



Roj: **STS 3722/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3722**

Id Cendoj: **28079120012019100624**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/11/2019**

Nº de Recurso: **2136/2018**

Nº de Resolución: **563/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 7965/2018,**  
**STS 3722/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 563/2019**

Fecha de sentencia: 19/11/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2136/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/11/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona. Sección Quinta

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: LMGP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2136/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 563/2019**

Excmos. Sres.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Antonio del Moral Garcia

D. Vicente Magro Servet



D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 19 de noviembre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación 2136/2018 interpuesto por Adrian , Agustín , Andrés Y Juan Pedro , representado por el procurador DON PABLO SORRIBES CALLE bajo la dirección letrada de DON ALEXANDRE GIRBAU COLL, contra la sentencia dictada el 4 de mayo de 2018 por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quinta, en el Rollo de Sala Procedimiento Abreviado 15/2017, en el que se condenó al recurrente como autor penalmente responsable de un delito contra la salud pública del artículo 368.1 del Código Penal, y otro de asociación ilícita previsto el artículos 515 también del Código Penal. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** - La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quinta, con fecha 4 de mayo de 2018 dictó sentencia en su Procedimiento Abreviado 15/2017, en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Se declara probado que los acusados, Adrian , Agustín , Andrés y Juan Pedro , todos ellos mayores de edad y sin antecedentes penales, en fecha 30 de julio de 2013, constituyeron la asociación que denominaron " THE GREEN WORLD IN CANYELLES" fijando su sede social en Ronda Guineuta 30-5°-1° de Barcelona, y locales en Calle Antonio Machado 2 de Barcelona, el cual-se-hallaba en régimen de alquiler para la asociación a través del presidente, cargo que era ostentado por el acusado Adrian , siendo secretario el acusado Agustín , tesorero Andrés y vocal Juan Pedro .

Los estatutos de la entidad constituida limitaban su objeto a actividades culturales inofensivas de estudio, reflexión y divulgación científica en torno al uso del cannabis y sus propiedades naturales, así como a facilitar el consumo de cannabis y sus derivados, para lo que cuentan con cultivos controlados por la misma entidad a los que denominan "cultivo colectivo de la asociación" descartando expresamente y con rotundidad cualesquiera otras finalidades de carácter ilícito como la difusión de marihuana o hachís y ello con una expresa y rigurosa declaración formal tal y como " de acuerdo con la jurisprudencia sobre el consumo compartido y consumo propio de las personas previamente consumidoras de Cannabis Sativa L. que sean aceptadas como socias.... la asociación . . . creará cultivos mediante un circuito cerrado y sin fines comerciales- siendo-distribuido entre los socios a razón de .su aportación-y de acuerdo con la previsión de consumo individual por los socios en su instancia" o "la asociación no pretende promover el consumo de ninguna sustancia, sino ser un centro impulsor de acciones encaminadas a la reducción de los riesgos asociados al consumo de cannabis. . . No pretende en modo alguno llevar a cabo ninguna de las conductas consideradas como delito contra la salud pública en el Código Penal y según la jurisprudencia. . . en modo alguno se pretende el fomento o hacer apología del consumo de ninguna sustancia. . ." A pesar del contenido aparentemente inocuo de los planteamientos estatutarios recelando las autoridades gubernativas del auténtico propósito asociativo en fecha 4 de abril de 2014, la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques de la Generalitat de Catalunya dispuso la suspensión de la inscripción de la referida entidad en el Registro de Asociaciones de la Generalitat de Catalunya que se había solicitado por el acusado Adrian como presidente de la asociación en fecha 31 de julio de 2013.

Desde la fecha de su fundación, en el referido local de la asociación sito en la calle Antonio Machado 2, de Barcelona, se produjo la venta indiscriminada de marihuana y hachís, a los consumidores de tal sustancia que allí acudían a diario a proveerse. Aparentando que la forma asociativa amparaba la libre circulación de la droga, ocultando así la realidad del ilícito tráfico, los adquirentes de la referida marihuana fueron previamente asociados en cada caso con un simple trámite privado por anotación de sus datos personales en el registro privado de la entidad, expedición de carnets acreditativos y el simultaneo abono de unas cuotas iniciales de diez euros en algunos casos. A partir de su inscripción, el denominado socio retiraba cantidades de entre uno y medio gramo de marihuana o hachís que compraba por un precio que oscilaba entre 6 y 3 euros. En fecha 7 de marzo de 2015 los acusados abastecían por tal procedimiento a más de seiscientos socios aproximadamente.

Los acusados obtenían la droga para su venta, en los locales de la asociación, mediante el cultivo que explotaban en el domicilio particular del acusado Agustín , sito en la CALLE000 NUM000 de la localidad de Montcada, careciendo de cualquier autorización administrativa para-la-producción;-y distribución de la misma, no constando siquiera-que-se hubiera solicitado licencia de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, organismo facultado para ello de conformidad con el Real Decreto 1275/2011 de 16 de noviembre.

El acusado Agustín , residía en estas fechas en la CALLE000 NUM000 de Montcada i Reixac, si bien consta empadronado en el número NUM001 de esa misma calle. El acusado Adrian residía en la RONDA000 NUM002 - NUM003 - NUM003 de Barcelona, y los acusados Andrés y Juan Pedro , residían en la RONDA000 NUM004 - NUM005 - NUM006 de Barcelona.



Entre los días 24 de noviembre y 5 de diciembre de 2014, alertados los Mossos d' Esquadra por la afluencia de personas que entraban y salían del local de la asociación sito en la calle Antonio Machado 2 de Barcelona, se procedió a la vigilancia del local donde se realizaron las siguientes incautaciones: 1º) a las 19:00 horas del día 24-11-2014, Socorro -fue interceptada a la salida de la sede de la asociación;-portando 1'486-gramos con una riqueza del 5'8% de marihuana; 2º) a las 20:40-horas del día 25-11-2014 Remigio , fue interceptado a la salida del local portando 0'784 gramos con riqueza del 5'7% de hachís, y 0'334 gramos de riqueza del 17% de marihuana; 3º) a las 19:00 horas del día 1-12-2014, Roman , fue interceptado a la salida del local, portando 0'497 gramos con riqueza del 11'4% de hachís; 4º) a las 20:30 horas del día 11-12-2014 Ruperto , fue interceptado a la salida del local portando 1'344 gramos con una riqueza del 14'4% de marihuana; 5º) a las 19:30 horas del día 2-12-2014 Samuel a la salida del local portando 0'529 gramos con una riqueza del 14'7% de marihuana; 6º) a las 19:30 horas del día 2-12-2014, Sebastián , fue interceptado a la salida del local, portando 0'601 gramos con riqueza del 13'3% de marihuana, y 7º) a las 19:25 horas del día 3-12-2014, Segundo , fue interceptado a la salida del local, portando 1'013 gramos con una riqueza del 16% de marihuana.

Todos ellos minutos antes habían adquirido las sustancias en el referido local regentado por los acusados.

Mediante auto de fecha 26-2-2015 dictado por el Juzgado de Instrucción 13 de Barcelona, se acordó la entrada y registro en el local de la asociación THE GREEN WORLD IN CANYELLES, así como en los domicilios de los acusados.

Sobre las 16:15 horas del día 7-3-2015 se llevo a cabo la diligencia judicial de entrada y registro en el local sito en la calle Antonio Machado 2 de Barcelona. En el transcurso de dicha actuación, estando presente el acusado Adrian , se produjo el hallazgo de las siguientes sustancias estupefacientes y otros objetos relacionados con el trafico: - tupper de cristal con 57'7 gramos netos con THC del 6'6% de marihuana; - bote de cristal conteniendo 6'4 gramos netos con THC del 13'7% de marihuana; -tupper de cristal "Black Jack" con 6'7 gramos netos con THC del 8'7% de marihuana; bote de cartón Wiston con 40'6 gramos netos de THC del 5'1% de marihuana;- bote de cristal "Critical Bilbo" con 14'4 gramos netos con THC del 10'2% de marihuana;- bote de cristal con tapa roja con 37'4 gramos netos con THC de 7'8% de marihuana;- bote de cartón Domingo con 13'5 gramos netos con THC de-1-319% de marihuana;- bote de cristal-con 2'2--gramos- netos--con--THC- del. 9'7% de marihuana;- bote de cristal Fontoliva 50'3 gramos netos con THC del 12'3% de marihuana;- bolsa de plástico con tres trozos cuyo peso es de 53 gramos netos con riqueza del 26% de hachís;- bolsa de plástico "Afgana" con 45'3 gramos netos con 8'9% de marihuana;- bolsa grande plástico " Afgana" con 201'5 gramos netos con THC del 10'4% de marihuana;- bolsa grande plástico con 41'5 gramos netos con THC 10'7% de marihuana;- tupper de plástico "Afgana" con 51'5 gramos netos con THC del 12'1% de marihuana;tupper de cristal "Critical Somango" con 24'4 gramos netos con THC del 9'6% de marihuana,- tupper de cristal "Afgana" con 81'6 gramos netos con THC 10'5% de marihuana;-tupper de plástico "Mango" con 13'1 gramos netos con riqueza del 25% de hachís;- lata metálica con una pieza de 3'2 gramos netos con THC del 10% de marihuana; - bandeja de aluminio con 89'9 gramos netos con THC del 11'3 de marihuana;- tupper de plástico "Grape Fruir con 36'2 gramos netos con THC del 8'1% de marihuana;- tupper de plástico "Moby Dick"- con-31' 6- g-farnos -netos con THC del 10'5 de marihuana;-tupper de plástico "Jack-Herer" con 40'1 gramos netos con THC-dél 11'1% -dé-marihuana ; - bolsa de plástico con 31'9 gramos netos con THC del 10'1% de marihuana;-bolsa de plástico Mango con 17'4 gramos netos con THC del 11'1% dé marihuana;- bolsa de plástico Moby Dick con 32'7 gramos netos con THC del 9'1% de marihuana;- bolsa de plástico "C" con 10'6 gramos netos con THC del 11'7% de marihuana;- bolsa de plástico "Afgana" con 15'1 gramos netos con THC del 9'1% de marihuana;- bolsa de plástico "Jack Herer" con 17'7 gramos netos con THC del 6'2% de marihuana;- bolsa de plástico "Black Jack" con 28'5 gramos netos con THC del 12'2% de marihuana;- bolsa de plástico "Afga" con 11'7 gramos netos con THC del 8'8 de marihuana;- bolsa de plástico "Afga" con 0'514 gramos netos con THC del 5'9% de marihuana;

Todas estas sustancias se hallaban dispuestas para su inmediata distribución y venta. Además de las sustancias se ocupó en dicho local diez balastos magnéticos para dar luz y calor a las plantas, dos temporizadores, dos filtros de carbón, cuatro extractores de viento, dos tubos extractores, dos cajas de paneles reflectores, diez twister lights con su cableado, una CPU y libro manuscrito y dinero en moneda y billetes fraccionado en cantidad de 628'73 euros.

En el transcurso del registro se encontraban los siguientes socios a quienes se ocuparon las sustancias que acababan de adquirir en dicho local:

Narciso 0'751 gramos netos con THC del 19% de marihuana. Octavio 0'611 gramos netos con THC del 29% de hachís. Pascual 2'813 gramos netos con una riqueza del 28% de hachís. Porfirio 0'483 gramos netos con una riqueza del 28% de hachís. Raúl 0'486 gramos netos con THC del 11'7% de marihuana. Segismundo 0'441 gramos netos con THC del 12'7% de marihuana. Severiano 0'688 gramos netos con THC del 14% de marihuana. Simón 0'617 gramos netos con una riqueza del 25% de hachís. Narciso 1'681 gramos netos con THC del 8'8% de marihuana, 1'632 gramos netos con una riqueza del 40% de hachís, 0336 gramos netos con



una riqueza del 16% de hachís, 0'822 gramos netos con una riqueza del 27% de hachís. Tomás 0'782 gramos-netos -con THC del 16% de marihuana- y a Victoriano ; 0'335 gramos netos con THC del 10'9% de marihuana, 0'455 gramos netos con una riqueza del 25% de hachís.

Durante el transcurso de la entrada y registro del domicilio de los acusados Andrés y Juan Pedro , sito en RONDA000 NUM004 NUM005 - NUM006 de Barcelona, que se llevo a cabo a las 18'20 horas del día 7 de marzo de 2015 y estando ambos presentes, se ocupó las siguientes sustancias y efectos:

- Veintinueve bolsas conteniendo 1.161 gramos netos con THC del 7'9% de marihuana.
- Dos placas de sustancia con un peso de 95'7 gramos netos con una riqueza del 28% de hachís, y 76'7 gramos netos con una riqueza del 27% de hachís.
- Ocho placas de sustancia con un peso de 407'1 gramos netos con una riqueza del 28% de hachís, 194'8 gramos netos con una riqueza del 27% de hachís-y.72 gramos.netos con una riqueza del 25%, de hachís.-
- Una tableta conteniendo 80'6 gramos netos con una riqueza del 28% de hachís.

Tres bolsas transparentes conteniendo 10 gramos netos con THC del 9'6% de marihuana.

Además se ocupó dinero en billetes fraccionados siendo un total de 335 euros, papel manuscrito con la cuenta de la asociación, dos recipientes con restos de resina, diferentes bolsas de plástico pequeñas para la dosificación de la sustancia y libretas bancarias.

Durante el transcurso de la entrada y registro en el domicilio del acusado Adrian , estando el mismo presente, sito en la RONDA000 NUM002 - NUM003 - NUM003 de Barcelona, que se llevó a cabo sobre las 18:45 horas del día 7-3-2015, se ocuparon las siguientes sustancias estupefacientes y efectos:

- Tres bolsitas conteniendo 5'5 gramos netos con THC del 10'4% de marihuana.
- Cuatro bolsas de plástico conteniendo 1.795 gramos netos con THC del 12'8% de marihuana.
- Dinero fraccionado en distintos recipientes en el salón, y cocina en cantidad de 2.720 euros en la habitación en un armario en una caja .7.650 euros y 70 euros en el bolsillo del acusado.
- 41 bolsas de plástico termo selladas de las que se utilizan para la dosificación de la sustancia.
- Una navaja y un grinder con restos de sustancia.

Durante el transcurso de la entrada y registro en el domicilio del acusado Agustín , sito en la CALLE000 NUM000 de Montcada i Reixach estando presente el mismo, y que se llevó a cabo el día 7-3-2015 se ocuparon las siguientes sustancias y efectos:

- Una bolsa con cogollos con un peso de 265'6 gramos netos con THC del 8'9% de marihuana.

Un bote-de cogollos con un peso de 887-gramos netos con-THC del 11'74% de marihuana.

Un bote de cristal conteniendo cogollos con un peso de 39'5 gramos netos con THC del 12'9% de marihuana.

Una bolsa con cogollos con un peso de 1.808 gramos netos con THC del 7'6% de marihuana.

Una caja de cartón con 99'7 gramos netos con THC del 8'7% de marihuana.

Una caja de madera con 220'2 gramos netos con THC del 8'2% de marihuana.

Una bolsa con cogollos con un peso de 5'395 gramos netos con THC del 10'8% de marihuana.

Una caja de cartón con 77'2 gramos netos con THC del 14'2% de marihuana.

Una bolsa con brotes con un peso de 3'4 gramos netos con THC, del 27%-de-marihuana.

Nueve macetas con un peso de 82'9 gramos netos con THC del 8'3 de marihuana.

Doscientas veintiocho (228) plantas de marihuana en una habitación exterior de las que se han analizado lo siguiente: de las 10 plantas con peso bruto 166 gramos, peso neto 96 gramos y 38'6 gramos netos con THC del 1'6% de marihuana y de otras 10 plantas peso bruto 647 gramos, peso neto 529 gramos y 180'4 gramos netos con THC del 9'1% de marihuana.

Dinero en cantidad de 65 euros, cuatro bolsas para regular el PH facturas de "Pro Garden" y "Grow Solution" un ventilador, deshumidificador, 6 bolsas para envasar al vacio, una jeringuilla grande, un filtro de aromas, cinco lámparas cinco transformadores y cuatro temporizadores, diez lámparas y diez transformadores.



En este domicilio es el lugar en el que los acusados sin autorización administrativa para la producción y distribución cultivaban la sustancia estupefaciente que después distribuían a cambio de un precio a terceras personas en la sede del local sito en calle Antonio Machado 2, de Barcelona.

Un gramo de marihuana alcanza en el mercado ilícito un precio aproximado de cinco euros y el hachís en torno a los seis euros el gramo.

En el curso de la presente -investigación, se procedió a la intervención del vehículo Renault Kangoo matrícula ....GKX , propiedad de Adrian y el vehículo Hyundai con matrícula ....XFW propiedad de Agustín .".

**SEGUNDO.** - La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

"QUE DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS A Adrian , como autor de un delito contra la salud pública de sustancias, que no causan grave daño para la salud previsto en el artículo 368.1 del CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DOS AÑOS DE PRISION Y MULTA DE 43.370 EUROS con seis meses de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 del CP, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Por el delito de Asociación ilícita previsto en el artículo 515 en relación con el 517.1 del CP, a la pena de DOS AÑOS DE PRISION y MULTA DE DOCE MESES CON UNA CUOTA DIARIA DE CINCO EUROS, con -la -responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago prevista en el artículo 53 del CP, así como al pago de las costas por ambos delitos.

QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Agustín como autor de un delito contra la salud pública de sustancias que no causan grave daño para la salud previsto en el artículo 368.1, del CP sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de DOS AÑOS DE PRISION y MULTA DE 43.370 euros con seis meses de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa conforme a lo previsto en el artículo 53 del CP, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Por el delito de Asociación Ilícita, previsto en el artículo 515 en relación con el 517.2 del CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, la pena de UN AÑO DE PRISION Y MULTA DE DOCE -MESES-CON UNA CUOTA DIARIA DE CINCO -DUROS,-con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago prevista en el artículo 53 del CP, así como al pago de las costas en ambos delitos.

QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Andrés , como autor de un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancias que no causan grave daño para la salud previsto en el artículo 368.1 del CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de DOS AÑOS DE PRISION Y MULTA DE 43.370 EUROS con seis meses de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Por el delito de Asociación Ilícita, previsto en el artículo 515 en relación con el 517.2 del CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de UN AÑO DE PRISION Y MULTA DE DOCE MESES CON UNA CUOTA DIARIA DE CINCO ERUOS, con la responsabilidad personal subsidiaria de artículo 53 del CP en caso de impago, así como al pago de las costas por ambos delitos.

QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Juan Pedro , como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública de sustancias que no causan grave daño para la salud, previsto en el artículo 368.1 del CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de DOS AÑOS DE PRISION y MULTA DE 43.370 EUROS con seis meses de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Por el delito de Asociación Ilícita, previsto en el artículo 515, en relación con el 517.2 del CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, la pena de UN AÑO DE PRISION Y MULTA DE DOCE MESES CON UNA CUOTA DIARIA DE CINCO EUROS, con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del CP, en caso de impago de la multa, así como al pago de las costas procesales por ambos delitos.

**ACORDAMOS la devolución y entrega del vehículo** Renault Kangoo matrícula ....GKX a su propietario el acusado Adrian . Asimismo acordamos la devolución y entrega del vehículo Hyundai matrícula ....XFW a su propietario el acusado Agustín .

Dese destino legal a las sustancias y demás efectos intervenidos incluido el dinero efectivo ocupado en los registros, conforme a lo dispuesto en los artículos 127 y 374 del CP en relación con el 367 ter de la LECRIM.

Procesase a la disolución de la asociación THE GREEN WORLD IN CANYELLES, conforme a lo dispuesto en el artículo 520 del CP.





Sírvales de abono a los acusados el tiempo de privación de libertad que, en su caso, hubieren sufrido con motivo de ésta causa.".

**TERCERO.** - Notificada la sentencia, la representación procesal de Adrian , Agustín , Andrés y Juan Pedro , anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley, quebrantamiento de forma y vulneración de derecho constitucional, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO** - El recurso formalizado por Adrian , Agustín , Andrés y Juan Pedro , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

Primero. - Por vulneración de precepto constitucional, por la vía del artículo 5.4 LOPJ, por infracción del artículo 24.2 de la Constitución por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Segundo. - Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.1º LECrim, y subsidiariamente del anterior por consignarse como hecho probado concepto que, por su carácter jurídico, implica la predeterminación del fallo.

Tercero. - Por vulneración de precepto constitucional, concretamente al derecho fundamental a la legalidad penal del artículo 25.1 de la Constitución como plasmación del derecho a la seguridad jurídica del artículo 9.1 de la Constitución.

Cuarto. - Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º LECrim, por aplicación indebida del artículo 368.1 Código Penal. Vulneración del derecho a la legalidad penal ( artículo 25.1 CE) por subsunción absurda, ilógica y no razonable de los hechos probados en el artículo 368 Código Penal.

Quinto. - Vulneración de precepto constitucional del derecho a la proporcionalidad en la privación de la libertad del artículo 17.1 Código Penal.

Sexto. - Vulneración precepto constitucional del derecho fundamental a la presunción de inocencia del artículo 24.2 Constitución, por partir de la presunción de que la droga se difunde dolosamente a terceros.

Séptimo. - Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º LECrim, subsidiariamente, por infracción del artículo. 2.1 Código Penal, por indebida aplicación retroactiva de una nueva interpretación jurisprudencial del artículo 368.1 Código Penal.

Octavo. - Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º LECrim, subsidiariamente, por infracción inaplicación del artículo 14.3 Código Penal.

Noveno. - Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º LECrim, por aplicación indebida del artículo 515.1 Código Penal y al amparo del artículo 5.4 LOPJ por vulneración del derecho fundamental a asociarse del artículo 22 de la Constitución.

Décimo. - Por vulneración de precepto constitucional, por la vía del artículo 5.4 LOPJ por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia de los hermanos Andrés y Juan Pedro del artículo 24.2 de la Constitución.

Decimoprimer. - Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º LECrim, subsidiariamente, por infracción inaplicación del artículo 21.6 Código Penal.

Decimosegundo. - Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 LOPJ, subsidiario, por infracción del artículo 24.1 de la Constitución por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por falta de motivación al fijar la multa por el delito contra la salud pública ( artículo 120 CE).

**QUINTO.** - Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito de 13 de septiembre de 2018, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos del recurso e interesó su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 5 de noviembre de 2019 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - 1 . En la sentencia de 04/05/2018, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, se ha condenado a los recurrentes por la comisión de un delito contra la salud pública de sustancias que no causan grave daño a la salud y de un delito de asociación ilícita.



El recurso de casación incluye doce motivos de discrepancia contra la sentencia y en el primero de ellos se aduce la vulneración del principio de presunción de inocencia, invocando el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 24.2 de la Constitución.

En apoyo de su tesis se alega que no se ha practicado prueba de cargo en el plenario acreditativa de que en los dieciséis meses siguientes a la fundación de la asociación se procediera a la venta indiscriminada de hachís y marihuana, ni que se vendiera la droga con el simple trámite de inscribir a los adquirentes como asociados, ni que cada socio retirara entre uno y medio gramo al día por un precio que oscilaba entre 6 y 3 euros, ni que, por último, se abasteciera por ese procedimiento a cerca de seiscientos socios. Todos estos hechos han sido referidos en el párrafo tercero de la declaración de hechos probados de la sentencia impugnada y todos ellos son objeto de expresa impugnación.

2. El motivo no puede prosperar porque en el fundamento jurídico primero de la sentencia se hace una extensa y completa valoración de la prueba practicada en el juicio plenario sobre la que nada se dice en el recurso, que se limita a afirmar la inexistencia de prueba sin un mínimo razonamiento que explique por qué razón se considera que la prueba aportada a juicio es insuficiente. En efecto, la sentencia de instancia apoya su pronunciamiento condenatorio en las siguientes pruebas:

a) En la sede de la asociación ilícita se incautó hachís y marihuana en cantidad que superaba los 1000 gramos netos con un valor aproximado de 5.000 euros.

b) En el domicilio de Andrés y Juan Pedro se encontraron 1.170 gramos netos de marihuana y 648 gramos netos de hachís, con un valor global próximo a los 9.700 euros.

c) En el domicilio de Agustín se encontró una plantación de marihuana y se ocuparon 2.600 gramos netos de marihuana, procedentes del peso de los cogollos de 228 plantas, pesando estos últimos 844 gramos con un valor total de 16.670 euros.

d) En el domicilio de Adrian la sustancia encontrada fue de 1.800 gramos de marihuana con un valor de 9.000 euros, así como 10.370 euros en billetes fraccionados. Por tanto, la cifra total de sustancia ilícita incautada asciende a 7.504 gramos netos de marihuana, cantidad cercana a la establecida por esta Sala para apreciar el subtipo agravado de notoria importancia (10 kilogramos, según sentencia del Pleno de esta Sala de 19 de octubre de 2001).

e) Prestaron declaración nueve agentes policiales que ratificaron las vigilancias realizadas en el local así como las incautaciones de droga a los siete compradores que fueron identificados a la salida del local así como a las once personas que se encontraban dentro del local poseyendo sustancia ilícita que acababan de adquirir.

f) Ofrecieron su testimonio siete testigos que, en líneas generales, manifestaron haber adquirido sustancia ilícita en el local por un precio de entre 3 y 6 euros y

g) Se ha tenido en consideración la prueba documental obrante en autos (folios 53 a 55) que acredita la suspensión administrativa de la asociación, acordada por la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat de Catalunya, ordenando dar traslado a la Fiscalía para la persecución penal de su actividad.

h) Y se ha valorado, por último, la prueba documental intervenida en el registro del local de la asociación, a fin de acreditar el elevado número de personas registradas como miembros de la asociación.

3. En el recurso no se hace mención de estas pruebas y ni siquiera se realiza una valoración crítica de las mismas para afirmar su ilicitud o insuficiencia, lo que resulta de todo punto exigible para la estimación del motivo de casación, ya que venimos reiterando que cuando se invoca la presunción de inocencia este tribunal debe comprobar si la prueba de cargo tiene suficiente contenido incriminatorio, si es válida y si ha sido valorada racionalmente, y todo este análisis precisa, cuando menos, que en el recurso se expresen las razones de la discrepancia, siendo insuficiente la mera censura de la sentencia sin razonamiento alguno.

En este caso, las pruebas practicadas en el juicio plenario tienen un contenido incriminatorio incuestionable porque a través de una abundante prueba testifical y documental se han acreditado los hechos punibles y la relevancia de la actividad ilícita viene confirmada, entre otras evidencias, por la incautación de una importante cantidad de sustancia ilícita elaborada, de plantas, dinero, así como útiles para el cultivo y distribución, que evidencian sin margen de duda razonable la elaboración y distribución masiva de la droga. Tampoco apreciamos ilicitud en las pruebas, ni que su valoración haya sido irracional, inconsistente o manifiestamente errónea ( STS 547/2018, de 13 de noviembre, por todas), lo que conduce ineludiblemente a la desestimación de este primer alegato.



**SEGUNDO.** - En el segundo motivo del recurso se alega que el párrafo del juicio fáctico que a continuación transcribimos implica la predeterminación del fallo, lo que determina la absolución de los acusados por el delito de asociación ilícita.

El párrafo en cuestión es el siguiente:

*" Desde la fecha de su fundación, en el referido.... se produjo la venta indiscriminada de marihuana y hachís, a los consumidores de tal sustancia que allí acudían a diario a proveerse. Aparentando que la forma asociativa amparaba la libre circulación de la droga, ocultando así la realidad del ilícito tráfico ..."*

Como dice la STS 1519/2004, de 27 de diciembre, lo que la LECrim prohíbe por este motivo es la utilización de expresiones estrictamente técnicas que describen los tipos penales. O en palabras de la STS 152/2006, de 1 de febrero, la predeterminación del fallo, como vicio impugnabile de cualquier sentencia penal, tiende a evitar que la estructura lógica del razonamiento decisorio, sustituya lo descriptivo por lo valorativo. Con su articulación se impone al órgano judicial la necesidad de una nítida separación entre el juicio histórico y el juicio jurídico. Para que haya predeterminación del fallo es necesario que en el relato fáctico se hayan utilizado expresiones técnicas en sentido jurídico. La doctrina de esta Sala incluye las siguientes: a) expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado; b) expresiones sean tan sólo asequibles por regla general para los juristas y no sean compartidas en el uso del lenguaje común; c) expresiones que tengan valor causal respecto al fallo; d) y que, suprimidos tales conceptos jurídicos, dejen el hecho histórico sin base alguna.

Por el contrario y como señala la STS 401/2006, de 10 de Abril, cuando el Juzgador emplea expresiones en el relato fáctico que están en el lenguaje común, que no son sino meramente descriptivas, no técnicas en sentido jurídico, no habrá predeterminación. Es válido que las expresiones del lenguaje común se utilicen en la redacción de las sentencias, al conformar su relato histórico, y que desde luego, aunque las emplee el legislador también al describir los tipos penales, no por ello puede decirse que predeterminan el resultado correspondiente a la subsunción judicial sino que, antes al contrario, en ocasiones se convierten en imprescindibles, arrojando más claridad semántica que si, por un purismo mal entendido, se quisiera construir la descripción de los hechos a base de sinónimos o locuciones equivalentes, muchas veces con aportaciones de frases retorcidas, fruto de un incorrecto léxico, en todo caso poco comprensible para los propios destinatarios de la Resolución.

Partiendo de estas consideraciones, en el párrafo cuya redacción se cuestiona el único término que tiene connotaciones jurídicas es el de "*ilícito tráfico*", concepto al que le es de aplicación último de los razonamientos que acabamos de mencionar. El término "*ilícito tráfico*" es utilizado por el lenguaje común y desde luego su uso en el juicio histórico de la sentencia no priva a aquél de base suficiente para un pronunciamiento de condena. Por el contrario, la expresión utilizada tuvo como única finalidad conformar la declaración hechos probados de una forma comprensible, expresando con claridad el mecanismo fraudulento utilizado por los acusados para ocultar la actividad ilícita, de lo que se anuda la consecuencia de que tal expresión no predetermina el fallo sino que describe el hecho.

El motivo se desestima

**TERCERO.** - 1. En el tercer motivo del recurso y por el cauce de la infracción de ley, previsto en el artículo 849.1 de la LECrim, se reprocha a la sentencia el juicio de subsunción normativa realizado.

Se argumenta que no es función de los jueces y tribunales conformar la política criminal y que no les es dable sancionar conductas que no están tipificadas como delito. Señala, con cita de algunas sentencias del Tribunal Constitucional, que es contrario al principio de legalidad la formulación de tipos penales abiertos de forma que su aplicación o inaplicación dependa en exclusiva del arbitrio de los jueces y en este caso la indeterminación del artículo 368 del vigente Código Penal se deriva de la amplitud del concepto "consumo ilegal". A este respecto se señala que no se precisa si la ilegalidad del consumo deriva de la desfasada Ley 17/1967, que prohíbe la posesión y uso pero no el consumo, o de la Ley de Seguridad Ciudadana ( Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo) que prohíbe en su artículo 36.16 el consumo "en lugares, vías, establecimientos públicos o transportes colectivos". Se añade que las conductas de los acusados no pueden vincularse con la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas que constituyan un peligro para la salud pública y que su actividad estaba amparada por la normativa sectorial vigente con anterioridad a octubre de 2015.

El motivo contiene una compleja argumentación a la que trataremos de dar cumplida respuesta.

2. Se cuestiona la constitucionalidad del artículo 368 del Código Penal por estimar que se trata de un tipo penal abierto cuya aplicación queda condicionada a una excesiva y arbitraria labor de concreción de jueces y tribunales.





Se plantea una tesis que ya ha obtenido respuesta por el Tribunal Constitucional. El artículo 368 del Código Penal castiga con graves penas a los que "ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o las posean con aquellos fines" y dicho precepto no vulnera el principio de legalidad penal por deficiencia en la descripción de la prohibición y por vulneración del principio de taxatividad.

El Tribunal Constitucional en su STC 146/2017, de 14 de diciembre, ha desechado que el artículo 368 del Código Penal contravenga el principio de legalidad o que sea un tipo delictivo de formulación tan abierta que respalde el ejercicio de una decisión libre y arbitraria.

La argumentación del máximo intérprete constitucional para llegar a la anterior afirmación fue la siguiente:

a) *Conviene recordar que el derecho a la legalidad penal ( artículo 25.1 CE ), se articula a través de una doble garantía: material y formal. La primera -que es la que eventualmente se vulnera a juicio de los demandantes- es la exigencia de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes con la mayor precisión posible, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, de esta manera, las consecuencias de sus acciones ( SSTC 242/2005, de 10 de octubre , FJ 2 ; 162/2008, de 15 de diciembre , FJ 1 ; 81/2009, de 23 de marzo , FJ 4 , y 135/2010, de 2 de diciembre , FJ 4). Como señala la STC 145/2013, de 11 de julio , FJ 4, con cita de la STC 104/2009, de 4 de mayo , FJ 2, "la garantía material implica que la norma punitiva permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa, lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador".*

*A esa exigencia de lex certa, a la que debe responder el legislador al definir los tipos penales, no se opone la utilización en los tipos penales de los llamados conceptos jurídicos indeterminados, máxime en aquellos supuestos en que los mismos responden a la protección de bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional en el que se inserta nuestra Constitución de acuerdo con su artículo 10.2 ( STC 62/1982, de 15 de octubre , FJ 7), como tampoco la utilización de un lenguaje relativamente vago y versátil, pues las "normas son necesariamente abstractas y se remiten implícitamente a una realidad normativa subyacente, y dentro de ciertos límites (por todas, STC 111/1993, de 25 de marzo ), el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad" ( STC 129/2008, de 27 de octubre , FJ 3), que en ocasiones presenta aspectos difíciles de prever.*

b) *La redacción del artículo 368 CP ("Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines"), no contempla un tipo delictivo de formulación tan abierta que respalde el ejercicio de una decisión prácticamente libre y arbitraria. La utilización de verbos de uso habitual en el lenguaje y de conocimiento accesible como cultivar, elaborar, traficar, promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, no dejan en la indefinición la conducta típica. Al contrario, la esfera del comportamiento ilícito es perfectamente inteligible, conforme a valores socialmente arraigados, siendo razonablemente factible y previsible su concreción mediante criterios comunes a la experiencia humana. Conviene en este punto recordar que, "dado el carácter general de las leyes, el texto de las mismas no puede presentar una precisión absoluta. Una de las técnicas tipo de regulación consiste en recurrir a categorías generales en vez de listas exhaustivas. Por lo tanto, numerosas leyes utilizan, necesariamente, fórmulas más o menos imprecisas cuya interpretación y aplicación dependen de la práctica (Kokkinakis, antes citado, § 40, y Cantoni, antes citado, § 31). Por tanto, en cualquier sistema jurídico, por muy clara que sea la redacción de una disposición legal, incluso en materia penal, existe inevitablemente un elemento de interpretación judicial. Siempre será necesario dilucidar las cuestiones dudosas y adaptarse a los cambios de situación. Por otra parte, la certeza, aunque muy deseable, se acompaña a veces de una rigidez excesiva; ahora bien el derecho debe saber adaptarse a los cambios de situación (Kafkaris, antes citado, § 141)." ( STEDH, de 21 de octubre de 2013, asunto Del Río Prada contra España , § 92).*

3. Desde otro punto de vista, que también se plantea en el recurso, es cierto que el artículo 368 del Código Penal tiene como punto de partida normativo el concepto jurídico "consumo ilegal", pero tampoco es un enunciado normativo ambiguo o falto de precisión. La legislación extrapenal determina en qué casos el consumo está permitido y el examen de esa legislación permite afirmar que consumo ilegal es "toda utilización o ingesta de la droga por diversas vías orgánicas que no sea aquella que esté expresamente autorizada por tener finalidad terapéutica o positiva para la salud".

La STS 670/1994, de 17 de marzo, justificaba la anterior proposición afirmando que "el carácter ilegal o de ilicitud genérica y en el terreno administrativo del consumo de drogas deviene de los compromisos internacionales, adquiridos por España al suscribir y ratificar los Convenios sobre represión del tráfico de



Drogas de 1936; el Convenio Único sobre estupefacientes de 1961 y el Convenio sobre Uso de Sustancias Sicotrópicas de 1971, que tienen carácter de Derecho interno desde su publicación ( artº. 96.1 CE). Estos Convenios sólo consideran lícito el consumo de tales sustancias para usos médicos o de investigación científica ( artº 1.2 del Convenio de 1961). Para cumplir la aplicación interna de lo convenido, la Ley 17/1967 , ya citada en otro lugar de esta resolución, impone en su artº. 1º un control del Estado sobre el ciclo de producción y distribución de aquellas sustancias, y expresamente determina que todas las incluidas en la Lista IV de las anexas al Convenio son "géneros prohibidos". De ahí que la tenencia o consumo de tales géneros, fuera de los supuestos expresamente autorizados y sin cumplir las prevenciones administrativas que tales supuestos contemplan, constituyan un ilícito administrativo, el alcance, forma o conveniencia de cuya sanción pueda debatirse, pero sin que sea discutible la ilegitimidad en su caso de los actos que conculquen aquellas normas administrativas, como es el consumo indiscriminado y fuera de las pautas reguladoras del mismo de aquellas sustancias. La propia procedencia de su comiso y destrucción, aunque sean ocupadas en poder de un autoconsumidor que no comete ilícito penal, revela el carácter ilícito de su posesión ya que en definitiva se trata de géneros prohibidos".

Ahora bien, que el consumo no terapéutico sea ilegal no significa que sea sancionable penalmente. Nuestro Código Penal no sanciona el consumo de ahí que sea reiterada la doctrina de esta Sala, al afirmar 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 ( STS1102/2003, de 23 de julio, 850/2013, de 4 de noviembre y 1014/2013, de 12 de diciembre, entre otras), ni tampoco el cultivo cuando tiene por finalidad el autoconsumo.

Lo que sanciona la norma penal es toda conducta que difunda el consumo de drogas, por considerar que esa práctica social es peligrosa para la población por el deterioro que supondría un consumo indiscriminado ( STS 1312/2005, de 7 de noviembre). La norma penal sanciona toda conducta encaminada a promoverlo, favorecerlo o facilitarlo, y entre las conductas que se sancionan específicamente están el cultivo, la elaboración y el tráfico.

4. La atipicidad del consumo compartido dio lugar a la creación de asociaciones dirigidas al cultivo y distribución de marihuana entre sus miembros y esta Sala ha efectuado distintos pronunciamientos para precisar en qué condiciones la actividad desarrollada por estas organizaciones puede ser lícita.

De singular trascendencia resulta sentencia del Pleno número 484/2015, de 7 de septiembre, a la que han seguido otras con la misma doctrina, como las SSTS 698/2016 de 7 de septiembre, 484/2015 de 7 de septiembre, 352/2018, de 12 de julio y la STS 219/2019, de 24 de mayo, por citar solo algunos ejemplos.

La atipicidad del consumo compartido es aplicable cuando concurren las siguientes circunstancias o requisitos:

- a) 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).
- b) 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).
- c) 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.
- d) 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).
- e) 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).
- f) Debe tratarse de un consumo inmediato ( STS de 3 de febrero de 1999).

Pues bien, en el presente caso el juicio histórico de la sentencia impugnada afirma que los acusados aparentaron una forma asociativa para cultivar y distribuir libremente la droga entre las personas que acudían al local cada día a cambio de un precio por dosis que oscilaba entre los 3 y los 6 euros y tal afirmación se deduce de la importante cantidad de droga intervenida y del resultado de la prueba documental que acredita que el número de socios registrados era de 300 (muy superior al afirmado por los acusados) y el número de personas a las que se distribuyó era superior al de 600. También ha resultado de singular relevancia a estos efectos la declaración testifical de los agentes policiales que identificaron como adquirentes de droga a personas que ni siquiera tenían la condición formal de socios.



No se cumplen, por tanto, las exigencias establecidas jurisprudencialmente para que pueda hablarse de consumo compartido. La actividad desarrollada por los acusados era de distribución de la droga mediante precio, lo que permite su subsunción en el artículo 368 del Código Penal.

5. En el recurso se afirma que el precepto debe ser interpretado de acuerdo con los principios de intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad. Y precisamente para contestar a este argumento conviene poner de relieve que la doctrina de esta Sala en torno a la atipicidad del autoconsumo compartido ha tenido como finalidad acotar el ámbito de protección de la norma, excluyendo de la sanción penal conductas que fueran aptas para la lesión del bien jurídico.

Conviene recordar a este respecto que la STS del Pleno número 484/2015, de 7 de septiembre, afirmó que "en realidad, la doctrina de la atipicidad del consumo compartido, desarrollada por el espíritu innovador de esta Sala hace dos décadas, viene a mitigar la desmesurada amplitud que alcanzaría el tipo penal en caso de no ser interpretado en función de las necesidades estrictas de tutela del bien jurídico protegido, la salud pública. Los comportamientos típicos deben ser los idóneos para perjudicar la salud pública porque promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes, objetivo o finalidad que debe estar presente en todas las acciones que se incluyen en el tipo, incluida la posesión, el cultivo e incluso la elaboración o el tráfico, pues ni el tráfico legal, en el ámbito farmacéutico por ejemplo, ni el cultivo con fines de investigación o consumo propio, constituyen conductas idóneas para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal por terceros, y en consecuencia no están abarcados por el amplio espectro de conductas que entran en el radio de acción del precepto. En definitiva, lo que se sanciona es la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal, y los actos de cultivo, elaboración o tráfico no son más que modos citados a título ejemplificativo, pero no exhaustivo, de realizar esta finalidad típica, a la que también puede estar destinada la posesión, aunque no necesariamente. O bien cualquier otro modo idóneo para alcanzar esta finalidad o resultado, como la donación o el transporte que lógicamente también sería "típico".

Por lo tanto, ninguna censura cabe hacer a la subsunción de los hechos declarados probados en el artículo 368 del Código Penal, lo que nos lleva a desestimar este motivo de casación.

El motivo se desestima

**CUARTO.** - En el motivo cuarto y también por el cauce del artículo 849.1 de la LECrim se denuncia la vulneración del principio de legalidad penal establecido en el artículo 25 de la Constitución por considerar la subsunción realizada por el tribunal de instancia absurda, ilógica y no razonable.

En el desarrollo del motivo y en un confuso alegato se aduce que de los hechos declarados probados no se deduce que los acusados tuvieran intención de poner en peligro la salud pública ni siquiera que les fuera indiferente la eventual puesta en peligro de ese bien jurídico. Se expresa que resulta inaceptable la condena a unas personas que cultivaban cannabis para su propio consumo y dirigían una asociación para que únicamente sus miembros inscritos cultivaran cannabis para su propio consumo. Se añade que esa conducta es la única que se desprende de la relación de hechos probados y no la puesta en peligro por terceros de la salud pública, por lo que no cabe condenar por un riesgo que los acusados no han producido.

No podemos asumir el planteamiento del recurso. La sanción a los directivos de una asociación cannábica no se ha establecido por la creación de un riesgo de que terceros no controlados aprovecharan la estructura asociativa para la realización de labores de distribución no autorizadas, sino porque la asociación realizó actividades no permitidas fue un mero instrumento ideado para dar apariencia de licitud al cultivo y distribución de la droga.

Un planteamiento similar fue objeto de respuesta en la sentencia del Pleno de esta Sala número 484/2015, de 7 de septiembre, en la que se proclamó que "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 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. 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. Uno de los requisitos exigidos para considerar la atipicidad del consumo compartido, es la exclusión de actividades de almacenamiento masivo, germen, entre otros, de ese "peligro" que quiere



desterrar el legislador. Se hace por todo ello muy difícil admitir que no se considere favorecimiento del consumo la apertura de esa modalidad de asociación a un número indiscriminado de socios. Ningún pronunciamiento jurisprudencial, ni aun los más flexibles, han amparado el aprovechamiento colectivo de una plantación fuera de los estrictos términos antes expuestos. No puede convertirse una asociación de esa naturaleza en una suerte de cooperativa de distribución de la sustancia estupefaciente prohibida. No lo consiente el ordenamiento jurídico globalmente considerado."

En este caso, tal y como puede comprobarse en la argumentación del juicio fáctico de la sentencia impugnada, no había control alguno sobre la admisión de los socios, como lo evidencia el número de socios registrados fuera de 300, muy superior al que los propios acusados dijeron (100 o 150). La prueba documental ha acreditado que el número de socios pudo llegar a más de 600 ya que se encontraron documentos con numeración de socios hasta el número 689. Además, los agentes policiales pudieron comprobar personalmente la venta de droga a personas que ni siquiera tenían la condición formal de socios. Las distintas incautaciones en los días en que se efectuaron vigilancias y durante el día en que se llevó a cabo el registro del local prueban que el acopio de drogas era muy superior al que podría corresponder al consumo medio semanal de un número limitado de personas y evidencian su venta indiscriminada.

Por lo tanto, los acusados no han sido sancionados por riesgos causados por terceros, sino por una actividad ilícita que está expresamente sancionada en el Código Penal.

El motivo se desestima.

**QUINTO.** - En el quinto motivo se reprocha a la sentencia impugnada la vulneración del principio de proporcionalidad en la privación de libertad, citando en apoyo de su pretensión el artículo 17 de la Constitución. Se alega que la sentencia condena por la difusión del consumo de droga entre los asociados y por el riesgo de difusión del consumo entre no socios y que la sanción impuesta vulnera el principio de autonomía personal a través de una desmedida prohibición de conductas. Se argumenta que imponer pena de prisión ante la imposibilidad de erradicar el riesgo de consumo de drogas es inaceptable y que resulta inaceptable que la doctrina jurisprudencial conduzca a la ilegalización de todas las asociaciones creadas para el autoconsumo del cannabis con el resultado de que esta actividad sea controlada por organizaciones mafiosas, con grave riesgo de ingestión de cannabis adulterado.

El motivo es inviable. El juicio de proporcionalidad de la pena, en principio, es competencia del Legislador, en función de los objetivos de política criminal que adopte dentro del respeto a los derechos fundamentales de la persona en un Estado social y democrático de Derecho, como el que la Constitución consagra en su artículo 1.1. Así lo ha establecido de forma clara el Tribunal Constitucional, entre otras, en la sentencia 150/1991, de 4 de julio. En ella se declara que el juicio sobre la proporcionalidad de la pena, tanto en lo que se refiere a la previsión general en relación con los hechos punibles como a su determinación en concreto en atención a los criterios y reglas que se estimen pertinentes, es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, cuya decisión no puede ser objeto de control de constitucionalidad salvo cuando exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal.

Tal y como hemos argumentado con anterioridad la condena de los acusados se ha producido porque sus actividades han sido correctamente subsumidas en el tipo del artículo 368 del Código Penal. La sanción impuesta se corresponde con la establecida en el Código Penal y nada cabe objetar a su proporcionalidad, máxime si se tiene en cuenta que la responsabilidad penal no deviene por hechos que revistan alguna singularidad destacada, como parece sugerir el recurso, sino por hechos que se ajustan estrictamente a las previsiones genéricas del tipo penal. La única falta de proporcionalidad susceptible de revisión en esta sede casacional es la exigible en la individualización judicial de la pena, cuestión sobre la que guarda silencio el alegato.

**SEXTO.** - 1. En el sexto motivo del recurso se reivindica la vulneración del principio de presunción de inocencia y el hilo argumental que subyace a esta censura casacional es que se ha condenado exclusivamente a partir del hallazgo de droga y debido a que los acusados no han podido demostrar que tuvieran la posibilidad de erradicar todo riesgo de mal uso o mal destino de la droga por parte de los miembros de la asociación. A juicio de la defensa esta exigencia constituye una prueba diabólica e imposible, que vulnera el principio de presunción de inocencia proclamado en el artículo 24 de la Constitución.

La doctrina del Tribunal Constitucional es constante y antigua sobre los efectos procesales de la presunción de inocencia en relación con la carga de la prueba en el proceso penal.

2. En la STC 87/2001 de 2 de abril, se señala que "con independencia del tipo de delito de que se trate, "en ningún caso el derecho a la presunción de inocencia tolera que alguno de los elementos constitutivos del





delito se presume en contra del acusado, sea con una presunción "iuris tantum" sea con una presunción "iuris et de iure". La primera modalidad de presunción "iuris tantum" no es admisible constitucionalmente ya que, como declaró la STC 105/1988, produce una traslación o inversión de la carga de la prueba, de suerte que la destrucción o desvirtuación de tal presunción corresponde al acusado a través del descargo, lo que no resulta conciliable con el artículo 24.2 CE. Y la segunda modalidad, la presunción "iuris et de iure", tampoco es lícita en el ámbito penal desde la perspectiva constitucional, puesto que prohíbe la prueba en contrario de lo presumido, con los efectos, por un lado, de descargar de la prueba a quien acusa y, por otro, de impedir probar la tesis opuesta a quien se defiende, si es que opta por la posibilidad de probar su inocencia, efectos ambos que vulneran el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Ahora bien, como es lógico lo anterior no obsta a la legitimidad constitucional de la prueba de indicios, puesto que ésta versa sobre los hechos y no directamente sobre los elementos constitutivos del delito, y siempre que reúna los requisitos y condiciones que hemos exigido reiteradas veces (como más reciente, STC 220/1998 y 111/1999, de 14 de junio)".

También en la STC 8/2006, de 16 de enero, se añade que "no cabe condenar a una persona sin que tanto el elemento objetivo como el elemento subjetivo del delito cuya comisión se le atribuye hayan quedado suficientemente probados, por más que la prueba de este último sea dificultosa y que, en la mayoría de los casos, no quepa contar para ello más que con la existencia de prueba indiciaria".

En el caso que centra nuestro examen casacional y frente a lo que se indica en el recurso, no se ha condenado a los impugnantes por el mal uso de la droga que pudieran haber hecho los miembros de la asociación, ni su absolución ha dependido de acreditar que ese riesgo no existiera. Han sido condenados por distribuir la droga mediante precio a un número indiscriminado de personas utilizando como parapeto una asociación que formalmente tenía como fin *"el estudio, reflexión y divulgación científica del uso del cannabis y sus propiedades naturales, así como facilitar el consumo del cannabis y sus derivados mediante el cultivo colectivo controlado"*.

Por tanto, los alegatos de este motivo no son estimables. Hemos de remitirnos el fundamento jurídico primero de esta sentencia en el que ya nos hemos referido a la relevancia casacional del principio de presunción de inocencia y a su escrupulosa observancia en este caso, en que la condena se ha producido a partir de prueba de cargo suficiente, válida y racionalmente valorada. No es cierto que se haya producido una inversión de la carga probatoria exigiendo a la defensa la prueba de la ausencia de riesgos en la actuación de terceros y, por el contrario, ha sido la acusación quien ha probado con suficiencia los elementos configuradores del tipo penal aplicado, lo que nos lleva a la desestimación del motivo.

**SÉPTIMO.** - 1. De forma subsidiaria a los motivos anteriores y por el cauce de la infracción de ley establecido en el artículo 849.1 de la LECrim se denuncia la infracción del artículo 2.1 del Código Penal.

En el desarrollo argumental del motivo se alega que la asociación se constituyó en 2013 y que en esa fecha la actividad desarrollada por las asociaciones cannábicas era tolerada por las administraciones y estaban siendo objeto de un proceso de regulación normativa, hasta que esta Sala en su sentencia de Pleno número 484/2015, de 7 de septiembre, estableció el criterio de la relevancia penal de la actividad desarrollada por estas asociaciones. Entienden los recurrentes se ha aplicado retroactivamente la doctrina jurisprudencial a situaciones anteriores, lo que contraviene el principio de irretroactividad de las normas penales. Se cita en apoyo de esta proposición la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos según la cual las modificaciones que provengan de un cambio jurisprudencial del Tribunal Supremo deben ser razonablemente previsibles y a efectos penales el derecho aplicable debe ser entendido en sentido material que incluye el derecho no escrito o jurisprudencial, por lo que la aplicación de una doctrina jurisprudencial a situaciones anteriores vulnera el principio de irretroactividad.

2. Para la contextualización de nuestra respuesta es necesario recordar que el artículo 9.3 CE establece el principio de irretroactividad de la ley penal perjudicial, lo que conlleva la garantía del ciudadano de no ser sancionado por delitos sobrevenidos, por acciones que en el momento de actuar o no eran delitos o eran sancionadas de forma más leve.

Este principio también se reconoce expresamente en el artículo 25 de la CE, en el que se dispone que *"nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento"*. Este principio se complementa con otro que responde a la necesidad de evitar que el ciudadano sea condenado con arreglo a una ley que ha sido sustituida por otra más benigna. A ello se refiere el artículo 2.2 del Código Penal en el que se dispone que *"tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiere recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena"*.

La justificación de la regla de la irretroactividad de la ley penal perjudicial se encuentra en el principio de legalidad penal, ya que nadie puede ser condenado por hechos que en el momento de producirse no sean





constitutivos de delito. Por lo tanto, carece de sentido aplicar una norma penal posterior a hechos anteriores, caso de que la norma sea desfavorable.

En nuestro ordenamiento jurídico la prohibición de irretroactividad se predica sólo de las normas ya que sólo éstas pueden definir el delito y establecer las penas. La jurisprudencia no tiene esa naturaleza y cumple una función de complemento ( artículo 1.6 del Código Civil). La ley es la garantía democrática de la sanción penal y a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas, los jueces y tribunales no pueden definir lo que es delito ni establecer las penas.

Ciertamente la jurisprudencia complementa la definición legislativa y es posible que un cambio jurisprudencial dé origen a la sanción de conductas que antes no eran sancionadas pero ello no supone la aplicación retroactiva de la norma. Por tal motivo el Tribunal Constitucional ha señalado que los cambios de criterio jurisprudencial no afectan al principio de legalidad penal y su conformidad con la Constitución, en general, han de ser analizados desde otras perspectivas, como puede ser la del principio de igualdad en la aplicación de la ley proclamado en el artículo 14 de la Constitución ( STC 39/2012, de 29 de marzo).

Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no sigue este criterio tan estricto probablemente porque debe establecer su doctrina para sistemas nacionales que responden a principios diferentes. En algunas de sus resoluciones en que ha analizado el principio de legalidad penal incluye a la jurisprudencia como integrante de la norma o derecho. En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que el principio de legalidad penal, establecido en el artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, exige que el delito y la pena estén claramente definidos en la ley y dentro de esa definición incluye la interpretación que hagan los tribunales. Se señala la función interpretativa de la jurisprudencia es esencial para conocer el sentido y alcance de las acciones y omisiones constitutivas de delito y de las consecuencias que se derivan de su infracción. Por muy clara o precisa que sea la redacción de una ley a la hora de definir las infracciones penales y las consecuencias derivadas de las mismas la labor exegética de la jurisprudencia resulta esencial para que el ciudadano pueda saber con claridad qué es lo prohibido y qué consecuencias se derivan de realizar lo prohibido (STEDH Kokkinakis, §§ 40-41, Cantoni, § 29, Coëme y otros, § 145, y E.K. contra Turquía, nº 28496/95, § 51, 7 de febrero de 2002 y Kafkaris contra Chipre, de 12 de febrero de 2008).

Parece que la doctrina del TEDH se orienta a garantizar los aspectos materiales del principio de legalidad como accesibilidad, previsibilidad, irretroactividad, precisión, taxatividad o prohibición de la analogía, desechando como límite la exigencia de ley formal, propia de los sistemas del derecho continental europeo. De ahí que en algunas de sus resoluciones, no siempre, al analizar la aplicación del principio de irretroactividad de las leyes penales perjudiciales, haya considerado que para determinar si una norma es o no favorable haya de valorarse no sólo su contenido formal sino su aplicación jurisprudencial. Así ocurrió en la trascendental STEDH, Gran Sala de 21 de octubre de 2013, en el asunto del Río Prada.

3. La aplicación de esa doctrina al presente caso exigiría que la doctrina jurisprudencial establecida por la STS 484/2015, de 7 de septiembre, constituyera un cambio de criterio sobre la situación preexistente de forma que se procediera a la sanción de una conducta que hasta ese momento no era sancionada. No es así.

El cultivo y la distribución de marihuana y hachís eran actividades sancionadas penalmente cuando se produjeron los hechos que aquí se enjuician. La prohibición contenida en el artículo 368 del Código Penal era tajante y clara, lo que no impidió que al no estar penado el consumo y al amparo de la doctrina jurisprudencial sobre la atipicidad del autoconsumo, del autoconsumo compartido y del cultivo para el autoconsumo surgieran asociaciones análogas a la que en este proceso se enjuicia, que dieron lugar a un debate político, a algunas iniciativas legislativas aisladas como la Ley de Navarra y a algunas resoluciones judiciales que se posicionaron en contra de la sanción penal de las actividades de estas asociaciones. Pero había precedentes jurisprudenciales que establecieron con nitidez la relevancia penal de este tipo de actividad. Nos referimos expresamente a la sentencia de esta Sala 1377/1997, de 17 de noviembre, que estimó el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de primera instancia que absolvió a los procesados del delito de cultivo de drogas y estupefacientes, el Tribunal Supremo se pronunció en términos contundentes, al condenar a los responsables de una asociación de similar naturaleza a la constituida y dirigida por los demandantes, que había arrendado una finca para plantación de cannabis y la destinaba exclusivamente al autoconsumo de sus socios".

Este precedente ha sido destacado por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 146/2017, de 14 de diciembre y 78/2019, de 3 de junio, para desestimar un alegato similar al que ahora nos ocupa.

La sentencia del Pleno de esta Sala vino a ratificar una situación que siempre tuvo unos perfiles normativos muy precisos. La sentencia en cuestión no supuso un cambio de criterio, ni procedió a la penalización de conductas que antes no fueran sancionables, sino que perfiló y concretó las condiciones en que se debe desarrollar el



autoconsumo para que sea objeto de sanción penal. No ha habido, por tanto, una aplicación retroactiva de una norma penal desfavorable, razón por la que el motivo es inviable.

**OCTAVO.** - 1. También de forma subsidiaria y el amparo del artículo 849.1 de la LECrim se denuncia la inaplicación del artículo 14.3 del Código Penal. Entienden los recurrentes que debe apreciarse un error vencible de prohibición en los acusados. Se señala que éstos redactaron y presentaron a inscripción los Estatutos de la Asociación con total transparencia; que en los mismos se afirmaba conocer y seguir la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la impunidad del consumo compartido; que se preveía el consumo en función de lo que cada uno pensaba consumir y que la producción era para atender las necesidades de consumo de los socios y que así se hacía en la práctica; que se trata de una actividad de autocultivo compartido para uso personal y privado y que se prohibía la venta y la salida de la sustancia fuera del local.

En estas circunstancias no resulta aceptable presumir que los acusados supieran que su actividad era constitutiva de delito. Los acusados no sabían que actuaban ilícitamente teniendo en cuenta que a esa fecha el Tribunal Supremo no había establecido un criterio jurisprudencial. En la sentencia de instancia se ha descartado el error con el argumento de que los acusados estaban asesorados por abogados y el recurso censura el criterio judicial argumentando que se utiliza una presunción contra reo ya que precisamente el asesoramiento legal les sirvió para constituir la asociación y para obtener la licencia de actividad, iniciándola en el convencimiento de que estaban actuando conforme a derecho. Hasta el punto es así que en aquellas fechas se aprobaron distintas leyes (en País Vasco y Navarra) que preveía la regulación mediante Reglamento de este tipo de asociaciones con la finalidad de reducción los daños por el consumo del cannabis, por lo que se trata, según el recurso, de una actividad consolidada en la realidad social del aquel momento.

2. Como primera aproximación a la cuestión que suscita el motivo debe indicarse que la afirmación de que los acusados actuaron en la creencia de que la actividad desarrollada era legal resulta incompatible con el relato fáctico de la sentencia, en el que expresamente se establece que se utilizó la creación de la asociación como pantalla o artificio para la venta indiscriminada de droga. En la medida en que el motivo de casación previsto en el artículo 849.1 de la LECrim exige un escrupuloso respeto del juicio fáctico, la alegación de error de prohibición está abocada al fracaso, ya que la utilización fraudulenta de la legalidad excluye todo atisbo de error en la conducta desplegada por los recurrentes.

3. Al margen de lo anterior, estimamos que no hay error de prohibición.

Como se dice en la STS núm. 163/2005, de 10 de febrero "el error de prohibición ha sido explicado mediante la teoría clásica denominada del dolo o la teoría de la culpabilidad, propia del finalismo. Para la primera es preciso que el agente conozca el hecho y su significado antijurídico, mientras que para la segunda lo importante no es que el autor conozca o no conozca la prohibición, sino si podía o no conocerla, de forma que quien no puede conocer la prohibición de un hecho no puede actuar de otro modo. Con independencia de que el artículo 14 CP pueda ser adscrito a una u otra concepción del error de prohibición, lo cierto es que la Jurisprudencia participa de ambas concepciones cuando establece que no basta con alegar la existencia del error sino que éste ha de quedar suficientemente acreditado, empleándose para ello criterios que se refieren básicamente a la posibilidad del autor de informarse sobre el derecho ( STS 755/2003), de forma que cuando dicha información en todo caso se presenta como de fácil acceso no se trata ya en rigor de que el error sea vencible o invencible sino de cuestionar su propia existencia". La jurisprudencia de esta Sala ha entendido que no cabe invocar el error de prohibición cuando se ejecutan conductas claramente desautorizadas por el ordenamiento jurídico, de modo que cualquiera sabe que están prohibidas, y que para excluir el error no se requiere que el agente tenga seguridad respecto de un proceder antijurídico, pues basta con que tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, lo que por estimarse similar al dolo eventual no merece trato de benignidad alguno ( Sentencias de 17 de abril de 1995 y 29 de noviembre de 1994), ( STS núm. 142/2000, de 28 de enero ).

En este caso la sentencia de instancia se ha referido a esta cuestión de forma expresa en su fundamento cuarto, cuyos argumentos hacemos nuestros. La sentencia indica que los recurrentes estuvieron en todo momento asesorados por abogados y que, al no haber sido citados a juicio, no hay razón para suponer una inadecuada relación abogado-cliente, por lo que cabe presumir o inferir que los recurrentes estaban al tanto de que la asociación carecía de licencia para su actividad, que carecía de autorización de la Agencia del Medicamento, que no había sido inscrita en el Registro administrativo correspondiente y que el Ministerio Fiscal había informado negativamente a la inscripción de la asociación, precisamente por el carácter delictivo de la actividad. Tal y como hemos indicado anteriormente, no basta con invocar el error y es preciso, cuando se ejecutan acciones claramente desautorizadas como la distribución de drogas, constatar que el sujeto no conocía la prohibición, analizando las posibilidades del autor de informarse sobre el hecho, y en este caso consta que los autores estaban informados o debían estarlo, al contar con asesoramiento legal que implica el conocimiento del desarrollo de las gestiones administrativas realizadas para la autorización de su actividad.



La asociación no contaba con licencia de actividad y no contaba con la pertinente inscripción en el registro de asociaciones, precisamente por la posible ilicitud de su actividad. Por lo tanto, no concurre el error de prohibición invocado en el recurso.

El motivo, en fin, se desestima.

**NOVENO.** - También por la vía de la infracción de ley del artículo 849.1 de la LECrim y con cita de los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 22.1 de la Constitución se denuncia la aplicación indebida del artículo 515.1 del Código Penal.

Se señala en el escrito impugnativo que del relato fáctico de la sentencia se infiere que los acusados no constituyeron la asociación con la finalidad de cometer un delito, ni promovieron su comisión una vez constituida, sino que simplemente perdieron el control efectivo sobre el riesgo de "alteridad" en el consumo de la droga, lo que implica la ausencia de dolo, y se cita en apoyo de su tesis la STS 484/2015, de 7 de diciembre, tantas veces referida.

Ya hemos indicado anteriormente que el motivo de casación por infracción de ley previsto en el artículo 849.1 de la LECrim exige el escrupuloso respeto del juicio histórico y en este caso ese juicio refiere sin margen razonable de duda la existencia de una organización dedicada a la distribución de marihuana de forma indiscriminada y a cambio de precio.

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...".

Pero, a pesar de lo consignado en los Estatutos, la sentencia declara probado que *"Desde la fecha de su fundación, en el referido local de la asociación... se produjo la venta indiscriminada de marihuana y hachís a los consumidores de tal sustancia que allí acudían a diario a proveerse. Aparentando la forma asociativa amparaba la libre circulación de la droga, ocultando así la realidad del ilícito tráfico, los adquirentes de la referida marihuana fueron previamente asociados en cada caso con un simple trámite privado por anotación de su datos personales en el registro privado de la entidad, expedición de carnets, acreditativos y el simultáneo a abono de unas cuotas iniciales de diez euros en algunos casos. A partir de su inscripción, el denominado socio retiraba cantidades de entre uno y medio gramo de marihuana o hachus que compraba por un precio que oscilaba entre 6 y 3 euros..."*

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 tangan 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 este caso la actividad ilícita se ha desarrollado en el marco o contexto de una Asociación, cuya inscripción fue suspendida administrativamente. Los responsables se han valido de la asociación constituida como "pantalla" para el desarrollo de su actividad ilícita. En el relato fáctico de la sentencia, según se acaba de exponer, se describe que la finalidad de la asociación desde el primer momento fue 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. En estas circunstancias la calificación del hecho como constitutiva también de un delito de asociación ilícita es conforme a derecho al concurrir todos y cada uno de los requisitos que el tipo legal exige para su aplicación.

El motivo se desestima.

**DÉCIMO.** - 1. En el décimo motivo del recurso se denuncia la vulneración del principio de presunción de inocencia en relación con los hermanos Juan Pedro Andrés .

Estos recurrentes eran, respectivamente, tesorero y vocal de la asociación y han sido condenados sin que se acredite que, al margen de su pertenencia asociativa, realizaran actuaciones concretas en la actividad ilícita. A los otros dos acusados se les ocupó droga en sus domicilios, pero a éstos otros dos no se ha acreditado nada sobre su concreta participación en los hechos, al margen de su pertenencia a la Asociación. Su condena, pese a la falta de prueba sobre su concreta participación, conlleva la imposición de una responsabilidad penal objetiva por razón del cargo de todo punto inaceptable.

Se finaliza argumentando que la proscripción de la responsabilidad objetiva, la ausencia de dolo y la actuación en nombre de otro constituyen argumentos que respaldan la exclusión de responsabilidad penal de los hermanos Andrés Juan Pedro y, por ello, debería aplicarse, cuando menos, el principio "in dubio pro reo" y absolverlos.

2. El motivo no puede prosperar porque parte de una premisa que no es cierta. En la declaración de hechos probados de la sentencia impugnada se atribuye a los recurrentes su coparticipación en la constitución de la asociación, su pertenencia a la misma ostentando los cargos de tesorero y vocal, respectivamente y la ocupación de una cantidad de droga relevante en su domicilio, cuestión que se omite en el recurso para justificar la alegación de falta de pruebas.

En efecto, al igual que ocurrió con los otros dos acusados, el día 07/03/2015 se procedió al registro del domicilio de los recurrentes, sito en la RONDA000 NUM004 , NUM005 , NUM006 de Barcelona, ocupándose 29 bolsas con 1.161 gramos netos de marihuana, dos placas con un peso neto cada una de ellas de 95,7 gramos y 76,7 gramos de hachís, ocho placas de la misma sustancia con un peso total ligeramente superior a los 600 gramos , tres bolsas con 10 gramos netos de marihuana y 335 euros en billetes, así como un papel manuscrito con la cuenta de la asociación, dos recipientes con restos de resina, diferentes bolsas de tráfico para la dosificación de la sustancia y libretas bancarias.

La pertenencia a la asociación, los hallazgos en el domicilio de los acusados, las restantes diligencias de investigación ratificadas por los agentes policiales, así como los testimonios recabados durante el plenario acreditan con suficiencia la participación de los recurrentes en los hechos enjuiciados. Su queja debe correr igual suerte que la formulada por los otros dos acusados y que ha sido debidamente contestada en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, a cuyo contenido nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias.

**UNDÉCIMO.** - 1. También de forma subsidiaria y con apoyo en el artículo 849.1 de la LECrim se censura de la sentencia que no se haya aplicado la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada. Se afirma que el procedimiento ha durado cuatro años y que se advierte una paralización muy relevante desde el auto de apertura de juicio oral, fechado el 17/12/2016 y la celebración del juicio, que tuvo lugar en marzo de 2018.

2. Según jurisprudencia reiterada, el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que aparece expresamente 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. Se trata de un concepto indeterminado cuya concreción se encomienda a los Tribunales. Para ello es preciso el examen de las actuaciones concretas, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que no haya sido provocado por la actuación del propio acusado. 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 Sole y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan). En la STC 178/2007, de 23 de julio, FJ 2, recogiendo jurisprudencia anterior, subrayábamos que la prohibición de retrasos injustificados en la marcha de los procesos judiciales impone a Jueces y Tribunales el deber de obrar con la celeridad que les permita la duración normal o acostumbrada de litigios de la misma naturaleza y con la diligencia debida en el





impulso de las distintas fases por las que atraviesa el proceso. Asimismo, en coincidencia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 6.1 del Convenio de Roma (derecho a que la causa sea oída en "un tiempo razonable"), que ha sido tomada como el estándar mínimo garantizado en el artículo 24.2 CE, afirmábamos que el juicio sobre el contenido concreto de las dilaciones, y sobre si son o no indebidas, debe ser el resultado de la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso de los criterios objetivos que a lo largo de nuestra jurisprudencia se han ido precisando, y que son la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades (en los mismos términos, las SSTC 38/2008, de 25 de febrero, FJ 2; 93/2008, FJ 2; 94/2008, FJ 2, y 142/2010, FJ 3, entre otras)".

Por último, la apreciación de esta atenuante 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).

3. En el caso que centra nuestro examen la instrucción se inició el 24/07/2014. Se practicaron distintas diligencias de investigación hasta que en marzo de 2015 se produjeron las detenciones de los investigados y sin que consten paralizaciones relevantes, la investigación continuó, concluyéndose por auto de 24/05/2016. En octubre de ese año el Fiscal presentó sus conclusiones provisionales y el 17/12/2016 se dictó el auto de apertura de juicio oral. En enero de 2017 se presentó el escrito de calificación de la defensa, en febrero se acordó el sobreseimiento respecto de una de las investigadas, en junio de 2017 se dictó auto resolviendo sobre la prueba propuesta por las partes y se convocó a juicio, que tuvo lugar en marzo de 2018 se celebró el juicio oral.

A la vista del contenido de las diligencias, desde marzo de 2015 a marzo de 2018 transcurrieron tres años, periodo que, si bien es cierto que no es escaso, tampoco puede calificarse de excesivo y, menos, de notoriamente excesivo, dado el número de personas investigadas y de diligencias practicadas. En ese periodo de tiempo no habido ninguna paralización relevante, salvo la correspondiente a lapso de tiempo transcurrido desde la convocatoria del juicio a su celebración, que fue escasamente de 8 meses y que tiene su justificación en la programación de señalamientos del tribunal.

De cuanto se acaba de exponer se puede concluir que ni ha existido un retraso especialmente significativo ni puede afirmarse que el retraso en cuestión carezca de justificación, o que pueda ser calificado de extraordinario y que merezca la atenuación de pena establecida en el artículo 21.6 del Código Penal.

El motivo se desestima.

**DUODÉCIMO.** - Como último motivo y con fundamento en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de los artículos 24.1 y 120 de la Constitución se reprocha la falta de motivación en la individualización de pena de multa. Entienden los recurrentes que al tratarse de un delito cometido a través de una asociación procede imponer una sola multa y no multiplicarla por tantas personas como hubieran sido imputadas por su mera pertenencia a la asociación.

El motivo debe ser desestimado. De un lado, las penas de multa impuestas lo han sido previa motivación de su cuantía y extensión. En el caso del delito de tráfico de drogas se ha fijado la multa atendiendo a su valor en el mercado ponderando las pretensiones de las partes. En el caso del delito de asociación ilícita se impuso una cuota de multa cercana al mínimo legal, a razón de 5 euros por día de sanción, debiéndose recordar que esta Sala tiene establecido en una jurisprudencia constante que cuando se impone una cuota de tan baja cuantía no es precisa motivación, ni una investigación patrimonial previa que justifique su importe.

Al margen de estas cuestiones, lo que verdaderamente se impugna en el motivo es la imposición a todos los acusados de multas individualizadas por considerar que cuando el delito se comete en el contexto de una actividad asociativa la multa debe ser una sola y no una multa por cada uno de los partícipes.





No podemos compartir semejante planteamiento. La multa no es resarcitoria del daño causado por el delito, sino que es una sanción penal, un gravamen derivado de la comisión del ilícito penal que se impone a todos los condenados de forma individualizada en función de su responsabilidad criminal y de acuerdo con el criterio establecido legalmente. La proporcionalidad de una multa no se determina por la valoración conjunto de todas las multas impuestas en un proceso, sino de acuerdo con los criterios ordinarios de individualización judicial de la pena. La determinación de la proporcionalidad de la sanción de forma conjunta solo puede tener lugar cuando el propio Código Penal así lo establece, como en el caso previsto en el artículo 31 ter.1 CP, en que se dispone que en el supuesto de concurrencia de penas de multa entre personas físicas y jurídicas "los jueces y tribunales moderarán las cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada" en relación con la gravedad de los hechos cometidos. Además, en este caso sería improcedente cualquier moderación de la multa al haberse impuesto en su extensión mínima.

El motivo se desestima.

**DÉCIMO TERCERO.** - De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse al recurrente las costas derivadas del recurso de casación.

## FALLO

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

1.º **Desestimar** el recurso de casación interpuesto por Adrian , Agustín , Andrés y Juan Pedro contra la sentencia de la Sección Quinta de la Sala de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de mayo de 2018.

2.º Condenar al recurrente al pago de las costas procesales causadas por el presente recurso.

Comuníquese dicha resolución al tribunal de procedencia, con devolución de la causa en su día remitida.

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

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

Antonio del Moral Garcia

Vicente Magro Servet Eduardo de Porres Ortiz de Urbina