos fragmentos de una sustancia que resultó ser hachís, con un peso total de 11,5 gramos y un valor de 68,885 euros, que se llevó al exterior, siéndole intervenida por la policía cuando circulaba por el puente de A Barca (muestra 10).

- El diez de mayo siguiente, Julio entregó en la misma vivienda a Everardo, a cambio de precio, una bolsa en cuyo interior había 2,94 gramos de cannabis, con un valor de 15,611 euros que se llevó al exterior, siéndole intervenida por la policía cuando caminaba por la calle Marqués de Riestra (muestra 13).

- El día quince de mayo siguiente, Jesús entregó en la misma vivienda de la C/ CALLE000 de Pontevedra, a Heraclio a cambio de precio, dos bolsas de plástico en cuyo interior había 1,7 gramos y 3,5 gramos respectivamente de cannabis, cuyos valores son de 9,027 y 18,585 euros, que se llevó al exterior, siéndole intervenida por la policía cuando caminaba por la C/ Manuel Quiroga (muestras 8 y 9).

- El día dieciséis de mayo siguiente, Julio entregó en la misma vivienda a Jaime, a cambio de precio tres bolsas de plástico con inscripciones diferentes que contenían, 2,44gr ("wapa"); 3,33 gr ("mermelate") y 2,62 gr ("O.C") de cannabis cuyos valores son de 12,956; 17,682 y 13,912 euros respectivamente. Jaime se llevó las sustancias y le fueron intervenidas por la policía cuando caminaba por la calle Marqués de Riestra (muestras 14,15 y 16).

- El día veinte de mayo del mismo año, en virtud de autorización judicial de igual fecha, se practicó diligencia de entrada y registro en la vivienda del nº NUM002 de la C/ CALLE000 de Pontevedra. En una de las habitaciones, fueron halladas diez plantas de marihuana colgadas del techo para su secado, así como varios tarros de cristal, cajas y otros recipientes que contenían hojas y cogollos secos de plantas de marihuana. En la habitación del piso superior, había nueve plantas de marihuana en periodo de crecimiento, plantadas en macetas, con un sistema de riego, ventilación e iluminación artificial. En el salón, se intervinieron un total de 305 euros producto de anteriores ventas, documentación de la asociación Casa María (impreso de normas de régimen interno, estatutos, de gastos, carnets de asociado, impreso de contrato de autocultivo compartido, dos solicitudes con sus respectivos contratos de previsión de consumo cubiertos y firmados...), un picador de marihuana y una balanza de precisión. En el congelador de la cocina, fue hallado otro tarro con marihuana. En otra de las habitaciones había bolsas con tierra y fertilizante, y en otra de las habitaciones fue encontrada una balanza de precisión.

Las sustancias intervenidas en la vivienda de la C/ CALLE000, fueron las siguientes:

- Una caja con inflorescencias secas de cannabis con un peso de 44,1 gramos y un valor de 234,17 euros (muestra 1).

- Una bolsa con inflorescencias secas de cannabis con un peso de 4,3 gramos y un valor de 22,833 euros (muestra 2).

- Una bolsa azul con hojas e inflorescencias de cannabis con un peso de 0,233 gramos y un valor de 1,237 euros (muestra 3).

- Una caja con hojas e inflorescencias de cannabis con un peso de 0,492 gramos y un valor de 2,612 euros (muestra 4).

- Una caja con restos de plantas secas con un peso de 40,1 gramos y un valor de 212,931 euros (muestra 5).

- Una caja con hojas secas de cannabis con un peso total de 269,2 gramos y un valor de 1429,452 euros (muestra 17).

- Una fiambarrera de cristal rotulada "Twister" con inflorescencias de cannabis con un peso de 13,1 gramos y un valor de 69,591 euros (muestra 18).

- Un bote de cristal rotulado "Psicodelicia" con hojas e inflorescencias secas de cannabis con un peso de 88,0gramos y un valor bote de cristal rotulado "Mermelate" con inflorescencias secas de cannabis con un peso de 8,2 gramos y un valor de 43,452 euros (muestra 20).

- Un bote de cristal rotulado "Skunk" con inflorescencias secas de cannabis con un peso de 69,9 gramos y un valor de 370,638 euros (muestra 21).

- Un bote de cristal rotulado "Big Bud" con inflorescencias secas de cannabis con un peso de 24,8 gramos y un valor de 131,688 euros (muestra 22).

- Un bote de cristal rotulado "Green Poison" con inflorescencias secas de cannabis con un peso de 6,9 gramos y un valor de 36,639 euros (muestra 23).

- Nueve bolsas de plástico con inflorescencias secas de cannabis con un peso de 13,6 gramos y un valor de 72,216 euros (muestra 24).



- Una bolsa de plástico con planta seca picada de cannabis, con un peso de 1,1 gramos y un valor de 5,841 euros (muestra 25).
- Un trozo de resina de cannabis con un peso de 0,278 gramos y un valor de 1,665 euros muestra 26).
- Una fiambarrera de cristal con inflorescencias secas de cannabis, con un peso de 119,8 gramos y un valor de 636,138 euros (muestra 27).
- Una bolsa con inflorescencias secas de cannabis con un peso de 40,3 gramos y un valor de 213,993 euros (muestra 28).
- Nueve bolsas de color naranja y distintas rotulaciones que contenían un total de 143,7 gramos de inflorescencias secas de cannabis, con un valor de 763,047 euros (muestra 29).
- Una caja con inflorescencias secas de cannabis con un peso de 0,554 gramos y un valor de 2,941 euros (muestra 30).
- Una caja de madera con inflorescencias secas de cannabis, con un peso de 72,6 gramos y un valor de 385,506 euros (muestra 31).

En el registro también fueron hallados los Estatutos de la asociación, la justificación de su inscripción en el Registro de Asociaciones de la Xunta de Galicia, sus Normas de Funcionamiento interno, unas hojas con un listado de 129 socios, en el que figuraban todos los arriba mencionados que adquirieron el cannabis, dos solicitudes de entrada en la asociación cubiertas y firmadas, junto con dos contratos de previsión de consumo correspondientes a dos socios, un impreso de contrato de auto cultivo compartido sin cubrir ni firmar y anotaciones manuscritas de cantidades entregadas. El registro fue realizado en presencia del acusado Jesús quien, en un momento de descuido, aprovechó para hacer dos llamadas desde su teléfono móvil a los otros dos acusados, Julio y Santiago, al objeto de darles instrucciones para que se dirigieran a la casa que tenían arrendada en Vilaboa y se deshicieran de las plantas y de los demás elementos allí instalados para el cuidado de las mismas.

Sobre las 16,40 horas del mismo día, Julio llegó en una furgoneta a la referida vivienda de Vilaboa, donde se encontraba ya Santiago y comenzó a cargar en ella los siguientes objetos que había en la casa, todos ellos destinados a las labores propias del cuidado de las plantas: un filtro de carbono activo, un sistema de railes para colocación de luces, cuatro bombillas de seiscientos vatios, un tubo de un sistema de aireación, paneles para proyectores de luz, tres proyectores de luz, un programador de riego, tres transformadores eléctricos, una bomba de agua, tres temporizadores eléctricos, un medidor de humedad, un termómetro y un medidor de ph. Además, en el momento de su detención, a Julio le fueron incautados 35 euros y un bote que contenía en su interior 1,6 gramos de cannabis con un valor de 8,496 euros.

En el registro practicado con autorización judicial, en la referida vivienda de Vilaboa fueron hallados ciento treinta esquejes de planta de marihuana, dos plantas de marihuana de pequeño tamaño, dos bolsas con hojas de marihuana, doscientas macetas de plástico, varios semilleros de plástico, fertilizantes, fungicidas, un humidificador, una lámpara y dos ventiladores.

El art. 23 de los Estatutos, establece como condiciones para ser socios ser mayor de edad y gozar de plena capacidad de obrar, compartir los fines y objetivos de la asociación y ser consumidores de cannabis o haber sido diagnosticados de alguna enfermedad para la cual la eficacia del uso terapéutico o paliativo de los cannabinoides haya sido probada científicamente. El art. 24 establecía que quienes deseen pertenecer a la Asociación lo solicitarán por escrito avalado por un miembro y dirigido al Presidente, el cual dará cuenta a la Junta Directiva, que resolverá sobre la admisión o inadmisión, y que no se adquirirá la condición de socio, mientras no se satisfagan los derechos de entrada en la cuantía y forma que establezca la Junta Directiva.

Quien quisiera ser socio de "Casa María" debía manifestarlo, así como su condición de consumidor de cannabis. Siendo el número de socios superior a los que constaban en el listado antes referido, no ha quedado, sin embargo, concretamente precisado.

La marihuana es una sustancia estupefaciente que no causa grave daño a la salud, sometida a control internacional, incluida en la Lista I y IV del Convenio Único de Estupefacientes de 1961. El hachís es una sustancia estupefaciente incluida en la Lista I y IV del Convenio Único de Estupefacientes de 1961.

El precio estimado de un gramo de marihuana en la fecha de los hechos en el mercado ilícito era de 5,31 euros y el total de la sustancia incautada alcanzaría los 5.286,85 euros.

Los acusados obraron con relativa pero inaceptable indiferencia sobre la legalidad de su actuación.

El escrito de conclusiones provisionales formulado en esta causa es de fecha 23/02/2015, habiendo sido recibida en este Tribunal el 22/03/2017".



Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Absolvemos libremente a Santiago del delito contra la salud pública por el que venía acusado y declaramos de oficio un tercio de las costas del proceso.

Condenamos a los acusados, Jesús y Julio, como autores responsables de un delito contra la salud pública de sustancias que no causan grave daño a la salud ya definido, con la concurrencia de error vencible de prohibición y de las atenuantes analógicas, de dilaciones indebidas y drogadicción, a las penas de TRES MESES DE PRISIÓN Y MULTA DE 1762,95 euros para cada uno, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada 200 euros o fracción, que dejen de abonar.

Imponemos a cada condenado el pago de un tercio de las costas procesales, declarando otra tercera parte de oficio.

Acordamos el decomiso de la sustancia intervenida, así como de los efectos ocupados a los acusados y reseñados en el apartado de hechos probados, con el destino legal establecido.

La presente resolución no es firme y contra la misma, cabe interponer RECURSO DE CASACIÓN ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los CINCO DÍAS siguientes a su notificación y que deberá contener los requisitos exigidos en el art. 855 y siguientes de la L.E. Criminal."

Tercero.

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación procesal de los acusados Jesús y Julio, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la parte recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

Motivo Primero.- (art. 851.3 LECrim) Por quebrantamiento de forma, por no haberse resuelto todos los puntos planteados como objeto del proceso por esta defensa. En concreto no se ha resuelto la petición de aplicar el subtipo atenuado del art. 368.2º C.P y la atenuante de colaboración con la justicia que se solicitó en el trámite de conclusiones definitivas realizado por el letrado de la defensa.

Motivo Segundo.- Infracción de precepto constitucional (art. 852 LECrim). Por infracción del derecho a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24.2 de la Constitución española en relación con lo previsto en el art. 368 del Código Penal, al no existir prueba de cargo suficiente de la que pueda derivarse la conclusión de que la conducta realizada por mis defendidos es la referida en el relato de Hechos Probados en tanto que no se desprende que sean autores del delito contra la salud pública por el que han sido condenados.

Motivo Tercero.- Se formula este motivo por infracción del principio de legalidad penal previsto en el art. 25.1 de la Constitución española, al realizarse en la Sentencia combatida una interpretación del artículo 368 del Código Penal no acorde con el marco constitucional en relación con otros derechos fundamentales y garantías y libertades contenidos en tratados internacionales al efecto.

Se formula este motivo por infracción del principio de legalidad penal del artículo 25.1 de la Constitución española al realizar la Sentencia impugnada una subsunción irrazonables de los hechos probados y una interpretación contraria al principio de proporcionalidad respecto del artículo 368 del Código Penal, al aplicar el tipo de forma no acorde con el texto constitucional, así como en relación al artículo 10.2 de la Constitución, con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales que se interrelacionan con los derechos fundamentales y libertades reconocidas por la Constitución.

Motivo Cuarto.- Por vulneración del derecho a la legalidad penal del artículo 25.1 de la Constitución española, por una falta irrazonable de subsunción de la conducta en el párrafo segundo del subtipo atenuado el art. 368 del Código Penal en relación a D. Jesús y Julio al concurrir los presupuestos de escasa entidad del hecho que requiere el subtipo.



Motivo Quinto.- Al amparo de lo previsto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento mis defendidos, al no haberse determinado el porcentaje de T.H.C. de la supuesta sustancia estupefaciente incautada y consecuente vulneración del artículo 368 del Código Penal Criminal y del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción de precepto constitucional y, en concreto, del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución española, por error en la valoración de la prueba practicada en relación al elemento objetivo del delito por el que han sido condenados.

Motivo Sexto.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción de precepto constitucional y, en concreto, vulneración del derecho a la legalidad penal del artículo 25.1 de la Constitución española por aplicación retroactiva de una nueva interpretación del artículo 368 del Código Penal

Motivo Séptimo.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción de precepto constitucional y, en concreto, del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución española, por error en la valoración de la prueba practicada en relación al elemento objetivo del delito por el que han sido condenados mis defendidos, al no haberse determinado el porcentaje de T.H.C. de la supuesta sustancia estupefaciente incautada y consecuente vulneración del artículo 368 del Código Penal.

Motivo Octavo.- Al amparo de lo previsto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por infracción del precepto constitucional, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías de los artículos 24.1 y 24.2 de la Constitución española, por vulneración de lo previsto en el artículo 367 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Motivo Noveno.- Al amparo de lo previsto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, por indebida aplicación del artículo 368 del Código Penal dado que a partir del relato de Hechos Probados de la sentencia combatida no se puede derivar un encaje en el citado precepto.

Motivo Décimo.- Al amparo de lo previsto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, por no concurrir el elemento objetivo del tipo previsto en el art. 368 del Código Penal, por la falta de determinación del porcentaje de T.H.C. de la supuesta sustancia estupefaciente incautada en el marco de las presentes actuaciones.

Motivo Undécimo.- Al amparo de lo previsto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, por indebida inaplicación del artículo 14 del Código Penal en relación al error de tipo o, subsidiariamente, al error de prohibición invencible, concurriendo los presupuestos para su aplicación tal y como se desprende de la documentación obrante en autos.

Motivo Duodécimo.- Al amparo de lo previsto en el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, por indebida inaplicación de lo previsto en el párrafo 2º del artículo 368 del Código Penal concurriendo los presupuestos para ello.

Motivo Decimotercero.- Al amparo de lo previsto en el artículo 849.1 de la LECrim, por infracción de ley, por vulneración de lo previsto en el artículo 21.6 del Código Penal, como atenuante muy cualificada concurriendo los presupuestos para ello.

Motivo Decimocuarto.- Al amparo de lo previsto en el art.849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, puesto que dados los hechos probados de la Sentencia de la Sala a quo no puede desprenderse que estemos en presencia de sustancia estupefaciente con la consecuente aplicación indebida del artículo 368 del Código Penal.

Motivo Decimoquinto.- Por razones de celeridad y economía procesal, se realizan conjuntamente los siguientes tres motivos:

Al amparo de lo previsto en el artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos, al no haber quedado acreditado en f. 256 consistente en Certificado Analítico 54/13/002775 que nos encontremos en presencia de sustancia estupefaciente.

Al amparo de lo previsto en el artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, por error en la apreciación de la prueba practicada basado en documentos obrantes en autos, al no haber quedado acreditado que lo incautado en la vivienda de Vilaboa consistente en 130 esquejes de plantas de marihuana, dos plantas de marihuana y dos bolsas con hojas de marihuana fuera sustancia sujeta a fiscalización al no figurar en el Certificado Analítico 54/13/002775 f. 256.



Al amparo de lo previsto en el artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba practicada basado en documentos que obran autos, al haberse incluido en el Certificado Analítico f. 256 partidas de supuesta sustancia estupefaciente no sujetas a fiscalización.

Quinto.

Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal interesa la inadmisión a trámite del recurso interpuesto, en base a lo dispuesto en el número 3º del artículo 884 y números 1 y 2 del artículo 885 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y subsidiariamente lo impugna en su escrito de fecha 28 de marzo de 2019; la Sala los admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Evacuado el traslado conferido, se celebró la votación y deliberación prevenida el día siete de julio de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La representación procesal de los acusados Jesús y Julio recurre en casación la sentencia que condena a ambos como autores responsables de un delito contra la salud pública de sustancias que no causan grave daño a la salud, con la concurrencia de error vencible de prohibición y de las atenuantes analógicas, de dilaciones indebidas y drogadicción; en esencia por cultivo, distribución y venta a terceros a través de la sede de la asociación que habían constituido en la ciudad de Pontevedra llamada "CASA MARIA".

1. El primer motivo lo formulan al amparo del art. 851.3 LECr, por no haberse resuelto todos los puntos planteados por la defensa, donde si bien indica en su inicio que solicitó en fase de conclusiones definitivas su libre absolución, y subsidiariamente en caso de condena que se aplique el error de prohibición invencible o, en su caso, el error del tipo. Así mismo se solicitó que se aplicara el subtipo atenuado del art. 368.2º del C.P; y subsidiariamente si se aplica el error de prohibición vencible que se apliquen las atenuantes de los arts. 21.6 (dilaciones indebidas muy cualificadas), 21.2 (dependencia del cannabis) y 21.7 en relación con el 21.4 (colaboración con la justicia) todos del Código Penal; posteriormente tras una cita jurisprudencial sólo se incide en el subtipo atenuado: se solicitó en el trámite de calificaciones definitivas que se aplicará el subtipo atenuado por la escasa entidad de los hechos, al tratarse de una Asociación Cannábica con muy pocos socios (129) (muchos menos que el número de socios de las asociaciones condenadas por el Tribunal Supremo) y con muy poca sustancia supuestamente estupefaciente incautada en el registro de la mismas (unos 1.130 gramos de cannabis).

2. Cuestión que no es cierta, pues la sentencia en el inciso final de su fundamento tercero, reseña: Descartamos su inclusión en el párrafo 2º del referido precepto, pues las circunstancias expuestas no justifican la menor entidad que su aplicación requiere.

En la exposición previa, la resolución recurrida además de una larga y justificada cita jurisprudencial, argumenta:

No se ha acreditado que estuviera cerrada a un número concreto de usuarios, antes al contrario, si atendemos, -con muchas reservas sobre su realidad y fiabilidad dado que no se encontraron en el registro, sino aportados posteriormente por los investigados- a las Actas, del denominado "Libro de socios" en la del 12/04/2012 se acuerda admitir a nuevos socios sin establecer un cupo determinado previo y si se atiende al listado de socios intervenido en el registro, -también con muchas reservas de fiabilidad porque dos meses antes del registro ya la policía local había interceptado a dos usuarios en el exterior, incautándole la sustancia- en el mes de junio del 2012 se habrían incorporado 41 socios, 28 de ellos en un mismo día, en el mes de julio 20 socios, 18 en el de agosto, 10 en el de setiembre etc., hasta que el 30/04/2013, se decide cerrar el registro a nuevos socios "por lo menos, hasta que nuestra capacidad de organización y producción sea mayor".

Con todo, lo esencial es si podemos afirmar la existencia real del riesgo de difusión y consideramos que así es. Aparte de esa estructura abierta a incorporaciones, con la sola protesta de la cualidad de consumidor, se podía retirar la sustancia estupefaciente del local para consumirla en el exterior y se podía hacer en cantidad superior a la dosis diaria (de 2 gr), tal como demostraron las incautaciones efectuadas, en ocasiones para varios



días, sin que existieran mecanismos de control destinados a garantizar su destino al exclusivo consumo propio. Las razones esgrimidas por los acusados, como garantía de la exclusión del riesgo de difusión, son a nuestro juicio manifiestamente insuficientes.

3. En cuanto a la atenuante analógica de colaboración con la justicia, nada indica la sentencia, tampoco razona nada sobre ella el recurrente, pero como indica el Ministerio Fiscal en su exhaustivo y sumamente ilustrativo informe, tal atenuante no se cohonestaba con la conclusión primera del escrito de sus conclusiones donde se contiene una simple negación a los hechos objeto de la acusación; razón por la cual el Tribunal no se pronunció expresamente sobre la cuestión planteada, que debe entenderse, por ausencia absoluta de fundamento resultante del propio escrito de calificación, por implícitamente desestimada. Especialmente cuando lo que se recoge en el hecho probado, son trabas a la investigación: E1 registro fue realizado en presencia del acusado Jesús quien, en un momento de descuido, aprovechó para hacer dos llamadas desde su teléfono móvil a los otros dos acusados, Julio y Santiago, al objeto de darles instrucciones para que se dirigieran a la casa que tenían arrendada en Vilaboia y se deshicieran de las plantas y de los demás elementos allí instalados para el cuidado de las mismas.

4. En todo caso, además, obraba un óbice procesal a la estimación de incongruencia omisiva alguna, pues cuando tal error in iudicando se alega, la jurisprudencia exige para su estimación que la parte recurrente haya acudido previamente a las previsiones del artículo 161 de la LECr y 267 de la LOPJ, que la Sala considera necesario, en la medida que integra un efectivo remedio para evitar la devolución de las causas a los Tribunales de origen por razones que pueden examinarse y resolverse por el mismo Tribunal que dictó la resolución que omitió la debida respuesta a una pretensión oportunamente planteada (vd STS 550/2017, de 12 de julio y 634/2017, de 26 de septiembre entre otras muchas).

Segundo.

El segundo motivo se formula al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE y del derecho a no sufrir indefensión del art. 24.1 del texto constitucional por motivación irracional de la sentencia en relación a la participación de los acusados en la comisión del delito que se les imputa.

1. Afirma la ausencia de prueba suficiente sobre el elemento subjetivo del injusto del delito previsto en el art. 368 del Código Penal, porque las únicas pruebas invocadas son la supuesta falta de acreditación de que la Asociación no estuviera abierta a nuevas incorporaciones y la falta de encaje en la doctrina del consumo compartido. Sin embargo el riesgo de difusión, partiendo del relato probatorio resulta difuso a la vista de los Estatutos de la Asociación y no se ha tenido en cuenta la finalidad de la doctrina del consumo compartido, como es la no afectación del bien jurídico protegido de la salud pública, ya que una Asociación que aboga por el consumo responsable, que da información sobre los riesgos del cannabis, que evita que los socios tengan que proveerse de sustancias estupefacientes de personas desconocidas o consumir en lugares públicos, es en definitiva una Asociación que reduce los posibles riesgos que, inexcusablemente, lleva consigo el consumo de cannabis.

2. De manera pormenorizada la sentencia recurrida, desmintió el sustento y sustantividad de dicho alegato:

No podemos tener por acreditada su información de que hasta un 30, 40% de los socios era por necesidad terapéutica, pues nada la sustenta. Los términos de los estatutos resultan de la documentación intervenida en el registro (f.194 a 200). También fueron intervenidas unas hojas con un listado de 129 socios a1 14/02/2013, pero el mismo acusado Sr. Jesús manifestó que era sesgado, que había más no sabiendo precisar con exactitud refirió en torno a 150, sin embargo, durante la instrucción de la causa presentó un libro con una relación de 166 al 15/04/2013 y en otro libro también presentado por la defensa durante la instrucción, relativo a gastos, ingresos, aparece a1 7/05/2013 se relaciona el socio nº 184. De todo ello concluimos, que no se puede establecer el número exacto de socios a la fecha del registro judicial de "Casa María" y consecuentemente, que no existía un control estricto de ello.

Entre la documental intervenida en el registro, apareció un impreso, no cubierto, de contrato de autocultivo compartido (f.183) recogiendo en su punto II entre otras prescripciones que "el fin es el consumo y estudio entre sus socios en la sede del club", aunque ni en el impreso de normas de régimen interno, ni en el impreso de contrato de previsión de cultivo, se recoge esa misma obligación de que deba consumirse en la sede del club. En el contrato de previsión de consumo se recoge la prohibición de su venta, bajo resultado, de expulsión de la asociación (f. 189).



Precisó el Sr. Jesús que el contrato de previsión de consumo establecía un tope máximo de consumo de 2 gr. diarios, que los socios pagaban una cuota anual y un dinero por la sustancia adquirida para sufragar los gastos, en proporción a su consumo, efectuándose el cultivo conforme a las previsiones de consumo, (3.c normas régimen interno) y siendo los 2 gr un tope máximo de consumo.

Y en relación con la previsión (impreso de autocultivo compartido) de consumo en la sede del club, el Sr. Jesús dijo que era más bien una declaración de voluntad porque en aquel momento la realidad jurídica (sentencias y postura de Fiscalía) consideraba que era atípico el consumo de pequeñas cantidades fuera del Club, permitían no consumirlo en el local, incluso llevarlo a su casa en pequeñas cantidades y el acusado Julio, manifestó que siempre hubo un debate abierto de si se sacaba o no al exterior, ellos decían de boca a boca que había que consumirlo en el local, pero se daban ocasiones excepcionales (un viaje etc...) y alguien se lo llevaba de allí.

Las pruebas acreditan que no era infrecuente sacarlo del club. Conforme a las vigilancias policiales, los usuarios llegaban, llamaban al timbre y se le franqueaba la puerta, sin que se hubiere negado a nadie la entrada. Según el instructor, agente PN NUM005, la afluencia de gente era muy alta (aportaron fotografías) razón por la cual en pocos días materializaron muchas incautaciones de sustancia en el exterior y en el mismo sentido el PN NUM006, dijo que lo más significativo era la afluencia de gente. De los testimonios de los policías que vigilaron la CALLE000, resulta que muchos permanecían poco tiempo en el interior y otros se quedaban más tiempo.

Dichas vigilancias permitieron intervenir en el exterior de la asociación las sustancias y cantidades relacionadas en los hechos probados, a quienes las habían retirado instantes antes de la asociación Casa María. Los interceptados admitieron en juicio esa incautación y que eran socios de Casa María, para lo cual habían manifestado su voluntad de serlo y que eran consumidores. Aunque todos vinieron a afirmar que firmaron compromisos de no vender o de autocultivo compartido, no existe entre la documentación intervenida, más que dos solicitudes y dos contratos de previsión de cultivo firmados. Por lo que no podemos concluir más allá de la existencia de una información y compromiso verbal.

En el caso del Sr. Carmelo que admitió haber retirado el hachís intervenido, dijo que él no participó en su elaboración, tampoco en el cultivo, que se iba de viaje y como estaría fuera tres semanas, tenía un trozo, pero no le llegaba y fue a coger más.

Acerca de las medidas de control para que los socios no transmitieran a otros en el exterior la sustancia retirada, los acusados manifestaron que lo consideraban imposible, estaban seguros de que no sucedería porque, retiraban pequeñas cantidades para autoconsumo, el precio no era competitivo siendo más cara que en el mercado negro, porque de alguna manera se conocían todos entre ellos, dado que cada socio para entrar en la sociedad debía estar avalado por otro que certificaba su condición de consumidor y por la general solvencia de los socios que no tendrían necesidad de venderla.

Conforme a todo lo anterior, concluimos que se permitía la retirada de la sustancia para consumirla en el exterior y que no existían concretas medidas de control para anular y ni siquiera mitigar el riesgo de su difusión fuera, - y no necesariamente por precio-, pues no consideramos razonablemente suficientes al efecto, unas advertencias verbales o un genérico conocimiento, que en su particularidad no ha quedado acreditado; tampoco consta un registro concreto de retiradas al exterior, por quienes se retiraba y la cantidad retirada.

En definitiva, el caso que aquí enjuiciamos no se encuentra dentro del ámbito de la doctrina jurisprudencial del consumo compartido, que considera atípicos supuestos de consumo plural, en que un número de reducido y determinado de personas se agrupan para la adquisición y ulterior e inmediato consumo conjunto en un lugar cerrado, de la sustancia estupefaciente sufragada entre todos (Ej. 508/2016 del 9 de junio). Ni por el número de socios muy por encima de la centena, que excede la conceptualización de un grupo reducido de consumidores, la inexistencia de un consumo inmediato en muchos casos pudiendo sacarse la sustancia al exterior, ni porque, como luego diremos, se trata de un cultivo de cannabis y su distribución organizada, institucionalizada y con vocación de persistencia en el tiempo, abierta a nuevas incorporaciones.

A lo que se une en el fundamento tercero, como antes se anticipara, la lógica exposición valorativa concorde con la prueba practicada de la falta de concreción cerrada del número de socios y personas con tal cualidad, ni que éstos fueran consumidores a la vista de la falta de garantías y controles internos, y especialmente, la existencia real del riesgo de difusión del consumo a terceros.

El motivo se desestima.



Tercero.

El tercer motivo se formula por infracción del principio de legalidad penal previsto en el art. 25.1 CE al realizarse una interpretación del art. 368 del Código Penal no acorde con el marco constitucional y una subsunción irrazonable de los hechos probados contraria al principio de proporcionalidad.

1. En su desarrollo, introduce diversas aseveraciones argumentativas. En primer lugar, que no ha quedado acreditado la existencia de ánimo de lucro, ni la persecución de la obtención de un beneficio por parte de los acusados condenados. En segundo lugar, se afirma que las políticas criminales supranacionales están cada vez más direccionadas hacia soluciones alejadas del prohibicionismo absoluto, con un largo excurso sobre la normativa internacional, administrativa y referencias al derecho comparado. En tercer lugar, mantiene que la actividad de Casa María es plenamente compatible con la doctrina del consumo compartido mantenida por el Tribunal Supremo. En cuarto lugar, sostiene que no se produce la lesión del bien jurídico protegido que es la salud pública partiendo de que el consumo individual es conducta atípica, con cita de la literatura científica que cuestiona los efectos perniciosos del consumo de cannabis. En quinto lugar, mantiene la actividad legítima de los clubes de cannabis en España que constituyen una eficaz medida para contrarrestar las mafias del mercado negro. Por último, sostiene que la sentencia vulnera el derecho a la igualdad, el derecho a la salud del art. 43 de la Constitución Española en su aspecto negativo, el derecho a la información del art. 20.1 de la Constitución Española, el derecho a la integridad moral del art. 15 de la Constitución Española, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y protección de la salud y el derecho de asociación

2. Tales aseveraciones, dadas las condiciones antes descritas, en que la sociedad desenvolvía su actividad, ya han sido contradichas por la jurisprudencia de la Sala, ya abundante sobre esta cuestión.

Como bien indica la sentencia recurrida, en relación a las denominadas "sociedades cannábicas" o "clubes de cannabis" son muchos ya los pronunciamientos que ha efectuado el Tribunal Supremo, desde la primera Sentencia del Pleno de la Sala Segunda 484/2015 del 7/09/2015 y la posterior sobre el mismo asunto, la 91/2018 del Pleno de 21/02/2018 (asociación EBERS); la STS 596/2015 del 5/10/2015 y posterior STS 373/2018 del 12/07/2018 rec. 755/2015 (asociación Three Monkeys España); la STS 788/2015 del 9/12/2015 y posterior STS 352/2018 del 12/07/2018 rec 834/2015 (asociación Pannagh); la STS 563/2016 del 27/06/2016 (asociación María Gracia Club); la STS 571/2016 del 29/06/2016 (asociación Datura); la STS 698/2016 del 7/09/2016 y posterior STS 571/2017 del 17/07/2017 (asociación Línea Verde BCN); o la STS 182/2018 del 17/04/2018 (asociación Ratja ViP).

Tras la data de la sentencia recurrida, la 684/2018, de 20 de diciembre, rec. 522/2018 (a asociación "Tricosfera"); 87/2019, de 19 de febrero, rec. 811/2018 (Airam -Asociación Independiente Recreativa de Autoconsumo Medicinal-); 521/2019, de 30 de octubre, rec.1741/2018 ; 563/2019, de 19 de noviembre, rec. 2136/2018 (asociación " The Green World In Canyelles"). E incluso una absolutoria, donde se indicaba la falta de acreditación de actos de tráfico a terceros por parte de los concretos acusados, que se denegó casación, la 275/2019, de 29 de mayo, rec. 966/2018 (Asociación Cannábica BarcelonaDon Cogollo). También la 250/2020, de 21 de mayo, rec. 3027/2018 (Asociación K-Lite) donde los responsables de la misma, presidente y tesorero, condenados en al instancia, únicamente discutían la agravación de notoria importancia.

Todas ellas forman un cuerpo doctrinal donde tras admitir que de la misma forma que el autoconsumo de droga no es típico, el consumo compartido o autoconsumo plural entre adictos no constituye una conducta penalmente sancionable (STS 1102/2003, de 23 de julio, 850/2013, de 4 de noviembre y 1014/2013, de 12 de diciembre, entre otras); recuerdan a su vez que la atipicidad del consumo compartido, doctrina de creación jurisprudencial y que constituye una consecuencia lógica de la atipicidad del autoconsumo, solo es aplicable cuando concurren cuatro circunstancias o requisitos (sentencia de Pleno de esta Sala 91/2018 de 21 Feb. 2018, con cita de la STS 360/2015, de 10 de junio):

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 STS 684/2018, de 20 de diciembre, que recopila todas estas resoluciones, recuerda que en términos similares se pronuncian la Sentencia 1472/2002, de 18 de septiembre o la STS 888/2012, de 22 de noviembre, en las que se señalan seis condiciones para apreciar este supuesto de atipicidad, que en realidad son los mismos requisitos ya mencionados, aunque alguno se desdobra:

1.- En primer lugar, los consumidores han de ser todos ellos adictos, para excluir la reprochable finalidad de divulgación del consumo de esas sustancias nocivas para la salud (STS de 27 de Enero de 1995).

2.- El consumo debe producirse en lugar cerrado o, al menos, oculto a la contemplación por terceros ajenos, para evitar, con ese ejemplo, la divulgación de tan perjudicial práctica (STS de 2 de Noviembre de 1995).

3.- La cantidad ha de ser reducida o insignificante (STS de 28 de Noviembre de 1995) o, cuando menos, mínima y adecuada para su consumo en una sola sesión o encuentro.

4.- La comunidad que participe en ese consumo ha de estar integrada por un número reducido de personas que permita considerar que estamos ante un acto íntimo sin trascendencia pública (STS de 3 de Marzo de 1995),

5.- Las personas de los consumidores han de estar concretamente identificadas, para poder controlar debidamente tanto el número de las mismas, en relación con el anterior requisito, cuanto sus condiciones personales, a propósito del enunciado en primer lugar (STS de 31 de Marzo de 1998).

6.- Debe tratarse de un consumo inmediato (STS de 3 de Febrero de 1999).

Por ende, estas asociaciones, desbordan los contornos de la doctrina jurisprudencial del cultivo compartido; cuando como sucede en autos, nada sustenta que el cannabis se distribuyera con una finalidad terapéutica, no ya en un porcentaje relevante sino ni siquiera nimio; no existía control del número exacto de socios (¿ 119, 164 ó 189?) ni de su identidad; permitían consumir la droga fuera del local, o portarla a otros lugares: no atendían al control del máximo de distribución de dos gramos diarios; se franqueaba la entrada a cualquier persona fuera socio o no...; en definitiva, como ya hemos reiterado, no se ha acreditado que estuviera cerrada a un número concreto de usuarios, mientras que mediaba existencia real del riesgo de difusión ...

3. También adiciona la sentencia recurrida la consideración de la STC 100/2018 del 19 de setiembre del Pleno del Tribunal Constitucional, sobre inconstitucionalidad de la Ley del Parlamento de Cataluña 13/2017, de 6 de julio, de las asociaciones de consumidores de cannabis y dado que esta Ley -como en el caso de la Ley Navarra (STC 144/2017, de 14 de diciembre)- establece un régimen jurídico directamente dirigido a "articular el consumo y cultivo compartido de cannabis" o "el consumo, abastecimiento y dispensación" de esta sustancia "cuya disciplina normativa se reserva el Estado", el Tribunal declara la inconstitucionalidad y nulidad de la misma.

4. Reconoce este corpus jurisprudencial, 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. Pero no es válido que se pretenda incluir estos fines en los estatutos, y luego la realidad sea otra bien distinta como en este caso ocurre; se considera conducta típica, si traspasa las fronteras penales y entra en el art. 368 CP 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.

5. En definitiva, además de la doctrina que sustenta el consumo compartido y la normativa que disciplina las asociaciones cannábicas que en modo alguno ampara la conducta de los recurrentes, el recurso prescinde de la prueba que racionalmente sustenta el relato de hechos probados, debida y racionalmente valorada; de modo que la conducta descrita resulta plenamente típica y acomodada al art. 368.1 CP.

En cuanto al resto de las cuestiones suscitadas, baste reiterar con la sentencia de esta Sala Segunda 91/2018 que no es función de este Tribunal la adopción de decisiones que están en manos de otros poderes del Estado.

El motivo se desestima.



Cuarto.

El cuarto motivo se formula por vulneración del derecho a la legalidad penal del art. 25.1 de la Constitución Española por ausencia de subsunción de la conducta en el subtipo atenuado del art. 368 CP.

1. Tras cita de la jurisprudencia que desarrolla los presupuestos de aplicabilidad del art. 368.2 CP y hacer protesta de que sigue considerando que la conducta de los recurrentes no es típica, indica que en la hipótesis de merecimiento de algún reproche penal, el paso lógico no sería la aplicación del tipo básico, sino el atenuado, fundamentalmente en atención al funcionamiento de los programas de reducción de riesgos seguidos por esta Asociación cuyo presidente es a su vez presidente de la Con FAC y conoce perfectamente el Código de Buenas Prácticas y los protocolos de reducción de daños que se especifican en él; lo que unido a la poca cantidad de socios y la poca cantidad de sustancia incautada deberían de tenerse en cuenta para aplicar el subtipo atenuado por la escasa entidad del hecho; especialmente por cuanto la sentencia de instancia no se pronuncia al respecto.

2. Ya indicamos en el correspondiente motivo por quebrantamiento de forma, que no es cierta tal omisión, que al final del fundamento tercero, descartaba la aplicación del tipo atenuado, porque las circunstancias expuestas no justificaban la menor entidad que su aplicación requiere.

Circunstancias que atendían, a la falta absoluta de control de identidad y número de socios y que con la sola protesta de la cualidad de consumidor, se podía retirar la sustancia estupefaciente del local para consumirla en el exterior; y además se podía retirar en más de los dos gramos diarios, establecidos como dosis diaria, sin control alguno.

Por lo que hemos de reiterar que la conducta concretada en organizar un sistema de cultivo, acopio y/o adquisición de marihuana con la finalidad de repartirla o entregarla a terceras personas (indiscriminadas, pues la petición con la manifestación de ser o desear ser socio, a la par que consumidor, bastaba), sin control de cantidades o personas, en nada se debe beneficiar de las previsiones de unos estatutos asociativos, que son inobservados en esa distribución indiscriminada; no puede entenderse de escasa entidad.

A ello, adiciona el Ministerio Fiscal en su informe que no se puede sostener racionalmente que la conducta desarrollada por los acusados como directivos de una Asociación constituida con vocación de permanencia y estabilidad, dedicada al cultivo y distribución de sustancias estupefacientes a terceros, con nulo control de las sustancias que se facilitaban a los asociados y permitiendo que la mercancía pudiera salir al exterior de la sede asociativa con el consiguiente riesgo de propagación a personas no asociadas, que habían instalado una auténtica plantación de cáñamo y a los que se incautó una cantidad aproximada de un kilogramo de sustancia estupefaciente, sea considerado como de menor entidad a los efectos de la tipificación delictiva. Máxime cuando su argumentario sobre las supuestas discrepancias en relación a la antijuricidad de las actividades de las asociaciones cannábicas responden a un mero voluntarismo de la parte que no tiene reflejo alguno en la doctrina uniforme mantenida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Quinto.

El quinto motivo lo formula al amparo de los arts. 852 LECr y 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE al no haberse determinado el porcentaje de tetrahidrocannabinol de la sustancia incautada y por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías por ruptura de la cadena de custodia en relación a la supuesta sustancia incautada; con la precisión ulterior de que también "se introducen cuestiones tanto de peso como de valor de la sustancia y, por tanto de la multa".

1. De forma paralela el séptimo motivo lo formula por al amparo de los arts. 852 LECr y 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE y por error en la valoración de la prueba; igualmente por no haberse determinado el porcentaje de THC de la supuesta sustancia estupefaciente incautada con la consiguiente vulneración del artículo 368 del Código Penal.

2. Sobre la cadena de custodia. Alega el recurrente en definitiva, que en autos, además de vicios en el pesaje y en el análisis de la droga, se ha levantado una única acta de recepción, así como de análisis, de forma que queda patente que la supuesta sustancia estupefaciente hallada en distintos domicilios e incautada a diferentes personas ha sido confundida y pesada de forma conjunta, sin que se pueda acreditar qué cantidad de la supuesta sustancia incautada pertenece a los acusados, qué cantidad pertenecía a quien fue absuelto, qué cantidad llevaban los supuestos compradores y qué partes de la planta han sido pesadas y analizadas sin estar sujetas a fiscalización internacional.



2.1. En su impugnación, el Ministerio Fiscal, además de citar jurisprudencia de esta Sala Segunda que indica que la cadena de custodia no es una especie de liturgia en la que cualquier fallo abocaría a la pérdida de toda eficacia y sirve para acreditar la "mismidad" del objeto analizado, la correspondencia entre el efecto y el análisis o informe, su autenticidad (STS 277/2016, de 6 de abril); o que la cadena de custodia no es un fin en sí mismo, sino que tiene un valor instrumental, pues lo único que garantiza es la indemnidad de las evidencias desde que son recogidas hasta que son analizadas, lo que en caso de quiebra puede afectar a la credibilidad del análisis, pero no a su validez; o que la existencia de alguna irregularidad en los protocolos establecidos no equivale a nulidad (por todas, STS 725/2014, de 3 de noviembre); reseña que el examen de las actuaciones que autoriza el art. 899 LECr, revela el carácter infundado de la queja del recurrente:

En efecto, en las actas de registro domiciliario -folios 77 a 83 y 88 a 93- se describen de forma minuciosa y pormenorizada las distintas sustancias intervenidas en los registros, descripción coincidente con los reportajes fotográficos obrantes a los folios 134 a 140 y 150 a 153 de las actuaciones. En los folios 205 a 210 obran los originales de las actas de incautación a diversas personas de sustancias estupefacientes adquiridas en la sede de Casa María que se consignan en el "factum".

En el atestado obrante a los folios 98 a 119 se hace constar el peso en bruto de la totalidad de las sustancias intervenidas en los registros domiciliarios y a las personas que figuran en las actas de incautación de los folios 205 a 210, se describen pormenorizadamente las diferentes sustancias incautadas en el curso de las actuaciones y se refleja en el folio 111 la diligencia de pesaje y valoración.

Por último, consta en los folios 258 y 259 el acta de recepción en Sanidad de las 31 muestras entregadas que se corresponden con las incautadas relacionadas en las actas de registro y en las actas de intervención, reflejándose en dicha acta el peso neto de las sustancias, descartando, como así manifestó en el plenario la perito de farmacia, los tallos, raíces y ramas, pesaje neto que, como no podía ser de otra manera, se produce una vez retiradas los envoltorios de cada una de las muestras. El resultado analítico - folios 256 y 257- se corresponde íntegramente con las muestras previamente recepcionadas.

Es preciso añadir que, como manifestaron en el plenario el instructor de las diligencias y el agente encargado de la entrega del alijo en el laboratorio, las sustancias incautadas en el registro se metían en bolsas y se marcaba cada bolsa con un número de orden, cajas y bolsas que fueron rotuladas, precintadas y custodiadas en la caja fuerte de Comisaría hasta su traslado al laboratorio

2.2. La Audiencia, por su parte, contesta pormenorizadamente a esta cuestión, con abundancia de datos, razonabilidad del seguimiento de la mismidad de la sustancia intervenida, explicación de la adecuación del pesaje a la estricta sustancia psicoactiva con expresas referencias periciales y concordancia documental, de modo que difícilmente se entiende la formulación del motivo:

El agente de PN NUM005 que actuó como instructor de las diligencias, sostuvo que las sustancias que se llevaron a dependencias de Sanidad fueron reseñadas y depositadas en cartón o papel para su debida conservación, la compartimentación que entregaron en el laboratorio se correspondía, justamente, con aquella que habían hecho en la entrada y registro y el alijado fue el reflejado en el Acta de registro. Dijo que recogieron, primeramente, lo que el Sr. Jesús, en presencia de su abogado, les iba entregando y registraban por habitaciones y cuadrículas, recogiendo también lo que ellos veían. Las plantas las recogieron enteras. En el mismo sentido los testimonios de sus compañeros agentes NUM006, NUM007 y NUM008 intervinientes en el registro de la CALLE000.

Este último PN NUM008, interviniente en el registro de CALLE000 y en la casa de Vilaboa, fue quien hizo entrega de las sustancias en Sanidad (f. 258) y elaboró el informe de tasación (f. 284 ss), sostuvo que las sustancias fueron entregadas en Sanidad, tal como se fueron recogiendo en el registro, recogían en primer lugar las que les iba indicando el acusado Sr. Jesús y por dependencias, también lo que ellos veían. Lo iban metiendo en bolsas y marcando cada bolsa con un número de orden. Dijo que cajas y bolsas fueron entregadas individualmente rotuladas y precintadas, custodiadas en caja fuerte en comisaría y trasladadas en el mismo orden y que la fecha de entrega en sanidad, la fija este organismo dependiendo de su calendario. Que lo que era cada cosa se iba guardando en bolsas independientes, así por ejemplo, dentro de cada habitación no mezclan plantas con cogollos.

Los agentes coincidieron en que en comisaría las guardan en caja fuerte y en bolsas que garanticen su debida conservación. La perito Sra. Mariola, sostuvo que se recogieron las 31 muestras que traía la policía, tal y como las entregaron. En el laboratorio determinaron el peso neto y la naturaleza de la sustancia y descartan la fiscalización de tallos, raíces y ramas. Y preguntada a propósito del oficio de Sanidad del 5 de agosto del 2013, (F.



249) sobre la compatibilidad de un supuesto "estado de descomposición" con la descripción de alguna muestra como "planta seca", afirmó que el oficio debía contener un error, porque al recibir las muestras describen su estado como aquí se hizo y si la planta está seca o húmeda así se hace constar. Si está húmeda proceden al secado y si estuviera deteriorada lo habrían consignado. Concluyó afirmando que habían sido incautadas en mayo del 2013 y estaban en perfecto estado para ser analizadas.

Los testimonios de funcionarios de policía, de la perito de Sanidad Exterior y la comparación del contenido de las actas de registro judicial (f. 77 a 83), policial (f. 104,105) y fotografías remitidas (f. 134 a 140) de la casa nº NUM002 de CALLE000, con las Actas de pesaje y análisis de la sustancia (f. 256 a 259), no sustentan las irregularidades alegadas, y si alguna existió, ello no fundamenta la duda que pretende sembrar la defensa acerca de que la sustancia analizada no se corresponda con la incautada en dicho registro.

Existe correspondencia entre las muestras relacionadas e intervenidas en las actas de registro (véase Acta judicial) con lo recibido por el laboratorio de Sanidad Exterior para su análisis. Siendo cierto que en Diligencia policial inicial de pesaje y valoración, se refieren 253,5 gr de "sustancia vegetal al parecer marihuana" como recogidos en la casa de Vilaboa, se trata como dijo el agente NUM009 de un pesaje bruto muy orientativo, de lo que se interviene en ese momento. En cualquier caso, como afirmó la perito Sra. Mariola, las muestras que recibieron en el laboratorio oficial, tenían la naturaleza que se reseña en el acta de análisis, con el estado que también se indica y en todas las que analizaron corroboraron el principio activo THC. Por tanto, de aquella diligencia no cabe deducir que hubieran sido fiscalizados esos esquejes.

De todo ello concluimos que, las sustancias intervenidas en la CALLE000 se corresponden con las muestras recibidas en el laboratorio, no solo por lo referido, sino también porque su descripción es coincidente. Así en el laboratorio se reciben como muestras varios tarros de cristal conteniendo sustancia y rotulados con distintas denominaciones, cajas con inflorescencias, un tupper - además de otras-, que son a simple vista, plenamente coincidentes con las fotografías tomadas en el registro (f. 134 a 136) y se corresponde también, con la notoria diferencia entre el peso bruto orientativo de 5011,1 gr, reflejado en el f. 113 y el peso neto mucho menor (en torno a los 1000gr), considerando el peso de los envases (tarros de cristal, cajas, tupper...).

A mayor abundamiento, los registros fueron presenciados por el Sr. Jesús, con dos abogados distintos - uno en cada caso-sin que hubieran hecho protesta o reclamación alguna respecto a la forma en que se procedía a la recogida o alijado de la sustancia.

No cabe concluir ante lo infundado de la queja, sino como hace la propia sentencia recurrida: en definitiva, la cuestión debe ser desestimada

3. Sobre el porcentaje de THC. Argumenta que no se ha acreditado, tras la prueba practicada, que nos encontramos en presencia de cannabis sujeto a fiscalización internacional, porque la prueba pericial no determinó el porcentaje de THC que contenían las muestras analizadas. En apoyo de su tesis, cita: i) la ST/NAR/40 de las Naciones Unidas que diferencia el cannabis con efectos psicoactivos del cáñamo industrial cuando el porcentaje de THC del primero es superior al 0'2 %; ii) el Reglamento de la UE 1307/2013, que en su art. 32.6 considera admisible el cultivo de variedades del cáñamo con un contenido de THC no superior al 0'2 %; y iii) el Acuerdo Marco de Colaboración del año 2012 que obliga en las analíticas a la determinación de la riqueza del principio activo.

3.1. La sentencia recurrida contesta cumplidamente a esta cuestión, en el apartado c) de su primer fundamento.

En la reciente sentencia 205/2020, de 21 de mayo, dictada también en el enjuiciamiento de los responsables de una asociación cannábica, especificábamos: la Convención Única de marzo de 1961 sobre estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 1972, dentro de las definiciones, establecidas en su artículo 1, se contiene:

(...)

b) Por "cannabis" se entiende las sumidades, floridas o con fruto, de la planta de la cannabis (a excepción de las semillas y las hojas no unidas a las sumidades) de las cuales no se ha extraído la resina, cualquiera que sea el nombre con que se las designe.

c) Por "planta de cannabis" se entiende toda planta del género cannabis.

d) Por "resina de cannabis" se entiende la resina separada, en bruto o purificada, obtenida de la planta de la cannabis.

u) Por "Lista I", "Lista II", "Lista III" y "Lista IV" se entiende las listas de estupefacientes o preparados que con esa numeración se anexan a la presente Convención A la vez que incluye en la Lista I, al "cannabis y su



resina y los extractos y tinturas del cannabis"; y en la lista IV al "cannabis y su resina", por tanto, no la totalidad de la planta sino partes muy concretas de la misma.

De modo que se excluye cuando menos son desechables partes leñosas ramas, raíces, algunas hojas, en definitiva, todo lo que no sea como indica la norma sumidades, floridas o con fruto, de la planta de la cannabis (a excepción de las semillas y las hojas no unidas a las sumidades) de las cuales no se ha extraído la resina.

También indicamos que la diferencia entre hachís y marihuana (o hierba de cannabis), no resulta de un porcentaje determinado de THC, que marque el límite entre ambas modalidades de estupefacientes, aunque sea especialmente indicativo al ser sensiblemente superior en el hachís, si bien, cada vez, los niveles de THC son significativamente mayores en ambas modalidades, conforme evidencian los análisis de las sucesivas intervenciones que dan lugar a los correspondientes procesos que hemos de enjuiciar. La diferencia estriba, por expresarlo de manera muy simplificada en que la marihuana es hierba disecada, es decir las hojas y las flores secas de la planta de cannabis sin sufrir modificaciones, que suele presentarse prensada; mientras que el hachís proviene de las secreciones de resina de la planta de cannabis, del que se elimina la mayor parte del material vegetal visible.

En autos, la sentencia de instancia explica: La perito Sra. Mariola, sostuvo que se recogieron las 31 muestras que traía la policía, tal y como las entregaron. En el laboratorio determinaron el peso neto y la naturaleza de la sustancia y descartan la fiscalización de tallos, raíces y ramas.

(...) La perito Sra. Mariola (Sanidad Exterior, Subdelegación del Gobierno de Pontevedra) afirmó que fiscalizaron lo que es objeto de fiscalización, siguiendo los protocolos, hicieron dos pruebas, las colorimétricas indicativas de la existencia de THC y la cromatografía de gases que son las que corroboran o confirman ese indicativo. Afirmó que, en principio, las hojas también tienen THC, aunque en menor cantidad que los cogollos y que lo desechable es las partes leñosas, ramas y raíces de la planta. En todas las muestras descartaron la presencia de tallos, ramas y raíces, tratándose en su práctica totalidad de inflorescencias o cogollos como resulta del informe. Explicó que no determinan el índice de THC porque la marihuana no está fiscalizada en función del índice del THC sino la misma planta, (inflorescencias junto con las hojas unidas a ellas y resina) y tratándose de planta seca picada, como está picada no saben lo que tiene y se fiscaliza. Concluyó que determinaron la existencia de THC en todas las muestras, no su grado. Así pues, en todas las muestras se confirmó THC, su práctica totalidad se trataba de cogollos o sumidades floridas, y en las dos muestras - definidas como planta seca picada-, ratificó la perito la existencia de THC.

3.2. Es decir, se analizaron las inflorescencias, cogollos o sumidades floridas, a través de pruebas colorimétricas indicativas de la existencia de THC y la cromatografía de gases que lo confirmó. Justamente ello integra el concepto normativo de "cannabis", incluido en los Listados de los Convenios de Naciones Unidas en la materia (en especial el Convenio Único sobre estupefacientes de 1961 enmendada por el Protocolo de 1972) y por ende con capacidad para producir los efectos que le son propios como tal estupefaciente.

El propio manual para uso de los laboratorios nacionales de estupefacientes ST/NAR/40, titulado Métodos recomendados para la identificación y el análisis del cannabis y los productos del cannabis, de la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito (UNODOC), que invoca el recurrente y da cumplida cuenta la sentencia recurrida, enseña que contenido de THC varía en función de la parte de la planta de que se trate, e indica un 10 a 12% en las flores pistiladas.

En el caso del hachís, como el resto de los derivados del cannabis, el porcentaje del principio activo, tetrahidrocannabinol (THC) no indica que solo en ese porcentaje sea hachís y el resto proveniente de mezcla o adulteración; íntegramente se trata de hachís, al margen del porcentaje de THC, que únicamente determina su potencia (vd. STS 393/2015, de 12 de junio); es decir, como establece la STS 732/2012, de 1 de octubre, carece de relevancia el porcentaje de tetrahidrocannabinol de la droga intervenida, en orden a la determinación de la cantidad de notoria importancia; pues a diferencia de lo que ocurre con la heroína y cocaína, que son sustancias que se obtienen en estado de pureza por procedimientos químicos, alterándose su composición inicial al ser mezclada con otros aditivos, los derivados del cannabis, en sus diversas presentaciones, son productos vegetales que se obtienen de la misma planta sin necesidad de proceso químico (se obtiene por el secado y prensado del cannabis), por lo que la sustancia activa, THC, nunca se presenta en estado puro, siendo por ello indiferente su grado de concentración una vez constatada su toxicidad.

Dicho de manera más sucinta con cita de una de las múltiples resoluciones de esta Sala contenidas en la sentencia recurrida, el dato de concentración de THC en que se mide el hachís no tiene el mismo significado que el porcentaje de pureza en que se miden otras sustancias, como la heroína o la cocaína, pues únicamente expresa la densidad de la sustancia -y no su pureza-; por ello, como reiteradamente ha expuesto esta Sala (ya desde la STS 1.332/1.995, de 29 de Diciembre), ni siquiera resulta necesario expresar en la analítica de estas



sustancias, catalogadas todas ellas como menos lesivas para la salud, el porcentaje de principio activo, sino el peso de las mismas.

De ahí que el referido Manual, como destaca la sentencia recurrida, efectivamente relate, en congruencia con el fundamento de la anterior jurisprudencia, que en la legislación de la mayoría de los países no se exige el análisis detallado del contenido de THC de cada producto.

De otra parte, ningún indicio avala la aventurada hipótesis de que nos encontremos ante fibra de cáñamo, con índices de THC inferiores a 0.2%; en primer lugar porque aparte de su diferente riqueza en THC y CBD, presenta diferencias morfológicas, escasa fluorescencia y resulta de difícil cultivo en el interior; deviene además contrario a toda máxima de experiencia, que persistiera el flujo de consumidores que acudían a la sede de la asociación, si lo que se distribuía fuese cáñamo por muy alto que fuera el contenido en CBD; en acertada explicación de la resolución recurrida, en el contrato de previsión de cultivo se establece "el compromiso de dedicar íntegramente la cosecha de sumidades floridas de cannabis hembras (cogollos) al consumo de los socios de casa María", siendo tales las de mayor índice de THC; ... la búsqueda de la sustancia, a la que su "adicción" al consumo de cannabis los llevaría, según los informes médicos aportados por ellos, solo se explica por ese mayor índice de THC; y además, los títulos de los frascos con inflorescencias de cannabis intervenidos en la vivienda de la CALLE000, disipan cualquier duda: Twister, Marmalate, Big Bud, Green Poison, variedades de cannabis feminizadas con dominancia índica, tendentes a provocar especiales o intensos efectos psicoactivos, que en nada se compadecen con la fibra de cáñamo; otro de los frascos llevaba la etiqueta de Skunk, híbrido definido en el propio Manual ST/NAR/40, con constitución de un 75% de cannabis sativa y un 25% de cannabis indica. E incluso en una de las intervenciones narradas en el relato probado, correspondiente al 16 de mayo, se narra: Julio entregó en la misma vivienda a Jaime, a cambio de precio tres bolsas de plástico con inscripciones diferentes que contenían, 2,44gr ("wapa"); 3,33 gr ("mermelate") y 2,62 gr ("O.C") de cannabis. Donde destaca, el suministro y para el exterior de más de ocho gramos, pero a las modalidades anteriores de marihuana, ahora se añade el wapa, una modalidad de la referida skunk.

Los contratos con los socios indicaban que se cultivaba y distribuía cannabis; la asociación tenía ese objeto; la distribución no se interrumpía; median los análisis colorimétricos indicativos de la existencia de THC y la cromatografía de gases que lo confirma; los letreros de alguno de los botes indican diversas variedades de cannabis que corroboran la finalidad lúdica; el cáñamo resulta disfuncional en esa actividad públicamente declarada. En definitiva, prueba incontrovertida de tratarse de la sustancia estupefaciente que colma la tipicidad afirmada. Incluso al margen de la especificidad del cannabis y su naturaleza plenamente vegetal, para cualquier clase de droga o estupefaciente, tiene declarado esta Sala, que no existe un catálogo cerrado de medios probatorios con idoneidad para acreditar la existencia del objeto del delito (STS 492/2016, de 8 de junio). Los que concurren en autos son hartos suficientes, como bien argumenta la resolución recurrida, tanto más cuando estamos ante cannabis y la pericial sobre su naturaleza lo confirma.

4. Sobre el valor de la droga. La parte recurrente, tras criticar que se utilicen las tablas de precios fijadas por la Oficina Central Nacional de Estupefacientes basadas en las fluctuaciones en el mercado negro, cuando el sistema de reparto del cannabis en el seno de la Asociación distaba mucho del de una red de narcotráfico, entendiéndose que procede fijar el valor de la sustancia por kilogramos y no por gramos por ser más beneficioso para el reo.

Si se distribuía por gramos, no se entiende por qué el valor debía referirse a kilogramos. En cuanto al valor referencial, que la distribución de la droga, se realice de un modo más o menos encubierto, no determina por ello su licitud, ni conforma de facto un mercado oficial que facilite otro precio que el objetivo designado, sin que por otra parte, se haya intentado acreditar ni ofrecido prueba alternativa (no invocada al menos en el recurso) de que el precio fuere otro. Como informa el Ministerio Fiscal, los parámetros de precios de venta en el mercado que son publicados por el Observatorio Español sobre Drogas, Plan Nacional sobre Drogas y Comisaría General de Policía Judicial que facilitan semestralmente a los órganos judiciales, es valoración que se ajusta a las previsiones del art. 377 del Código Penal como ha reconocido la doctrina jurisprudencial -vid, SSTS 64/2011, 8 de febrero ó 1003/2013, de 20 de noviembre-.

En la reciente STS 87/2020, de 3 de marzo, indicamos que el Acuerdo de Pleno de esta Sala de 24 de mayo de 2017, que establece que "El valor de la droga es un elemento indispensable para la fijación de la consecuencia jurídica del delito contra la salud pública y, por lo tanto, debe declararse en el relato fáctico de la sentencia.

Para su acreditación deberán valorarse los informes periciales o cualesquiera otros medios que reflejen el valor de la droga o el beneficio que con las mismas se ha obtenido o se pretendía obtener."



Por otro lado, debemos indicar, que el precio medio de las sustancias estupefacientes que semestralmente publica la OCNE lo es por una entidad oficial que tiene en cuenta los datos empíricos derivados de la práctica usual, que además tiene la ventaja de proporcionar seguridad jurídica en cuanto facilita una regla objetiva de cómputo extraída de la práctica.

Tal y como indicábamos en nuestra sentencia 889/2008, 17 de diciembre, es cierto que no estamos en presencia de un mercado oficial en el que el valor de sus productos sea objeto de publicación general. Pero también lo es que para el conocimiento de ese valor puede ser suficiente la simple consulta a numerosas páginas de Internet, algunas de ellas de carácter oficial, en las que esos parámetros son difundidos (cfr, Informe 2007, Observatorio Español sobre Drogas, Plan Nacional sobre la Droga, Ministerio Sanidad y Consumo, Gobierno de España, en <http://www.pnsd.msc.es/home.htm>). Además, los precios de venta en el mercado son remitidos por la Comisaría General de Policía Judicial semestralmente a los órganos judiciales.

En igual sentido, las SSTS núm. 256/2019, de 22 de mayo; 575/2013, de 28 de junio; 503/2013, de 19 de junio; 744/2013, de 14 de octubre; 94/2013, de 12 de febrero; 1191/2011, de 3 de noviembre; 990/2011, de 23 de septiembre; 64/2011, de 8 de febrero; 550/2010, de 15 de junio; 73/2009, de 29 de enero; y 889/2008, de 17 de diciembre.

Sexto.

El sexto motivo lo formula al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción de precepto constitucional y, en concreto, vulneración del derecho a la legalidad penal del artículo 25.1 de la Constitución española por aplicación retroactiva de una nueva interpretación del artículo 368 del Código Penal.

1. Alega que la sentencia de instancia menciona como verdadero precedente, la STS 1377/1997; pero se trataba de un precedente único, en un caso diferente, de hace casi veinte años; años en los que las Audiencias Provinciales habían mantenido de "forma muy mayoritaria" que la conducta en cuestión era una conducta atípica si concurrían ciertas condiciones.

Destaca que si en realidad lo que se trataba es de tipificar (en el sentido en el que lo hace la jurisprudencia) el resultado de ese proceso, como señala el abc del principio de legalidad, no se puede aplicar retroactivamente tal tipificación. Si a partir de los criterios expresados por el Pleno del TS citado y que son acogidos por la Sala de instancia, acerca de los supuestos en los que el cultivo colectivo es constitutivo de promoción, facilitación o favorecimiento del consumo ilegal de drogas, lo realizado por los acusados era un delito, y si hasta ese momento, tal como reconoce la propia sentencia -en imprecisión que trata de remediar-, tal cosa no estaba clara, el criterio del Tribunal solo puede aplicarse a las conductas cometidas a partir de su publicación y no a los comportamientos que enjuiciaba.

Mientras que, añade, en el caso que nos ocupa nos remontamos a unos hechos supuestamente acaecidos en 2.013, muy anteriores a la nueva doctrina jurisprudencial consolidada a partir de la Sentencia 484/2015 del Pleno del Tribunal Supremo.

2. Sin embargo, no se ha producido ninguna novedad en la interpretación del art. 368 del Código Penal que afecte a la conducta desplegada por los acusados. La doctrina jurisprudencial se ha mostrado uniforme y sin fisuras en la consideración como típicas de las actividades de los clubes de hachís, en asuntos similares al que nos ocupa que, en modo alguno, pueden encuadrarse en la llamada doctrina del consumo compartido atípico, sin que pueda descartarse a voluntad, como supone el recurrente, una resolución por su antigüedad cuando ha servido de base y sustento para reafirmar la misma doctrina en las numerosas sentencias dictadas por la Sala Segunda en relación con las asociaciones cannábicas, antes enunciadas .

Ante tal constante doctrina de esta Sala Segunda, es obvio que difícilmente puede sustentarse en recurso de casación que obramos con carácter retroactivo al aplicar una jurisprudencia, que nunca ha mutado, porque existieran resoluciones de Audiencias Provinciales que defendieran otro criterio, que por otra parte, en modo alguno se justifica mayoritario.

3. Invocaba también el recurrente la STEDH Del Río Prada, el Tribunal Europeo que condenó al Estado español por vulneración del principio de legalidad y del derecho a la libertad personal porque sus tribunales han incrementado la pena de la demandante a través de una interpretación jurisprudencial nueva (§§ 117, 132). Pero en aquel caso, la fundamentación partía de la variación de una práctica jurisprudencial o administrativa consolidada en el tiempo. En el caso de las asociaciones cannábicas, que al margen del contenido de sus estatutos, devenían en meros centros de distribución de marihuana o de hachís, de forma indiscriminada y sin control alguno, en modo alguno existía una jurisprudencia que hubiera podido crear expectativas legítimas en los



interesados como interpretación estable de consagrar tal fraude de ley como causa de atipicidad en esa conducta de tráfico de drogas. Igual que no han sido variados en modo alguno, los criterios jurisprudenciales para entender atípico el consumo compartido de droga, en autos, continuamente desbordados.

En cualquier caso, el propio TEDH, en el caso Arrózpide Sarasola y otros c. España, sentencia de 23 de octubre de 2018, donde también se invocaba quebranto del art. 7 del Convenio por giro jurisprudencial, precisaba: Este Tribunal admite que la elaboración de una doctrina jurisprudencial supone un proceso que puede tomar un tiempo y que la existencia de divergencias es tolerable siempre que el ordenamiento jurídico interno tenga la capacidad de unificarlas (ver *mutatis mutandis*, Borcea contra Rumanía (dec.) nº 55959/14, § 66, 22 de septiembre de 2015). En este caso, el más alto Tribunal del país en materia penal, esto es el Tribunal Supremo (en formación del Pleno de la Sala de lo Penal), ha solucionado esta divergencia zanjando la cuestión de la acumulación de las penas cumplidas en otro Estado miembro de la Unión Europea. Este Tribunal remarca que las soluciones adoptadas en las causas de los recurrentes se han sujetado al fallo del Pleno del Tribunal Supremo... (§ 128).

En autos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, era clara, constante, además se precisó en Pleno; y con ese constante criterio se dicta la resolución recurrida.

El motivo se desestima.

Séptimo.

El octavo motivo lo formula al amparo de los artículos 852 LECr y 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y de un proceso con todas las garantías del artículo 24.1 y 2 CE, al haberse infringido lo dispuesto en el artículo 367 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

1. Reprocha que se procediera a la destrucción de las sustancias intervenidas sin respetar el plazo prevenido en el artículo 367 ter LECr, sin la preceptiva notificación a la defensa a la que ni siquiera se le había dado traslado de los informes analíticos y cuando estaba aún pendiente de proveer un escrito de 31 de julio presentado por la representación procesal de los acusados en el que se solicitaba el sobreseimiento de las actuaciones y la devolución de los efectos incautados en los registros. Afirma que ello, privó a las defensas de la posibilidad de combatir las conclusiones alcanzadas en el informe analítico.

2. Como bien argumenta la resolución recurrida, ninguna indefensión material se produjo a los acusados en relación a la posibilidad de impugnar el análisis cualitativo de la droga: La cuestión ya fue anteriormente suscitada por la defensa en sus recursos contra el auto de fecha 11/02/2015, por el que se acordó continuar por los trámites del procedimiento abreviado.

(...) Como ya resolvió en su día la Sección 4ª de esta Audiencia por un auto del 23/11/2015 (f. 449), la nulidad debe traer causa de una efectiva indefensión, cuya concurrencia fue entonces rechazada y debe serlo ahora. No se acreditó entonces ni ahora, que efectivamente se hubiera ocasionado a los acusados la indefensión que se alega, pues nunca a lo largo de las actuaciones participó la defensa su interés en realizar una pericial de contraste, en relación con el "muestreo" o cualquier otro aspecto. Efectuó por primera vez esta queja en un escrito del 3/03/2014, con motivo de presentar recurso contra la denegación de sobreseer las actuaciones. Se han conservado muestras suficientes para análisis contradictorio y dirimente, o cualquier otra clase de investigación, sin que la defensa hubiere intentado análisis alguno en relación con ellas, de manera que tampoco puede concluirse que resultaran insuficientes a tal efecto.

De otra parte, como se indica en la ya mencionada STS 87/2019, de 19 de febrero, de un lado, el contraanálisis estaba garantizado con las muestras reservadas en el laboratorio. De otro, y en lo que hace referencia a cuál sería el peso total de la sustancia sobre la que habían de extrapolarse los resultados obtenidos con el muestreo, no es el peso global de las plantas el elemento definitorio, pues habiéndose de descontar el tallo y debiéndose computar únicamente las hojas y flores de cada una de las matas, lo relevante es contar con los datos que ya se habían recogido en la prueba preconstituida por el letrado de la Administración de Justicia, es decir, el número de plantas que tenían un tamaño semejante a aquellas de las que se separaron las muestras. De otro lado, la naturaleza vegetal de las mismas, y el tiempo transcurrido entre la intervención judicial y la petición de su pesaje, imposibilitaba confirmar el resultado anterior. Bien por el crecimiento de las plantas si estaban en condiciones de supervivencia, bien por su deshidratación y putrefacción en caso contrario, los resultados que hubiere ofrecido el pesaje cuando se petición, carecían de virtualidad ninguna para la causa.

El motivo se desestima.



Octavo.

El noveno motivo lo formula por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECr, por indebida aplicación del artículo 368 del Código Penal.

1. Argumenta que las conductas que subsume el art. 368 C.P serían consecuencia de la venta indiscriminada de droga a terceras personas que afecta al "indeterminado" bien jurídico protegido salud pública. Pero, al contrario, afirma, existen conductas que no pueden ser subsumidas dentro de este precepto, como el autoconsumo, el autoconsumo compartido, el autocultivo compartido y el autocultivo compartido dentro de asociaciones cannábicas que intenten reducir los daños en la salud que provoca el consumo de cannabis y por lo tanto engloben conductas que no afecten al bien jurídico protegido salud pública.

2. Obvia la parte recurrente, el relato de hechos probados, donde de un parte se describen los fines estatuarios de la asociación y de otra la actuación que desarrollaban los acusados, donde ser socio, era manifestar su deseo y condición de consumidor, que no se controlaba el número y por tanto tampoco identidad de los socios y se permitía portarla sin consumirla en la sede, con el obvio riesgo de difusión del consumo de la misma. Lo que en absoluto se complace con el consumo compartido restablecido como atípico, tal como desarrollamos anteriormente en el apartado 2 del fundamento tercero.

3. Alude también la parte recurrente, a la Directiva (sic) Marco, cuando establece que " las conductas expuestas en el apartado 1 no se incluirán en el ámbito de aplicación de la presente Decisión marco si sus autores han actuado exclusivamente con fines de consumo personal tal como lo define la legislación nacional" (art. 2.2).

Pero la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo de 25 de octubre de 2004 relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas, como su propio título indica y recalca su considerando (3), atiende a configurar un mínimo punitivo, que no impide el establecimiento de otras conductas típicas, aunque su regulación entonces reste fuera del ámbito de la Decisión. En todo caso, en la delimitación de la atipicidad del consumo personal (que no asociativo), remite a la normativa interna de cada Estado; y ya hemos visto como el supuesto de autos no cumplimenta los características que determinan la atipicidad del consumo compartido.

El motivo se desestima.

Noveno.

El décimo motivo lo formula al amparo de lo previsto en el artículo 849.1 LECr, por infracción de ley, por no concurrir el elemento objetivo del tipo previsto en el art. 368 del Código Penal, por la falta de determinación del porcentaje de THC de la supuesta sustancia estupefaciente incautada.

Cuestión ya analizada en el apartado tercer del fundamento quinto a cuyo contenido nos remitimos para su desestimación.

Añadir únicamente que aunque el art. 788.2 LECr., alude a que "tendrán carácter de prueba documental los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas"; en nada afecta en autos, pues: a) la planta del cannabis siempre es el vegetal que como tal se alude y las sumidades floridas siempre integran estupefaciente cualesquiera que sea el índice de THC; b) dado que la perito ratificó su dictamen en juicio, resulta indiferente que su informe previo se considere documento o no; y c) el art. 788 es norma procesal, no sustantiva, por ende inhábil para sustentar un motivo pro infracción de ley del art. 849.1 LECr.

Décimo.

El undécimo motivo lo formula al amparo de lo previsto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, por indebida inaplicación del artículo 14 del Código Penal en relación al error de tipo o, subsidiariamente, al error de prohibición invencible, concurriendo los presupuestos para su aplicación tal y como se desprende de la documentación obrante en autos.

Formulación que implica necesariamente su desestimación, pues no permite el motivo de infracción de ley del art. 849.1, acudir a valoración probatoria alguna para su sustento, sea documental o no; sino que debe atenerse estrictamente a la declaración de hechos probados, donde no consta tal ignorancia.

En cuanto el error de tipo, subsidiariamente formulado, hemos de reiterar lo afirmado por esta Sala en supuestos similares: ... de existir, el error habría que adscribirlo necesariamente a la categoría del error de



prohibición y no al de tipo. 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 se atienden 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 (STS 484/2015, de 7 de septiembre).

La resolución recurrida, en subsunción de la doctrina de esta Sala al respecto, pero con plena acomodación a la cognoscibilidad de los acusados, igualmente rechazó motivadamente en el fundamento quinto tal concurrencia de error de prohibición:

Alegan las defensas que, de existir tipicidad, los acusados habrían actuado bajo error de prohibición invencible. La defensa de Jesús y Julio, incluso invoca el error de tipo. Consideramos que concurre un error de prohibición vencible del art. 14.3 CP., porque los acusados, a tenor de sus propias manifestaciones, sabían que había acusaciones e intervenciones respecto a los clubes de cannabis, si bien consideraban que las sentencias de las Audiencias eran mayoritariamente absolutorias. El Sr. Jesús llegó a admitir que solo conocía una sentencia condenatoria y Julio, dijo que la información que obtuvieron es que al final absolvían; por tanto, pese a que confiaran en la absolución, consideramos que tenían que representarse, cuando menos, la posibilidad de la ilicitud de la asociación con su actividad. Y creemos que se lo representaron, porque los Estatutos presentados a la Xunta de Galicia no eran claros. Solo desde una claridad que aludiera a la esencial actividad de la asociación - autocultivo de cannabis sátiva y su distribución entre los socios- podríamos pensar que su visado por la Xunta de Galicia favorable a la inscripción fundaría el error invencible que alegan.

Por contrario, en los Estatutos presentados a la Xunta para inscripción no solo no se menciona esa actividad, sino que tampoco puede deducirse de su contenido. En este sentido, no compartimos que sea deducible del art. 2 de los Estatutos, en cuanto establece entre los fines de la asociación "Evitar el peligro para la salud de sus usuarios inherente al mercado ilegal de cannabis mediante actividades encaminadas a la prevención de los riesgos asociados a su uso". Consecuentemente, y aunque previo a la inscripción se hubiera dado traslado de dichos Estatutos a la Consellería de Sanidad, no encontramos justificado el error invencible.

Más aún si consideramos que se anunciaba en el impreso de normas de régimen interno (apartado h) que "la asociación solicitará de la Agencia Española del Medicamento el permiso para llevar a cabo cultivos legales" ..., pero en su apartado J) se recoge que "este cultivo es perfectamente legal" (..) y "entendemos que no es necesaria la autorización administrativa para que este cultivo sea legal". Finalmente, dicha autorización no fue solicitada.

A nuestro juicio, la redacción de los Estatutos presentados a la Xunta era conscientemente inocua para la obtención de la inscripción en el Registro y, aunque los acusados afirmaron que eran Estatutos copiados de otras, también afirmaron el conocimiento de los mismos, por tanto, no justifica el error invencible, la obtención de resolución administrativa favorable a su inscripción en el Registro de Asociaciones.

De modo que acertadamente concluyó, con cita de la STS 182/2018 de 17 de abril: " La solución dada es conforme con la jurisprudencia emitida por esta Sala en las sentencias 571/2017, de 17 de julio , 788/2015, de 9 de diciembre y 484/2015, de 7 de septiembre , sobre esta cuestión en similares supuestos. Así, afirmamos en la 788/2015 , de íntegra proyección al supuesto de autos, que "los acusados actuasen alentados por la infundada esperanza de que su actuación podría ser tolerada o confiando en que algunos órganos judiciales pudieran acoger la tesis que propugna la irrelevancia penal de estos hechos, es una actuación nada prudente, que roza la temeridad y no se cohonesta bien con una actitud de fidelidad incondicionada y escrupulosa a la norma. Era exigible mayor cautela y un mínimo esfuerzo sincero de indagación. Porque, y esto es determinante, lo que resulta patente 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".

Donde el argumento de que se trate exclusivamente de 100 socios, en nada incide, pues es circunstancia que no obra en los hechos probados, que al contrario dice que había un listado con 129 socios, pero que el número era superior, aunque no ha quedado concretado con precisión; y en todo caso, no resulta un número despreciable ante la forma de distribución de la droga que se llevaba en la práctica.

UNDÉCIMO.- El duodécimo motivo lo formula al amparo de lo previsto en el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, por indebida inaplicación de lo previsto en el párrafo 2º del artículo 368 del Código Penal.



Aunque sólo fuere la distribución a cien personas de manera continuada y sistemática durante varios meses de la marihuana o el hachís, en la manera tan escasamente controlada que se suministraba, en modo alguno se puede hablar de escasa entidad.

La cuestión ya fue analizada en el fundamento cuarto de esta resolución, al que nos remitimos para su desestimación.

De la propia jurisprudencia citada en la formulación del motivo (724/2014 de 13 de noviembre), resulta que en autos, los elementos de concurrencia, no se compadecen los que motivan la estimación de la atenuación: a) no estamos ante el último escalón del tráfico ajeno al control del mismo, sino en un suministro controlado por los inculpados, que cultivan la planta y proceden a las tareas ulteriores para su distribución gramaria que igualmente realizan; b) no se trata de una actividad de tráfico más amplia realizada por un tercero, sino que en toda su amplitud, con amplia red clientelar, los autodenominados socios, es controlada por los inculpados; c) no estamos ante cantidades nimias, sino relevantes, tanto durante el tiempo de funcionamiento de la asociación como por la cantidad intervenida, que en ningún caso posibilita la subsunción en el tipo atenuado.

Incluso la adición del acusado, cuando de tales cantidades se trataba, no ponderaba en su favor, a estos efectos. Solo, cantidades muy próximas a la dosis mínima psicoactiva o en cualquier caso de muy escasa relevancia cuantitativa y cualitativa se encontrarían en el radio de acción del subtipo por su escasa afectación al bien jurídico protegido; y en todo caso, cuando la venta o distribución sea expresiva de una conducta puntual que por tanto no revele un modo usual, reiterativo o sistemático. Menos si se construye una significativa infraestructura (inmuebles, medios e instrumentos de cultivo...) a estos fines.

El motivo se desestima.

DUODÉCIMO.- El décimo tercer motivo lo formula al amparo de lo previsto en el artículo 849.1 de la LECrim, por infracción de ley, por vulneración de lo previsto en el artículo 21.6 del Código Penal, como atenuante muy cualificada concurriendo los presupuestos para ello.

1. Argumenta que atendiendo a la instrucción llevada a cabo y a su volumen (apenas 500 folios) no puede considerarse como una causa que revista tal complejidad que justifique la demora producida. Mientras que transcurren, desde el inicio de la instrucción, hasta que se da traslado de las actuaciones para evacuar el trámite de conclusiones provisionales, en enero de 2.017, tres años y siete meses.

Afirma también diversas paralizaciones del procedimiento, con designación del la duración de diversas actuaciones, cuya suma otorga la cifra de 40 meses. Pero incluso en la propia redacción, se observa que no son periodos de inactividad, con independencia de que determinado trámite, diligencia, práctica probatoria o tramitación y resolución de un recurso, se prolongase en su cumplimentación el período que reseña el recurrente.

El Ministerio Fiscal, analiza con encomiable exhaustividad los periodos designados por el recurrente, que depura del siguiente modo:

El primer periodo que reseña el recurrente como de paralización de siete meses entre el mes de julio de 2013 (folio 260) y la resolución de la petición de diligencias de prueba y de sobreseimiento (folio 303), no es tal como se comprueba con el examen de las actuaciones que autoriza el art. 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En efecto, en ese periodo de tiempo se suceden las siguientes actuaciones procesales: traslado al Ministerio Fiscal del escrito de la parte, que emitió informe el 21/10/2013 (folios 268 a 271), aportación por la defensa de los Estatutos de la Asociación (folios 272 y ss), la tasación del valor de la droga incautada el 14/10/2013 (folios 283 y ss) la comparecencia el 7/1/2014 de uno de los imputados instando la devolución de los efectos incautados y de su ordenador personal (folio 290), traslado para informe al Ministerio Fiscal que dictamina el 21/1/2014 (folio 293), resolución acordando oficiar a la Brigada policial encargada de la investigación para proceder al copiado de los archivos del ordenador de fecha 28/1/2014 (folio 294), oficio policial de fecha 31/1/2014 considerando innecesario el volcado de datos que se interesa en la Providencia Judicial (folios 297 y 300), entrega a los investigados de los efectos personales el 12/2/2014 (folio 302) y resolución denegando las diligencias de prueba interesadas de fecha 19/2/2014 (folio 303).

El examen de las actuaciones conduce a rechazar el alegato sobre paralización procesal en el periodo de tiempo indicado.

El segundo periodo de paralización que señala el recurrente, de 3 meses, se produce entre la interposición del recurso de reforma y subsidiario de apelación de fecha 3/2/2014 contra la resolución denegando las diligencias de prueba instadas por la defensa (folio 306) y la resolución de dicho recurso el 19/6/2014 (folio 325). Sin embargo, consta en las actuaciones que se dio traslado al Ministerio Fiscal que emitió informe el 23/5/2014 (folios



321 a 323), de manera que no puede hablarse de paralización, aunque hubiera sido deseable una mayor agilidad en la tramitación y resolución del recurso.

El tercer periodo de paralización de cuatro meses entre el 17/11/ 2014 que se remite la causa a la Fiscalía para informe y el dictado del Auto de transformación de fecha 11/2/ 2015, tampoco es tal. En efecto, las actuaciones se trasladaron a la Fiscalía el 25/11/2014 (folio 341) y fueron devueltas con informe del Fiscal de fecha 30/1/ 2015 (folios. 342 a 346), dictándose a continuación el Auto de transformación el 11/2/ 2015 (folio 348). La complejidad del asunto, plasmada en el dictamen del Fiscal, justifica sobradamente el mero retraso en la emisión del informe, retraso que, en modo alguno, cabe confundir con paralización de la tramitación.

El cuarto periodo, de 7 meses, entre la resolución desestimando el recurso de reforma y admitiendo la subsidiaria apelación contra el Auto de transformación (f. 405) y la resolución de la Audiencia Provincial de 23/11/ 2015 (f. 447), no puede computarse como periodo de paralización. En efecto, se dio traslado a las partes para alegaciones que fueron cumplimentadas en fechas 6/5/2015 y 12/5/2015 (fs. 442 y 443) y se remitieron las actuaciones a la Audiencia Provincial el 1 de junio de 2015 (f.444) que resolvió en fecha 23/11/ 2015 (fs. 447 a 450). No puede sostenerse que el procedimiento estuvo paralizado durante el periodo de tiempo necesario para la resolución del recurso de apelación interpuesto, que no excede del habitual en actuaciones similares, cuando de la decisión de la Audiencia dependía el dictado del Auto de Apertura del Juicio Oral que se acordó seguidamente (fs. 452 a 454).

Por último, desde esta última resolución, hasta el dictado del auto de admisión de pruebas de 15/11/ 2017 se han producido paralizaciones que cifra en 19 meses.

Dictado el Auto de apertura, se emplazó a los acusados con la consiguiente notificación, siendo la última de ellas a Santiago en fecha 25/4/ 2016 (f. 463). La siguiente actuación procesal data del 4 de septiembre de 2016 en la que se acuerda el traslado de actuaciones a los defensas (f. 464). Se constata una paralización en la tramitación de poco más de cuatro meses.

Mediante escrito de la defensa de 26 de septiembre de 2016 se interesó la unión a las actuaciones de la documental aportada por las defensas en fecha 30 de julio de 2013 con suspensión del plazo para calificar (f. 469), acordándose así mediante Providencia de 30 de septiembre de 2016 (f. 473). La siguiente actuación procesal está fechada el 16 de enero de 2017, mediante Diligencia de Ordenación que ordena entregar copias de la pieza documental y reanudar el plazo para la presentación del escrito de acusación (f. 474). Se constata una paralización en la tramitación de tres meses y medio.

Por último, recepcionadas las actuaciones en la Audiencia Provincial el 22 de marzo de 2017 (f. 17 del Tomo III), el Auto de admisión de pruebas se dictó el 15 de noviembre de 2017 (f. 21 y ss. del Tomo III). Se constata una paralización de casi ocho meses.

En cuya consecuencia, se concluye que las únicas paralizaciones en la tramitación son las acaecidas en la fase intermedia del procedimiento por un tiempo que sumado asciende a poco más de 15 meses, periodo de tiempo que en atención a reiterada doctrina jurisprudencial, que es precisamente lo que posibilita, junto a la duración total del proceso, la estimación como simple del proceso.

Por ello, adecuadamente argumenta la resolución recurrida: No consideramos dichos periodos como de paralización o retrasos excepcionales y clamorosos en el trámite procesal. Si bien los hechos en sí no eran complejos, su consideración jurídica sí lo era y la defensa, en uso de sus legítimos derechos, presentaron varios recursos de reforma y apelación: así contra la decisión de no sobreseer el procedimiento, o contra el auto que incoaba procedimiento abreviado. La duración total de las actuaciones que fue de cinco años y un mes justifica tal como interesa el Ministerio Fiscal, la aplicación de la atenuante, pero en su consideración de simple, dado que no concurre un excepcional fundamento de atenuación.

Efectivamente; la sentencia de esta Sala 94/2018, de 23 de febrero, de manera concorde a muchas otras anteriores, señala que el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que aparece expresamente reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución, no es identificable con el derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, pero impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también la de ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. El artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, se refiere expresamente al derecho de toda persona a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable. Concepto no exactamente coincidente con el anterior, pero relacionado con él, en tanto que el plazo del proceso dejará de ser razonable cuando se haya incurrido en retrasos no justificados. Se trata de un concepto indeterminado cuya concreción se encomienda a los Tribunales. En función de las alegaciones de quien lo invoca, puede ser preciso en cada caso el examen de las actuaciones. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003,



caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, caso López Solé y Martín de Vargas c. España , y las que en ellas se citan).

En la regulación expresa que de esta causa de atenuación aparece en el artículo 21.6ª del Código Penal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, se exige para su aplicación con efectos de atenuante simple que se trate de una dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, lo que excluye los retrasos que no merezcan estas calificaciones; y, además, que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.

Su apreciación como muy cualificada requerirá de una paralización que pueda ser considerada superior a la extraordinaria, o bien que ésta, dadas las concretas circunstancias del penado y de la causa, pueda acreditarse que ha ocasionado un perjuicio muy superior al ordinariamente atribuible a la dilación extraordinaria necesaria para la atenuante simple. En este sentido, en la STS 692/2012 se hace referencia a una dilación manifiestamente desmesurada por paralización del proceso durante varios años. Y añade que también, cuando no siendo así, la dilación materialmente extraordinaria pero sin llegar a esa desmesura intolerable, venga acompañada de un plus de perjuicio para el acusado, superior al propio que irroga la intranquilidad o la incertidumbre de la espera, como puede ser que la ansiedad que ocasiona esa demora genere en el interesado una conmoción anímica de relevancia debidamente contrastada; o que durante ese extraordinario período de paralización el acusado lo haya sufrido en situación de prisión provisional con el natural impedimento para hacer vida familiar, social y profesional, u otras similares que produzcan un perjuicio añadido al propio de la mera demora y que deba ser compensado por los órganos jurisdiccionales."

En algunos precedentes, esta Sala ha aplicado la atenuante como muy cualificada en procesos por causas no complejas de duración entre ocho y doce años entre la incoación y la sentencia de instancia (STS 1224/2009; STS 1356/2009; STS 66/2010; STS 238/2010; y STS 275/2010) reduciendo la pena en uno o dos grados según las circunstancias de cada caso. Así se recogía en la STS nº 72/2017, de 8 de febrero. En la STS 31/2018, de 22 de enero, se rechaza la cualificación de la atenuante de dilaciones indebidas, a pesar de que la tramitación del procedimiento se extendió durante un periodo de 11 años. Pues no en vano, la atenuante ordinaria requiere dilación extraordinaria, ("fuera de toda normalidad"); la eficacia extraordinaria de la atenuante solo podrá aparecer ante una dilación "archiextraordinaria", desmesurada, inexplicable (STS 15/2018, de 16 de enero).

De ahí, que resulta adecuada la estimación de la atenuante como simple y no quepa, con una duración del procedimiento de cinco años donde se incluye la paralización antes referida, sin constar una especial gravedad, estimar las dilaciones como muy cualificadas.

DÉCIMO TERCERO.- El décimo cuarto motivo se formula al amparo de lo previsto en el art.849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, puesto que dados los hechos probados de la Sentencia de la Sala a quo no puede desprenderse que estemos en presencia de sustancia estupefaciente con la consecuente aplicación indebida del artículo 368 del Código Penal.

De nuevo argumenta que no estamos en presencia de sustancia fiscalizable al no haberse determinado el porcentaje de THC de las sustancias intervenidas, pretensión coincidente con la ejercitada en el séptimo motivo, analizada en el fundamento quinto, a cuyo contenido nos remitimos para su desestimación.

DÉCIMO CUARTO.- El décimo quinto motivo lo formula al amparo de lo previsto en el artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos: i) al no haber quedado acreditado en f. 256 consistente en Certificado Analítico 54/13/002775 que nos encontremos en presencia de sustancia estupefaciente; ii) al no haber quedado acreditado que lo incautado en la vivienda de Vilaboa consistente en 130 esquejes de plantas de marihuana, dos plantas de marihuana y dos bolsas con hojas de marihuana fuera sustancia sujeta a fiscalización al no figurar en el Certificado Analítico 54/13/002775 f. 256; y iii) al haberse incluido en el Certificado Analítico f. 256 partidas de supuesta sustancia estupefaciente no sujetas a fiscalización.

1. En definitiva, el documento designado es el Informe Analítico obrante en el f. 256 realizado por la Dependencia de Sanidad en relación a la supuesta sustancia estupefaciente incautada en el marco de las presentes actuaciones.

2. Hemos reiterado (vd. SSTS 794/2015, 3 de diciembre 860/2013, con cita de la STS 539/2013 de 27 de junio, etc.) que el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECr., se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza que sí hubieran tenido lugar, o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.



En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal.

Ahora bien, la doctrina de esta Sala viene exigiendo reiteradamente para la estimación del recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, entre otros requisitos, que el documento por sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas. Error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis, esto es, por el propio y literosuficiente poder demostrativo del documento. Dicho en palabras de la STS 166/1995, de 9 de febrero, resulta indispensable que los documentos contengan particulares, circunstancias o datos, que por sí mismos y sin necesidad de complementación, interpretación o razonamientos colaterales, choquen frontalmente con lo declarado probado, acreditando así indubitadamente la desviación que en la apreciación de la prueba se denuncia.

De modo que carecen de naturaleza documental a estos efectos casacionales, entre otros, las pruebas personales, como las testificales, por mucho que estén documentadas (STS 11 de abril de 2011); así como los informes periciales; pues en cuanto que pruebas personales, no integran naturaleza de documento literosuficiente a estos efectos; aunque la jurisprudencia de forma excepcional ha admitido como tal el informe pericial como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia impugnada en casación cuando el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario o bien cuando haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen (STS 259/2016, de 1 de abril).

- Esa excepcional reconducción del informe pericial a la categoría asimilada a prueba documental, no autoriza a una nueva valoración de la prueba pericial documentada, sino que el Tribunal de casación ha de partir del enunciado reflejado en el informe.

- Además, cuando como es habitual, los peritos comparecen en el juicio oral, el Tribunal dispone de las ventajas de la inmediación para completar el contenido básico del dictamen con las precisiones que hagan los peritos ante las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan (artículo 724 LECr). Y es doctrina reiterada que lo que depende de la inmediación no puede ser revisado en el recurso de casación.

El error de hecho pues, sólo puede prosperar cuando, a través de documentos denominados "literosuficientes" o "autosuficientes", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, presidió la práctica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene facultades para sopesar unas y otras y apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 LECr; es decir, como explicita en su último inciso el propio art. 849.2 LECr exige que esos documentos no resulten contradichos por otros elementos de prueba (por todas, STS 21/2016, de 16 de marzo)

3. De donde el recurso debe ser desestimado, pues de la literalidad del informe pericial referenciado, no resulta acreditación alguna de que la sustancia analizada no sea estupefaciente; media prueba en contrario como antes se ha expuesto; a partir de este informe pericial y demás elementos circunstanciales evidencian que se trataba de cannabis; tanto más, en cuanto a la sustancia intervenida, la propia perito manifestó que en el pesaje descartó tallos, raíces y ramas; de modo que el Tribunal, con examen de la diligencia de lo recogido en la casa de Vilaboa y el testimonio del agente NUM009 ya indicó que no cabe deducir que hubieran sido fiscalizados esos esquejes

El motivo se desestima.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Desestimar el recurso formulado por la representación procesal de D. Jesús y D. Julio, contra la sentencia núm. 169/2018 de fecha 19 de octubre de 2018 dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección Segunda) en su Rollo P.A. 20/2017, seguido contra ellos por delito contra la salud pública que no causa grave daño a la salud; ello, con expresa imposición de las costas causadas a la parte recurrente.



Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Andrés Palomo Del Arco Vicente Magro Servet
Carmen Lamela Díaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.