

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **1**

Fecha: **15/11/2024**

Nº de Recurso:

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO PENAL

C./ Plaza San Agustín nº 6 Las Palmas de Gran Canaria Teléfono: 928 30 65 00

Fax.: 928 30 65 02

Email: civpenalstsj.lpa@justiciaencanarias.org

Proc. origen: Procedimiento abreviado Nº proc. origen: 0000050/2021-00

Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria

Procedimiento: Recurso de apelación Nº Procedimiento: 0000089/2024 NIG: 3501741220180003180

Resolución: Sentencia 000093/2024

SENTENCIA

Presidente:

Excmo. Sr. D. Juan Luis Lorenzo Bragado. Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Antonio Doreste Armas. (Ponente) Ilma. Sra. D^a Carla Bellini Domínguez.

En Las Palmas de Gran Canaria, a 15 de Noviembre de 2024.

Visto el recurso de apelación n.º 89/2024 de esta Sala, correspondiente al procedimiento abreviado nº 763/2018 instruido por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Puerto del Rosario, en el que por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria en el rollo nº 50/2021, se dictó sentencia de fecha de 7 de febrero de 2024, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Cándido Y A

Aurelio ya circunstanciados, como autores criminalmente responsables de un delito consumado CONTRA LA SALUD PÚBLICA EN SU MODALIDAD DE SUSTANCIA QUE NO CAUSA GRAVE DAÑO A LA SALUD Y NOTORIA IMPORTANCIA y de un delito

consumado de ASOCIACIÓN ILÍCITA , ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de PRISIÓN DE TRES AÑOS que lleva aparejada la accesoria de inhabilitación especial para el derecho sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, Y MULTA DE 11.499,89 EUROS con responsabilidad personal subsidiaria de quince días de privación de libertad en caso de impago, por el primer delito, y a la pena de PRISIÓN DE DOS AÑOS que lleva aparejada la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE DOCE MESES con cuota diaria de SEIS EUROS, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, e inhabilitación especial para

empleo o cargo público por tiempo de seis años, por el segundo delito, y al abono por cada uno de dos octavas partes de las costas procesales.

QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Luis Alberto

circunstanciado, como autor criminalmente responsables de un delito consumado CONTRA LA SALUD PÚBLICA EN SU MODALIDAD DE SUSTANCIA QUE NO CAUSA GRAVE

DAÑO A LA SALUD Y NOTORIA IMPORTANCIA y de un delito consumado de ASOCIACIÓN ILÍCITA , ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de PRISIÓN DE TRES AÑOS que lleva aparejada la accesoria de inhabilitación especial para el derecho sufragio pasivo durante

el tiempo de la condena, Y MULTA DE 11.499,89 EUROS con responsabilidad personal subsidiaria de quince días de privación de libertad en caso de impago, por el primer delito, y a la pena de PRISIÓN DE UN AÑO que lleva aparejada la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE DOCE MESES con cuota diaria de SEIS EUROS, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de un año por el segundo delito, y al abono de dos octavas partes de las costas procesales QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS al acusado Millán

de los delitos de tráfico de drogas y asociación ilícita que se le imputaban declarando de oficio las dos octavas partes de las costas.

Se dispone la disolución de la asociación ilícita Asociación Cannabica de Morro Jable ACCAMOR y el cierre de su local para el desarrollo de la actividad de la misma

Se dispone el comiso de la droga , dinero y efectos intervenidos que constan en los hechos probados,a los que se dará el destino legal.

Es de abono a los condenados el tiempo que hubiesen estado privados de libertad por esta causa a los efectos de la ejecución de la pena

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 7 de febrero de 2024 se dictó sentencia, cuyo relato de hechos probados es el siguiente:

Son hechos probados, y así se declara expresamente, que los acusados Cándido y Aurelio, mayores de edad, sin antecedentes penales, actuando concertadamente, fundaron a fecha de 28 de noviembre de 2017 la denominada "ASOCIACIÓN CANNÁBICA DE MORRO JABLE (ACCAMOR), dándole la apariencia de asociación sin ánimo de lucro, aprobando unos estatutos en los que, entre sus fines, no aparecía la entrega de drogas a los socios ,a pesar de lo cual la misma fue utilizada para, a través del local que posee, proceder distribuir, sin control en cuanto a su uso, a terceras personas, marihuana y aceite de cannabis, previo su cultivo y preparación por el también acusado Pío, mayor de edad, sin antecedentes penales con quien mantenían firmada la asociación un contrato de colaboración a tal fin . Los terceros

recibían, a cambio del pago de una cuota a la asociación, en su sede, las sustancias referidas y se las llevaban consigo para su consumo fuera de las instalaciones si lo deseaban, pues no existía un control al efecto.

En el seno de dicha Asociación, el acusado Cándido, español, era el presidente en la fecha de los hechos , y el acusado Aurelio, ostentaba el cargo de Secretario de la Asociación, siendo ambos fundadores de aquella, mientras que el acusado Pío, natural de Italia, se encargaba del cultivo marihuana y preparada aceite de cannabis para la Asociación, para su posterior suministro a terceros. Este último acusado, como contraprestación por su labor para la Asociación, retenía en su poder parte de las drogas que cultivaba y elaboraba.

Fruto de las investigaciones de agentes de la autoridad, sobre las 10:15 horas del día 26 de junio de 2018, se practicó la entrada y registro en el domicilio de Pío, sito en la CALLE000, NUM000, Montaña Hendida, Tuineje, y se incautó marihuana y aceite de cannabis, instrumentos y efectos destinados a su cultivo y elaboración. En concreto, en la entrada y registro referida fueron incautados 750 gramos de aceite de cannabis y 7.276,7 gramos de marihuana conteniendo THC, cuyo valor de venta al público ascendería a 1.581,75 euros el aceite y 9.918,14 euros la marihuana# sustancias cultivadas, preparadas y custodiadas por el acusado Pío, y que estaban destinadas a su posterior distribución a terceros en el seno de la Asociación ACCAMOR.

En la entrada y registro fueron incautados, asimismo, un deshumidificador, tres fluorescentes usados para la germinación de semillas de marihuana, un enchufe temporizador usado para controlar el encendido automático de las lámparas, tres lámparas# once grinders usados para picar las hojas de marihuana# un controlador de humedad y temperatura que se usaba para realizar dicho cometido en la habitación que se usaba como secadero de marihuana# una caja de filtros bolsas pequeñas de plástico, frascos con semillas, nutrientes para el cultivo y útiles diversos para el crecimiento de las plantas, así como una campana de calor empleado todo ello por los acusados para el cultivo, elaboración y posterior suministro de la marihuana. Fueron incautados, asimismo, 69 billetes de 20 euros y un billete de 50 euros obtenidos por los acusados fruto de tales operaciones de cultivo y preparación de la marihuana.

El acusado Millán, natural de Mauritania, que a la constitución de la asociación fue designado tesorero, abandonó la misma, por discrepancias con el presidente, pocos días después de dicha constitución, sin que conste que conociera ni el objeto real de la asociación ni la entrega de sustancia estupefaciente a terceros

SEGUNDO. Contra la referida sentencia se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación procesal de los condenados don Pío, don Cándido y don Aurelio, que fue impugnado por el Ministerio Fiscal, en el plazo establecido legalmente.

TERCERO. El 13 de septiembre de 2024 tuvieron entrada en esta Sala las presentes actuaciones, dictándose por la Sra. Letrada de la Administración de Justicia de esta Sala diligencia de ordenación de fecha 16 de septiembre de 2024 acordando registrar el correspondiente rollo, reseñando la composición de la Sala para el conocimiento y resolución del recurso, designándose ponente a la magistrada ponente la Ilmo. Sr. D. Antonio Doreste Armas.

CUARTO. Por providencia de misma fecha, se acordó señalar para el día 10 de octubre de 2024 a las 10:30 horas para la deliberación, votación y fallo del presente recurso.

QUINTO. Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La Sentencia de instancia, absolviendo a uno de los acusados, condena a los otros tres acusados, el Sr. Pío, súbdito italiano, el Sr. Cándido y el Sr. Aurelio, a las penas de tres y dos años de prisión, los dos primeros, por los respectivos delitos de tráfico ilegal de drogas (de sustancia que no causa grave daño a la salud) y asociación ilícita, y al tercero a los mismos tres años de prisión, pero a sólo un año, por los mismos respectivos delitos, además de las penas accesorias, al dedicarse a esa ilegal actividad bajo la cobertura de una asociación cannábica, cuya disolución igualmente se acuerda.

Se recurre la Sentencia por los tres condenados, siendo impugnado el recurso (único por los tres) por la representación del Ministerio Fiscal.

SEGUNDO. El recurso que se interpone por los condenados no guarda los requisitos formales propios del recurso de apelación, pues no se fundamenta en ninguno de los motivos de apelación que autoriza el art. 790.2 LECr. (precepto que, obviamente, tampoco cita), sino que se estructura en unas genéricas "alegaciones", defecto -frecuente- de técnica procesal que la Sala, por ahora, viene tolerando, sin que las admoniciones efectuadas en las sucesivas Sentencias de este Tribunal hayan sido objeto de atención por la generalidad de las defensas letradas.

A.- Esta Sala declara profesar doctrina antiformalista, en línea con los criterios laxos que sostiene la jurisprudencia constitucional, en aplicación de su principio *pro actione* en su vertiente de acceso al recurso y a la respuesta judicial en segunda instancia, doctrina de la que son muestra las SSTCo. 16/87 o 15/90, y sin que, en el presente caso, la postura tolerante afecte al límite que la citada doctrina aplica, que es la ruptura del principio de igualdad procesal o de equilibrio de armas en el proceso (lo que la STCo. 66/89, llama *waffengleichheit* o igualdad de armas, utilizando la terminología en el idioma original de la dogmática alemana), puesto que tal aplicación tolerante no llega al punto de que la Sala llegue a "construir el recurso en perjuicio de la contraparte", que es lo que proscriben la jurisprudencia constitucional.

De esta manera, la Sala encauzará cada uno de los motivos del recurso atendiendo a su contenido, bien como motivo de nulidad, bien de revisión fáctica o bien de crítica jurídica (motivos que el citado art. 790.2 LECr. denomina, respectivamente, quebrantamiento de las

normas o garantías procesales, error en la valoración de la prueba e infracción de normas del Ordenamiento Jurídico), que, por lo demás, son las tres vías que, con matices en la amplitud de las vías impugnatorias y en su denominación, son comunes en la revisión jurisdiccional en los cuatro órdenes jurisdiccionales.

B.- Proyectando estos criterios al caso, la Sala va a abordar el recurso encauzando cada una de estas alegaciones en el molde procesal correspondiente, es decir, en el motivo que corresponda atendiendo a su contenido.

TERCERO. Denuncia el recurso, en esta primera alegación reconducida por la Sala a motivo de nulidad, que no se ha guardado la cadena de custodia de la droga aprehendida en el curso del registro policial (judicialmente autorizado).

La nulidad requiere la producción de una infracción procesal, pero ésta no se basta, por sí sola, para producir tal drástico efecto, sino que es preciso que se genere, por ello, indefensión (arts. 238 y 240 LOPJ y 790.2 LECr. y SSTCo. 116/91), que, además debe ser efectiva y no potencial (STCo. 191/88).

En el caso, ni se dá la infracción procesal ni se detecta indefensión alguna.

El recurso indica que la infracción de la cadena de custodia se produce por la no presencia del Sr. Letrado de la Administración de Justicia en el traslado de las plantas de marihuana intervenidas, ni en el pesaje de las mismas e incluso alude a las contradicciones de los agentes policiales detectadas -según él- en el juicio y a las discrepancias existentes entre el acta levantada por el citado Letrado y los informes policiales, a más de la imprecisión sobre el número de cajas o bolsas en las que se introdujeron las plantas.

Descartando, por irrelevantes, estos dos últimos reproches (si se ocuparon bolsas o cajas y el número de éstas), no hay discrepancias entre los informes policiales y el acta, lo que hay es simplemente, la diferencia -intrascendente- entre el más detallado informe policial y el contenido del acta, al ser ésta esta más escueta ("se procede por parte de los agentes a cortar las plantas y a guardarlas en los coches").

En cuanto a la ruptura de la cadena de custodia por la razón de que el pesaje de las plantas (efectuado en la Cofradía de Pescadores, a falta de otro lugar de carácter más oficial) y el traslado y depósito de las mismas se hizo sin la presencia del Letrado de la Administración de Justicia, lo cierto es que se hizo por el funcionario policial TIP NUM001, sin que sea precisa la presencia del Letrado de la Administración de Justicia en ninguna actuación más allá del propio registro y de la constancia de los hallazgos, sin que sea necesaria su presencia en el pesado de la droga, ni en su traslado, ni en su custodia, ni en los análisis físicos o químicos que señalen la proporción de principio activo de la droga, siempre que haya constancia de todo ello en los informes policiales, con identificación de los funcionarios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que hayan efectuado tales actividades.

Cierto es que la doctrina jurisprudencial ha sentado la naturaleza, significado y finalidad de la cadena de custodia (STS 24-10-19, nº 502), así como la intervención del Letrado de la Administración de Justicia del juzgado actuante, como actuación de garantía de legalidad, acreditación de la autenticidad y robustecimiento de la certeza de lo ocurrido en el registro y de

la realidad de los hallazgos, en palabras de la STS 23-9-03 (nº 1189), pero las cautelas legales han sido aquí respetadas, sin que pueda llegarse al extremo, como hacen los apelantes, de exigirse total identidad en los detalles tales como el número de cajas, el peso y la proporción del principio activo en la droga, pues tales extremos quedan ajenos a la intervención del fedatario público. Una cosa es que sea inadmisibles introducir hechos que no aparezcan en el acta del fedatario (STS 15-3-07, nº 296) y otra cosa bien distinta es pretender que este funcionario dé fé de todos los detalles del hallazgo y de los avances en la instrucción, entendiendo como tales el pesaje, la guarda, el muestreo y el análisis.

Tampoco constituye infracción normativa el que no se hubiera seguido, en su rigurosa literalidad, el "Protocolo" al que se refieren los apelantes (Acuerdo Marco de 3-10-12 de colaboración entre el CGPJ, la Fiscalía General del Estado, el Ministerio de Justicia y la Agencia Española del Medicamento, siendo suficiente la descripción del circuito que se realizó por los agentes de la Guardia Civil, tras la incautación de las plantas de droga, que siempre estuvo controlado por la Guardia Civil, con identificación de los agentes que dieron cada paso. Este "Protocolo" carece de vigor normativo de manera que es sólo un conjunto de pautas en la tramitación de las incautaciones de droga. Es más, es que el propio "Protocolo" al que aluden los apelantes fué respetado, y señala que son precisamente las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad los encargados "del contaje de unidades...su peso bruto...toma de muestras.." de la droga intervenida en los registros.

Como bien razona la resolución del órgano judicial de instancia, "sobre el pesaje de la droga que, según se afirma por los recurrentes, debió realizarse en presencia bien del letrado de la administración de justicia, bien de los interesados. No existe realmente tal obligación. El letrado de la administración de justicia lo que evidencia, con su acta, es la intervención de diferentes efectos, en este caso partes de plantas, un líquido que podría ser aceite de cannabis y cogollos que son intervenidos por la guardia civil en el curso del registro y esos efectos son trasladados hasta un vehículo del instituto armado donde, como efecto o instrumento del delito, son custodiados por los agentes que se encargan de llevarlo al único lugar de la zona que, por el volumen de la intervención, puede realizar su pesado. Al igual que tras la toma de huellas, o tras la intervención de drogas en la vía pública, por ejemplo, dichos vestigios o efectos quedan bajo la custodia de los agentes de policía y son ellos las que las procesan y pesan posteriormente, sin la presencia de los funcionarios judiciales# en este caso ha sucedido lo mismo, pues, en cuanto a lo que posteriormente ha sido identificado como droga, de algún tipo, aparece reflejada en el acta de la entrada y registro elaborada por el letrado de la administración de justicia, que, por cierto, es la única que tiene valor a los efectos de determinar lo que fue intervenido con interés para la causa, y tanto es así que son los propios habitantes del inmueble los que aceptan que habían 91 plantas, en diferentes fases de crecimiento, que había aceite de marihuana y que había cogollos y semillas, todas ellas incautadas sin que, repetimos, el hecho de que el pesaje se haya hecho posteriormente afecte a la regularidad de la diligencia mencionada.

Pero, como se ha dicho, las partes lo que piden es la nulidad del acta de incautación y recogidas de las sustancias intervenidas y, en concreto, se centran en el acta realizada por la guardia civil y que consta a los folios 55 a 72.

Como ya se ha apuntado, el acta de incautación de sustancias y efectos no es otra que la que

elabora el letrado de la administración de justicia y que consta a los folios 37 y siguientes# es el mismo el que nos debe servir de base para determinar lo incautado. Si posteriormente la guardia civil elabora su propio informe y añade otros efectos, los mismos carecerán de trascendencia para lo que aquí interesa y, sobre todo, la droga incautada será la que se recoge en el acta del letrado antes citada y en ese acta constan tanto las 91 macetas de marihuana, que son podadas, como el bote con aceite de cannabis, como los frascos con semillas y cogollos que son localizados en el salón, en el dormitorio y el baño. Esos resulta ser los efectos relevantes, en esta causa, en orden a establecer si estamos o no ante un delito contra la salud pública y se corresponden con lo que, posteriormente, se entrega en sanidad. Que la guardia civil en su informe sobre la entrada y registro haya añadido la intervención de útiles para el cultivo que no constan en el acta del Letrado realmente ni es relevante para la causa ni afecta, en nada, a los hechos probados que se basan en el único documento que acredita lo localizado que es el que aparece en los folios 37 y siguiente, siendo la consecuencia de todo ello que no existe nulidad alguna que deba afectar ni a la diligencia de entrada y registro ni mucho menos al resultado de la misma ni a la posterior instrucción.

En realidad las defensas lo que vienen a impugnar, en el fondo, no es tanto la entrada y registro en sí, ni los efectos incautados a lo largo de la misma, en gran medida reconocidos y admitidos por los acusados, sino su posterior cadena de custodia, esto es, traslado al pesaje y finalmente el traslado a sanidad y, sobre todo, lo hacen porque las plantas cortadas, según informa la guardia civil, se guardan en NUM002 cajas y, finalmente, se trasladan a sanidad en 6 cajas, muchas menos de las iniciales.

Como se indicaba en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2018 que abordaba la cuestión de la presunción de ilegitimidad en las actuaciones policiales y en este sentido afirmaba que hay que rechazar el motivo sin necesidad de entrar ahora en la cuestión de si la presunción de inocencia opera respecto de la ilicitud probatoria -¿obliga el art. 24.2 CE a presumir que ha existido violación de derechos fundamentales en tanto no exista certeza absoluta de que no se produjo esa violación?-# y, por tanto, sin necesidad tampoco de recordar los precedentes de esta Sala que discurren por una senda diferente (la presunción de inocencia no aboca a presumir que la actuación policial ha vulnerado derechos fundamentales en tanto no se acredite plenamente su regularidad: STS 173/2018, de 11 de abril que afirma que: tal derecho prohíbe dictar sentencia condenatoria sin que medien pruebas de cargo suficientes que acrediten de forma concluyente la participación de una persona en una acción delictiva y su culpabilidad# pero no obliga a presumir que todas las pruebas de cargo son ilegítimas mientras no se demuestre lo contrario. Afirmaba en esa misma línea la STS 163/2013, de 23 de enero: " El derecho a la presunción de inocencia no arrastra a presumir la invalidez de los medios de prueba sobre los que una parte quiere arrojar una sospecha de incorrección. La presunción de inocencia obliga a tener a toda persona como inocente en tanto no concurran pruebas que acrediten su culpabilidad# pero no conduce a presumir que las pruebas inculpatorias son ilegítimas mientras no quede acreditado de manera plena lo contrario (SSTS 6/2010 de 27 de enero y 406/2010, de 11 de mayo).

Como se razona en la Sentencia apelada, "En este caso el acta levantada por el letrado de la

administración de justicia durante la práctica de la entrada y registro deja claro que se intervinieron plantas de diversos tamaños, que fueron cortadas y trasladadas a un vehículo policial, un frasco conteniendo lo que los propios inquilinos de la casa, uno de ellos el acusado Luis Alberto, dijo que era aceite de marihuana, y en diversas zonas cogollos en frascos así como lo que parecía ser marihuana. Como declaró el secretario (policial) de las actuaciones, con TIP NUM001, todo ello, en el caso de las plantas cortadas, y una vez descartados los tallos, que no fueron pesados, fue guardado en cajas y ya en cajas trasladado a la cofradía de pescadores, pesado, el justificante del pesado está unido al folio 103, y una vez hecho, junto con el resto de lo intervenido, se introdujo en una habitación para su secado y ya en ese momento, la propia guardia civil, folio 57, advierte que esos 42.5 kilos que arroja el pesaje, sufrirá una merma considerable una vez se seque y se pueda llevar a sanidad y tanto es así que, como hemos visto, el peso de toda a sustancia vegetal del alijo supera en poco los siete kilogramos .

Así las cosas, si pasamos de 42.5 kilos a poco más de siete, lo que no parece ilógico, en modo alguno, es que esa sustancia, que antes necesitaba de 11 cajas, pasase a necesitar 6 y mucho menos que aquella otra parte que no fue fruto del corte, sino que ya estaba en frascos de diferentes tipos, se presentase en sanidad en unas bolsas de sv pues lo que no tiene sentido es que se usen tantas cajas y mucho menos que se trasladen, si no es necesario, botes de cristal .

No apreciamos ruptura de cadena de custodia, la droga pasa de la entrada y registro a poder de la Guardia Civil, la pesan, la ponen en cajas y pasa a unas dependencias cerradas, donde se seca, tras lo cual se remiten a Las Palmas de Gran Canaria donde otro agente las custodia hasta que los funcionarios de sanidad acuden a pesarla y a recoger las muestras para su análisis, ni existe el más mínimo dato o indicio que nos permita entender que, de alguna forma, los agentes de la guardia civil han incorporado a esta causa efectos distintos de los que fueron en su día incautados.

Se achaca igualmente a los guardias civiles que no han respetado los protocolos para el traslado y toma de muestras. Pero la toma de muestras la realizan los funcionarios de sanidad que únicamente aceptan aquellas partes de las plantas que se han secado adecuadamente y que pueden contener THC, ellos ya descartan, como explicaron el resto, y además explicaron, igualmente, en el caso del aceite, que ellos lo que analizan es el contenido del frasco y que todo el contenido es aceite, según el resultado del análisis.

Se hace preciso recordar, en este punto que en cuanto a la determinación del porcentaje de THC en las plantas, que como se afirmaba en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 13.12.2013 tanto el hachís, como la grifa o la marihuana no son otra cosa que productos vegetales presentados en su estado natural y en las que las sustancias activas están incorporadas a la propia planta, de cuya composición forma parte en mayor o menor proporción según la calidad del cultivo, zona agrícola de procedencia y otras variables naturales, sin que quepa variar su composición congénita, en la que la proporción de sustancia activa o THC oscila en función de aquellas variables entre un 2% y un 10%. Y es esta la razón por la que la jurisprudencia ha establecido los límites mínimos para no estimar destinada al autoconsumo para apreciar la agravante específica del art. 369.1.5º CP, no en consideración a la sustancia activa de cada uno de los derivados del cannabis, sino en el peso bruto de la sustancia cualquiera que sea su grado de concentración. Y hasta tal punto ello es así, que el

TS declara con reiteración que aun cuando pueda discutirse que, dado el contenido de THC de la cannabis, sea tan débil y desde luego inferior al que ordinariamente es propio del hachís con el que se suele traficar, ello no es óbice para estimar que en todo caso los efectos propios del THC persisten, aunque la proporción del consumo hubiera de duplicarse o triplicarse para obtener idénticos resultados alucinógenos, así como que no cabe olvidar que existen derivados de la cannabis que por contener parte más inertes de la planta o de las plantas botánicamente degeneradas, contienen un porcentaje de THC inferior al normal del hachís y, pese a ello, siguen considerándose drogas integradas en las Listas I y IV de la Convención Única de Ginebra". Por tanto, es indiferente su grado de concentración una vez constatada su toxicidad (#SSTS 1113/2004, de 9-10-1996/2005, de 15-7-1997/2005, de 1-12-1998/2005, de 9-

11-1999/2007, de 7-12-2000/2007, de 18-V-2001/2007, de 4-7-2002 y 111/2010, de 24-2-2011).

Más recientemente la STS de 25 de abril de 2023 recordaba que en la lista I de la CU se encuentra incluido el cannabis y su resina y los extractos y tinturas de cannabis, independientemente de sus contenidos en THC (es decir, la marihuana no está fiscalizada en función del índice del THC sino en cuanto sean inflorescencias junto con las hojas unidas a ellas y resina), por lo que tienen la consideración de estupefacientes, y su producción, fabricación, exportación, importación, distribución, comercio, uso y posesión debe limitarse a fines médicos y científicos (artículo 4 c del Convenio Único).

Por tanto, ni se han infringido los protocolos de Naciones Unidas, ni el análisis se ha realizado sobre partes de la planta que no contienen THC ni mucho menos se ha considerado como aceite lo que es simplemente alcohol, como ha pretendido sostener el acusado Pío."

Por último, en lugar inidóneo (al final de la alegación-motivo de censura jurídica) la parte apelante hace mención al déficit probatorio al señalar que, respecto al aceite de cannabis intervenido, hay solo indicios, no pruebas, en cuanto la cantidad, ya que, según los apelantes, no se descontó el peso del frasco de cristal que lo contenía.

No puede aceptarse tal alegación y menos como causa de nulidad por insuficiencia probatoria, toda vez que esa presentación de droga es marginal teniendo en cuenta que el total de marihuana intervenida, en forma de plantas ya preparadas para su consumo, era de más de 17 kg, con lo que, aún descontando (en mera hipótesis) el peso del frasco de cristal que contenía la droga en forma de aceite, esta cantidad sería de cierta entidad (en total, el peso es de 750 gr.) de tal manera que, incluso sin adiccionarla, la cantidad de droga intervenida es suficiente para aplicar la modalidad agravada del art. 369.1.5, y más claro aún sumando la droga en forma de aceite, aunque fuera inferior a los 750 gr. que señala el relato de hechos probados.

Por tanto, esta primera alegación (más la introducida en el apartado segundo del recurso relativa al aceite de hachís intervenido, probado sólo por indicios según los apelantes, omitiendo que en el propio registro, bajo la fè del LAJ, manifestaron que se trataba de esa droga), reconducida por la Sala a motivo de nulidad, debe ser repelida.

CUARTO. La parte apelante alude a infracción del deber de motivación de las sentencias y, por ende, a la falta de tutela judicial efectiva, derecho constitucional ex art. 24 CE.

Se encauza como motivo de nulidad por defecto de motivación de la Sentencia, es decir, por "quebrantamiento de normas y garantías procesales", en los términos de los arts. 790.2 y 846 ter LECr., de nuevo sin citar por la apelante, que solo invoca la normativa sustantiva y además, equivocadamente, puesto que alude a los arts. 24.1 y 12.3 de la Constitución, cuando el precepto constitucional que impone este deber formal es el art. 120.1, desarrollado por la normativa de rango de legalidad ordinaria general por el art. 248 LOPJ y específicamente en el orden procesal penal, en el que se eleva el nivel de motivación, impuesto por el art. 142 LECr., hasta el punto de que -aunque sea de forma sucinta- se extiende a las resoluciones (Decretos y Diligencias de Ordenación) del Letrado de la Administración de Justicia ex arts. 144 LECr. y a

las resoluciones orales ex art. 789 LECr.

El deber de motivación implica la exposición, en toda resolución judicial de relevancia (Sentencias y Autos que tengan contenido sustancial), del proceso discursivo que abarca desde la fijación de los "facti" o presupuestos de hecho, aplicando la normativa sustantiva o procesal adecuada, y razonando la decisión, todo ello en términos lógicos e hilvanados de manera comprensible. La doctrina jurisprudencial, tanto la de rango ordinaria (STS 10-11-06) como la constitucional (STCo. 232/98) insisten en que la infracción de este deber puede conducir a la nulidad de la resolución judicial si llega a producir indefensión efectiva, si bien se admite la motivación reducida (STCo. 46/96) o la llamada "por remisión" (STCo. 146/90) o la que no da respuesta, pormenorizadamente, a todos y cada uno de los argumentos alzados por las partes (STCo. 116/91).

En el caso, la motivación de la Sentencia es destacable por su detalle, exhaustividad y razonamientos, (se deja aparte lo relativo a su extensión y acierto), por lo que debe descartarse defecto alguno en este aspecto.

QUINTO. La siguiente alegación debe reconducirse a un motivo de censura jurídica (infracción de normas del Ordenamiento Jurídico, según los arts. 790.2 y 846 ter LECr.) pues en ella, aunque se rotula equivocadamente como "quebrantamiento de forma", lo cierto es que se alude en el resto de su encabezado y contenido, a la "la legalidad penal", a "subsunción irrazonable de los hechos probados en el art. 368 CP", a la lesión "al derecho a la tipicidad" y a que se trata de "conductas que no son constitutivas de delito", o sea, a un motivo de crítica jurídica.

Señalan los apelantes las SSTS 7-9-15 (nº 484), 30-10-20 (nº 564) y 21-2-18 (nº 91) que son muestras de la doctrina jurisprudencial que, flexibilizando al máximo el rigor del art. 368, (que contiene una fórmula casi omnicomprendensiva "...los que, de otro modo, promuevan, favorezcan o faciliten.....drogas") sienta la tolerancia penal con el llamado consumo compartido.

El supuesto de hecho de la sentencia (*vid.* su relato de Hechos Probados, complementado abundantemente en su Fundamentación Jurídica) dista mucho del correspondiente al consumo compartido.

Esta cuestión ya ha sido objeto de examen por este Tribunal, en relación a la aparente legalidad otorgada a la Asociación al estar debidamente inscrita, analizando esta circunstancia con la aplicación de la excepcional doctrina del consumo compartido.

Como ya razonara la Sentencia de esta Sala de 14-2-23 (rec. 104/22), "efectivamente, la normativa legal (Ley Orgánica 1/02 y Ley Territorial Canaria 4/03) permite la utilización desviada de los laxos requisitos de constitución de la figura jurídica de la Asociación (producto de la libertad de asociación fijada como uno de los derechos fundamentales y libertades públicas del art. 22 de la Constitución) para, bajo esta apariencia de legalidad asociativa, aprovecharse para la realización de actividades que, en el caso presente, son delictivas y concretamente, para el tráfico de drogas. Ello se debe a que el control administrativo de la legalidad es muy débil, de manera que la constitución de Asociaciones con fines ilegales no es controlada *a priori* por la Administración Pública, a salvo que en sus Estatutos aparezca con toda nitidez tal finalidad. Sin embargo, *a posteriori*, una vez que, constituida la asociación, ésta comienza a actuar, esta utilización ha sido objeto de doctrina jurisprudencial.

Así, y en cuanto a la finalidad ilegal en materia de drogas, la STCo. 100/18 del Pleno, 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 (STCo. 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.

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.

Ese tipo de asociación ha de ser considerada ilícita, tal y como viene a significar la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2019# en la que se señala: "En el juicio histórico de la sentencia impugnada se afirma que los acusados el 30/07/2013 constituyeron una asociación, denominada "The Green World In Canyelles" y que en sus Estatutos se pactó expresamente que su objeto y actividad era el estudio, la reflexión y divulgación científica en torno al uso del cannabis y sus propiedades naturales así como facilitar el consumo de cannabis y sus derivados mediante el cultivo colectivo, descartando también expresamente la difusión ilícita de esas sustancias. Se hizo constar formalmente que se actuaría de acuerdo con la jurisprudencia sobre el consumo compartido y consumo propio de personas previamente consumidoras, estableciendo un circuito cerrado y sin fines

comerciales. También se decía en los Estatutos que "no se pretende en modo alguno llevar a cabo ninguna de las conductas consideradas como delito contra la salud pública en el Código Penal o en la Jurisprudencia... en modo alguno se pretende el fomento o hacer apología del consumo de ninguna sustancia...

No es dudoso ni cuestionable que la sentencia de instancia ha descrito la constitución de la asociación como una pantalla para la realización de una actividad que se sabía ilícita. La utilización de ese mecanismo constituye una manifestación del abuso del derecho de asociación y determina una mayor antijuridicidad de la conducta cuya sanción no se satisface con la sola aplicación del delito contra la salud pública que, por sí, no abarca el total desvalor de la acción. Los hechos son también constitutivos de un delito de asociación ilícita tipificado en el artículo 515.1 del Código Penal.

Tal y como expusimos en la STS 261/2019, de 24 de mayo, la introducción de los delitos de organización y grupo criminal por la Ley Orgánica 5/2010, en los artículos 570 a 570 quáter del Código Penal, obliga a una reinterpretación de los parámetros del artículo 515 de tal Código, que dentro del capítulo de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, incrimina como punibles, las asociaciones ilícitas. En este tipo de asociaciones debe primar su consideración de agrupaciones estables que traten de atentar contra el bien jurídico protegido por tal delito, que no es otro que la conculcación del derecho de asociación. Dentro de este tipo de asociaciones se encuadran, entre otras, aquellas que tengan por finalidad la comisión de algún delito o, que después de constituida, promueva su comisión. Por tanto, el abuso del derecho de asociación es precisamente el contenido del injusto del delito de asociación ilícita que requiere, según criterio constante de esta Sala, la concurrencia de diversos requisitos para su apreciación y que son los siguientes: pluralidad de individuos, vocación de permanencia y una organización existente y duradera.

En el presente caso, la actividad ilícita se ha desarrollado en el marco o contexto de una Asociación, y los responsables se han valido de la asociación constituida como "pantalla" para el desarrollo de su actividad ilícita, constituyendo su finalidad la venta indiscriminada de droga mediante precio y para dar apariencia de legalidad se exigía una previa inscripción, a cambio de una pequeña cantidad de dinero, sin mayores comprobaciones, concurriendo por lo tanto todos y cada uno de los requisitos que el tipo legal del tráfico de drogas (art. 368 CP) exige para su aplicación.

Volviendo al supuesto fáctico de la citada Sentencia de esta Sala, se razonaba en ella que "por tanto, a tenor del intacto relato fáctico, la actividad de la Asociación en absoluto encaja en el molde legal de una actividad de simple promoción del "estudio y aplicación del cannabis con fines terapéuticos.....prevención de los riesgos asociados a su uso....promover el debate social sobre su situación legal" y otros fines previstos en sus Estatutos (art. 2) y, al contrario, ya en su cuidada elaboración ya se apuntaba la no tan encubierta finalidad ("..denunciar y ponerle freno a las arbitrariedades que en su observación puedan cometer las distintas administraciones y poderes públicos"), con lo que ya apuntaba a su verdadera finalidad que es la de promover activamente el consumo de esta droga, que, por mucho que sea de las que no causan grave daño a la salud, es una droga y como tal, crea adicción y por ello se encuentra clasificada como droga en las Listas I, II y IV del Convenio Único de las Naciones Unidas de 30 de marzo de 1961, ratificado por España el 3 de febrero de 1966, enmendado por el Protocolo

de Ginebra de 25 de marzo de 1972 y el Convenio sobre Psicotrópicos, firmado en Viena el 21 de febrero de 1971, si bien, en términos comparativos, sus efectos dañinos y adictivos son, desde luego, inferiores a las drogas denominadas "duras". La actividad de la Asociación, materializada por los dos condenados, era la de

simple tráfico de drogas, y así, el intacto relato fáctico refleja algunas de las transacciones (sólo las que fueron objeto de vigilancia policial, evidentemente una muestra de la actividad cotidiana con los 430 socios [aquí, noventa y nueve] adictos a la droga), tal como se ha reflejado en los Hechos Probados reproducidos al inicio de la presente Sentencia. La fundamentación jurídica de la resolución apelada ofrece un análisis detallado de las conclusiones fácticas antes reseñadas, al indicar que "Ha resultado por lo tanto acreditado, con arreglo a las declaraciones testimoniales ya analizadas, que, sin otra condición que haberse inscrito como socio, en las instalaciones de la asociación se distribuía droga, y que o bien se consumía en el interior del local o se llevaba fuera del mismo, resultando que dicha circunstancia podía ser fácilmente apreciada por los acusados, quienes procedían a la entrega de la sustancia estupefaciente y podían comprobar como la misma no era consumida en el local, y si bien los acusados se acogieron a su derecho a no declarar, lo cierto es que los testigos, socios, admitieron que se les hacía entrega de marihuana, manifestando la mayoría de ellos que si bien en la asociación les habían dicho que era para ser consumida en el local, muchos de ellos sacaban la sustancia y la consumían luego en su casa.

De esta forma, lo que se desprende de lo actuado es que la entrega de droga con presuntos fines terapéuticos ni era una labor controlada, ni se ajustaba a pauta alguna de consumo limitado. Los socios lo eran no porque formasen parte de un grupo concreto de amigos o personas que pudieran conocerse como adictos, sino que los socios eran captados a través de amigos de amigos, por informaciones de internet o simplemente cuando pasaba alguien por el local y se le ofrecía hacerse socio. Abundando lo antes indicado sobre la actividad de las

llamadas "sociedades cannabicas" ha de razonarse que la doctrina jurisprudencial ha llegado al máximo de la flexibilidad que puede permitir el rígido esquema legal del art. 368 CP, en una hermenéutica (art. 3 CCiv.) extensiva al máximo, dado que los términos legales son onmicomprensivos ("actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten su consumo ilegal..") y, en esta tan laxa exegesis, sobre estos "Clubs de cannabis", es de destacar la reciente STS 30-10-22, que, resumiendo la doctrina anterior, razona que "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).

Igualmente, 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 Barcelona Don 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 ni de su identidad permitían consumir la droga fuera del local, o portarla a otros lugares: no atendían al control del máximo de distribución 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".

Así sucede en el presente caso, partiendo del intacto relato de Hechos Probados, en el que concurren todos los elementos del artículo 368 del Código Penal, si bien en la modalidad agravada del art. 369, pues los acusados desarrollaban una actividad favorecedora del consumo de sustancias identificadas como drogas tóxicas en los Convenios Internacionales suscritos por España, en concreto derivados cannábicos como los que se recogen en los hechos declarados probados, los cuales han quedado claramente determinados en base a la pericial practicada por el laboratorio del Área de Sanidad de la Delegación del Gobierno en Canarias, mediante su entrega a terceros a cambio de precio, tal y como indica la Sentencia, lo que integra la modalidad más típica de favorecimiento de consumo ilegal de drogas tóxicas.

La actividad delictiva es clara y la única diferencia con lo que normalmente se conoce como tráfico de drogas al menudeo es que este se desarrollaba en un local abierto al público, es decir, en una modalidad más grave por la publicidad y apariencia de legalidad, y, siguiendo la doctrina jurisprudencial "Hay un salto cualitativo y no meramente cuantitativo, como pretende el Tribunal a quo, entre el consumo compartido entre amigos o conocidos, -uno se encarga de conseguir la droga con la aportación de todos para consumirla de manera inmediata juntos, sin ostentación ni publicidad- y la organización de una estructura metódica, institucionalizada, con vocación de permanencia y abierta a la integración sucesiva y escalonada de un número elevado de personas. Esto segundo -se capta intuitivamente- es muy diferente. Aquello es asimilable al consumo personal. Esta segunda fórmula, en absoluto. Se aproxima más a una cooperativa que a una reunión de amigos que comparte una afición perjudicial para la salud, pero tolerada. Estamos ante una actividad nada espontánea, sino preconcebida y diseñada para ponerse al servicio de un grupo que no puede considerarse "reducido" y que permanece abierto a nuevas y sucesivas incorporaciones" (STS 684/2018, de 20 de diciembre).

Los acusados no se limitaban a conseguir la droga, previa aportación de dinero por parte de un grupo de amigos o conocidos, para su consumo conjunto o inmediato. Lo que crearon ellos fue una estructura organizada en el seno de la cual obtenían droga y ellos, a continuación, se la revendían a múltiples personas que acudían a su local sin más exigencias que la de hacerse, formalmente, socios de la misma pero sin control alguno sobre su verdadera condición de consumidores o no de drogas, lo que viene a suponer una estructura de distribución de drogas a terceros.

Añadía la referida sentencia del Supremo que "la actividad desarrollada por los conocidos como clubes 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.

Sí traspassa las fronteras penales la conducta concretada en organizar un sistema de cultivo, acopio, o adquisición de marihuana o cualquier otra droga tóxica o estupefaciente o sustancia psicotrópica con la finalidad de repartirla o entregarla a terceras personas, aunque a los adquirentes se les imponga el requisito de haberse incorporado previamente a una lista, a un club o a una asociación o grupo similar".

Aunque en el presente caso no se combate la declaración judicial de disolución de la Asociación, por delictiva, no estará de más aludir a este extremo siguiendo la Sentencia de esta Sala de 14-2-23 (rec. 104/22) que razonó que " se plantea la irregularidad que, según el apelante, se comete por la Sentencia apelada en lo que atañe a la decisión judicial de disolución de la Asociación, denuncia sin base alguna, dado que es simplemente el efecto de la tipificación delictiva del art. 520 CP, efecto que es tan nítido que la propia parte apelante termina su escueto alegato invitando a la Sala a que plantee cuestión de constitucionalidad respecto a este precepto.

La Sala, desde luego, no va a utilizar el excepcional mecanismo regulado, en normas de rango legal, en los arts. 5.2 LOPJ y 27 a 34 LOTCo, puesto que no ve, en tal norma penal, vulneración alguna del elenco de derechos fundamentales y libertades públicas de los arts. 14 y ss. de la Constitución, y ni siquiera vé base alguna para utilizar el mecanismo, menos drástico, de la interpretación pro constitucional prevista en el art. 5 LOPJ. Por lo demás, ni siquiera el apelante señala qué derecho fundamental o libertad pública podría estar afectado por tal tipificación penal.

Y en la más reciente Sentencia de esta Sala de 25-4-24 (rec. 21/24) igualmente sobre similar relación fáctica, y específicamente en relación a la doctrina del consumo compartido como portillo que permitiera la tolerancia de los llamados "clubs de cannabis", se razonó que "igualmente clarificadora nos resulta la STS 571/2017 de 17 de julio señalando al respecto: "En cualquier caso, no debe olvidarse en este estado de cosas la importancia que tiene en el conocimiento y fijación de criterios que vayan huyendo del error en estos supuestos la sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, 29/2018 de 8 Mar. 2018, Rec. 231/2017, en virtud de la cual se declara la constitucionalidad del art. 83 de la Ley 1/2016, de atención integral de adicciones y drogodependencias, precepto referido a las entidades de personas consumidoras

de cannabis, al citar que no es inconstitucional siempre que se interprete que, sin predeterminedar el tipo de asociación que son esas entidades, se limita a prever que deben cumplir ciertas funciones de colaboración con la Administración sanitaria en aras a los objetivos de protección de la salud y reducción de daños.

Ante esta sentencia del TCo. la doctrina se ha apresurado a destacar que con esta resolución del TCo. no se trata de que se hayan "liberalizado" o despenalizado los clubes o asociaciones de consumidores de cannabis, ni de que se haya admitido la legitimidad constitucional de la regulación autonómica de este tipo de organizaciones, sino que significa que es constitucionalmente legítimo que una norma autonómica atribuya a entidades asociativas de personas de consumidoras de cannabis, que no sean ilícitas, funciones de colaboración con la Administración sanitaria competente en materia de prevención y tratamiento de las personas que padecen adicción al cannabis, siempre de conformidad con las previsiones del Estatuto de Autonomía que corresponda. Pero también se adelanta por la doctrina analista de esta Resolución que, con los marcos de claridad que se están arrojando en este debate y con los avances de la jurisprudencia, se debe empezar a considerar que, incluso, difícilmente podrá admitirse a partir de ahora la concurrencia de un error ni siquiera vencible sobre la antijuridicidad de esta conducta".

Y por cuanto atañe al error invencible, igualmente alegado por la defensa, procede citar al respecto la siguiente jurisprudencia: La STS 571/2017 de 17 de julio, ya mencionada, en la que se recoge: Se comprueba, pues, en este caso, que se dan los mismos parámetros ya expuestos anteriormente y que deben confluír a la desestimación del motivo no siendo factible admitir el error invencible en ningún caso, como se ha desarrollado por el Tribunal en la exposición razonada antes señalada, y siguiendo los criterios ya fijados por esta Sala.

Que la asociación esté registrada no quiere decir que ello suponga aval para llevar a cabo las actividades que desplegó, y que se cite que se destina al consumo compartido no le autoriza a que el modus operandi fuera el que se ha declarado probado y se ha referido anteriormente. Se ha expuesto que se ocultó la verdadera realidad perseguida concretamente, y ello es lo que lleva a la ilicitud y tipicidad antes fijada y explicada en la solución al motivo 1º del recurso. La falta de control, el elevado número de socios, en cifras semejantes a las que esta Sala ha dictado condena, la aprehensión de cannabis en cantidad suficiente determina la existencia del ilícito penal.

Y es evidente que no podía haber error de tipo, porque 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).

Y en la sentencia del Tribunal Supremo 261/2019 de 24 de mayo: "Se indica que la creencia errónea de la legalidad de la distribución de marihuana en una asociación cannábica puede constituir error de prohibición con el siguiente discurso: "Es suficiente el conocimiento genérico de la ilicitud de la conducta# no es necesaria la seguridad de que la acción encaja en un tipo específicamente penal. Pues bien desde esta perspectiva, 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.

En sentencias posteriores el Tribunal Supremo ha venido manteniendo idéntica doctrina, así en relación con las asociaciones cannábicas, recuerda el Tribunal Supremo en sentencia num. 380/2020 de 8 julio, con cita de sus resoluciones anteriores, que en cuanto a la tipicidad de la conducta y la desestimación de la tesis del consumo compartido en los denominados clubs cannábicos, de la jurisprudencia de esta Sala más reciente, SSTS 91/2018, de 21-2# 182/2018, de 17-4# 352/2018, de 12-7# 373/2018, de 19-7# 684/2018, de 20-12 # 261/2019, de 24-5,

podemos extraer las siguientes bases:

1.- Inadmisibilidad de la tesis del consumo compartido en asociaciones donde se facilita la distribución de la sustancia cannabis.

"(1) La magnitud de las cantidades manejadas, (2) el riesgo real y patente de difusión del consumo, (3) la imposibilidad de constatar con plena certidumbre la condición de consumidores o usuarios de la sustancia, así como de (4) controlar el destino que pudieran dar al cannabis sus receptores desbordan no solo los términos más literales en que se desarrolla esa doctrina (que no es lo fundamental como recuerda la sentencia de instancia atinadamente), sino sobre todo su filosofía inspiradora.

No se trata de imputar a los responsables de la Asociación el mal uso por parte de algunos socios o el incumplimiento de sus compromisos# es que precisamente esa incapacidad de controlar inherente a la estructura creada comporta el riesgo de difusión, uno de los objetivos que se propone combatir el legislador penal.

Por supuesto, recuerda la referida doctrina, que a los directivos de la Asociación no se les puede atribuir responsabilidad por el hecho de que un socio haya hecho entrega a persona no consumidora de parte de la sustancia# o si la vende traicionando sus obligaciones asociativas. Pero sí son responsables de crear la fuente de esos riesgos incontrolables y reales cuando se manejan esas cantidades de sustancia que se distribuyen a centenares de personas cuyas actitudes o motivaciones no pueden fiscalizarse".

2.- Requisitos jurisprudenciales para admitir la tesis del consumo compartido.

Lo recuerda la sentencia de Pleno de esa Sala 91/2018 de 21 Feb. 2018, Rec. 1765/2014 que trata el tema ahora analizado al citar la STS 360/2015, de 10 de junio, donde se afirma que: Es doctrina reiterada de esta Sala, 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 (RJ 2003, 5392) , 850/2013, de 4 de noviembre (RJ 2013, 7339) y 1014/2013, de 12 de diciembre (RJ 2014, 329) , entre otras).

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

1º) Que se trate de consumidores habituales o adictos que se agrupan para consumir la sustancia. Con esta limitación se pretenden evitar supuestos de favorecimiento del consumo ilegal por terceros, que es precisamente la conducta que sanciona expresamente el tipo, salvo los que ya fuesen consumidores habituales de la sustancia en cuestión.

2º) El consumo de la misma debe llevarse a cabo "en lugar cerrado". La finalidad de esta exigencia es evitar la promoción pública del consumo y la difusión de la sustancia a quienes no forman parte de los inicialmente agrupados.

3º) Deberá circunscribirse el acto a un grupo reducido de adictos o drogodependientes y ser éstos identificables y determinados.

4º) No se incluyen en estos supuestos las cantidades que rebasen la droga necesaria para el consumo inmediato. En consecuencia, solo se aplica a cantidades reducidas, limitadas al consumo diario.

En términos similares se pronuncian las SSTS 1472/2002, de 18 de septiembre o la nº 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).

Aplicando la citada doctrina al caso enjuiciado, según se expone a continuación, no cabe la aplicación de la doctrina del consumo compartido, ya que se trataba de una plantación de cannabis de dimensiones considerables, a partir de cuya producción se vendía indiscriminadamente droga a los "socios", casi cien drogadictos, sin control alguno, que recibían la droga para su consumo fuera de las instalaciones.

Estas circunstancias hacen imposible la aplicación de la doctrina del consumo compartido, que como se ha expuesto, se refiere a supuestos de consumo compartido por un número muy reducido de personas adictas a la sustancia.

Y, como indica la doctrina jurisprudencial, y repitiendo lo antes razonado, sí que traspasa las fronteras penales la conducta concreta 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 los adquirentes se les imponga el requisito de haberse incorporado previamente a una lista, a un club, o a una asociación o grupo similar.

En el presente caso, estamos pura, simple y llanamente, ante un lugar en donde los acusados cultivaban, sin ninguna medida de seguridad, con medios muy poco ortodoxos hacen crecer las plantas de marihuana que posteriormente, la "venden" a los asociados, que consumen la droga en el local o fuera de él.

Por ello, es imposible aplicar la doctrina del consumo compartido, pues la finalidad de dicha asociación, la del presente caso, era la de proporcionar la droga a las personas asociadas a ella mediante una actividad que abarca todo el ciclo: el inicial consistente en cultivar en el interior del local las plantas de cannabis, su posterior tratamiento y su venta para el consumo. Igualmente quedó acreditado en la vista que los asociados a cambio de un cantidad de dinero podían adquirir la sustancia cultivada y convertida posteriormente en la sustancia ya mencionada.

SEXTO. El último apartado del recurso debe entenderse como de censura jurídica, pues se rotula "Sobre el decomiso. Infracción art. 127 CP" y desarrolla su argumentación en pro de la supresión de este apartado de la condena, para recuperar el dinero hallado el registro judicial.

Efectivamente, el art. 127 del CP posibilita al Tribunal el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito. Entre los delitos que se puede acordar ese decomiso, están los delitos contra la salud pública de los artículos 368 a 373.

Ahora bien, el art. 127 bis en su punto segundo dispone: A los efectos de lo previsto en el apartado 1 de este artículo, se valorarán, especialmente, entre otros, los siguientes indicios: La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada.

La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica

interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes. La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida."

El Código Penal exige que, para llevarse a cabo el decomiso ampliado, han de concurrir indicios objetivos fundados de la cantidad tiene un origen ilícito, o la consideración de que esa cantidad dineraria procede de actividad ilícita.

En este caso y frente a lo que pretenden los apelantes, no consta acreditado ni existe indicio objetivo alguno, que los efectos y dinero intervenido procedan de actividad lícita alguna. El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 12 de noviembre de 2020 (ref.: Tol 7.606.826) ha dicho sobre la acreditación del origen ilícito del dinero:

"De lo que se trata, en fin, es no perder de vista que el decomiso ampliado sólo se justifica - como exige el art. 127 bis del CP - cuando, mediante indicios objetivos y fundados puede acreditarse su condición de ganancia derivada de un delito cometido con anterioridad a aquel por el que se dicta condena. El origen ilícito de esos bienes, por tanto, ha de estar acreditado mediante indicios que, como es natural, no pueden responder al puro voluntarismo del órgano judicial que acuerda el decomiso. Han de estar fundados y pueden quedar neutralizados por datos que sugieran lo contrario, esto es, que esos bienes son el resultado de una actividad económica no vinculada al ilícito sobre el que se construye la condena".

Alega el recurso que "no se ha efectuado análisis ni valoración por el Tribunal que lleve a considerar que la concurren los indicios a los que se refiere el art. 127 bis. 2, anteriormente citado. No nos sirve la alegación que considera que tratándose de dinero en efectivo este procede de la actividad delictiva, ello, podría suponer una infracción administrativa a la Hacienda Pública, pero en ningún caso que el dinero provenga de actividad delictiva".

En la mayor parte de las ocasiones, la decisión jurisdiccional acerca del origen ilegal de esos bienes y ganancias habrá de basarse en una valoración indiciaria, plenamente acomodada al canon constitucional de apreciación probatoria.

El listado del art. 127 es meramente orientativo ("se valorarán, especialmente, entre otros, los siguientes indicios...") frase en la que la mención "entre otros" así lo indica, y en el caso de autos, los indicios están suficientemente claros: el dinero (69 billetes de 20 euros y uno de 50) se encuentra en el lugar del registro judicial, con la droga, y los condenados nada han acreditado -ni siquiera alegado- en relación a la proveniencia lícita de ese dinero y, antes al contrario, consta que los "socios" (en realidad, clientes consumidores de droga) aportaban dinero como "cuota" (en realidad, el precio de la droga adquirida), por lo que ya ello se basta para erigirse en indicio, a lo que se suma la ausencia de prueba de actividad económica alguna o patrimonio por parte de los condenados.

El motivo queda rechazado.

SÉPTIMO. Conforme con el criterio general de esta Sala, y aludiendo al art. 123 CP, las costas del presente recurso deben ser declaradas de oficio.

FALLAMOS:

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de de los condenados don Pío, don Cándido y don Aurelio contra la sentencia de fecha 7 de febrero de 2.024, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria en el rollo procedimiento abreviado n.º 50/2021, la cual confirmamos en todos sus extremos, sin efectuar pronunciamiento alguno respecto de las costas.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación, el cual ha de anunciarse en el plazo de cinco días ante esta Sala a contar desde la efectuada al procurador, y ha de formalizarse ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Así por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.