



Roj: **STS 1379/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1379**

Id Cendoj: **28079120012018100179**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/04/2018**

Nº de Recurso: **2773/2017**

Nº de Resolución: **182/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 182/2018**

Fecha de sentencia: 17/04/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2773/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/04/2018

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

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL BARCELONA. SECCIÓN OCTAVA

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

Transcrito por: MPS

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2773/2017

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

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 182/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

Dª. Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 17 de abril de 2018.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 2773/2017, interpuesto por **D. David , D. Efrain , D. Eulalio , D. Feliciano , D. Fulgencio y D. Hernan** , todos ellos representados por la procuradora D.ª Elena Muñoz González, bajo dirección letrada de D.ª Pilar Polo Dieste contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Octava que les condenó por delito contra la salud pública.

Interviene el **Ministerio Fiscal** .

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 14 de Barcelona, incoó Diligencias Previas núm. 390/2014 contra D. David , D. Efrain , D. Eulalio , D. Feliciano , D. Fulgencio y D. Hernan por delito contra la salud pública; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona cuya Sección Octava (Rollo de P.A. núm. 103/2016) dictó Sentencia en fecha 10 de octubre de 2017 que contiene los siguientes **hechos probados**:

«PRIMERO.- De lo actuado en el acto del juicio oral resulta probado y así se declara que los acusados David , de nacionalidad pakistaní, Efrain , de nacionalidad pakistaní y Eulalio , de nacionalidad hondureña, constituyeron en fecha 15 de marzo de 2013, la asociación RATJA VIP DE BARCELONA, con domicilio social en la Calle Sant Pau 39, 2ª de Barcelona, y sede en Calle Bisbe Laguarda nº 4 de Barcelona, siendo presidente el acusado David , tesorero el acusado Efrain -pasó a ser presidente en fecha 6 de marzo de 2014- y secretaria la acusada Eulalio .

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 2º del Estatuto fundacional de la Asociación, los fines de ésta eran los siguientes; *El estudio sobre el cáñamo y sus posibles aplicaciones culturales, científicas y terapéuticas, incluyendo la creación de un local para dichos estudios; Evitar el peligro para la salud de sus usuarios inherente al mercado ilegal del cannabis mediante actividades encaminadas a la prevención de los riesgos asociados a su uso; Promover el debate social sobre su situación legal y la de sus consumidores, así como hacer valer los derechos constitucionales de los que éstos son titulares y denunciar arbitrariedades que en su observación puedan cometer distintas administraciones y poderes públicos o cualquier persona; Organizar actividades culturales y lúdicas que ayuden a la consecución de los fines establecidos por la asociación.; La representación y defensa de sus afiliados ante la ambigüedad y vacío legislativos y jurisprudenciales en torno al consumo de sustancias cuyo tráfico está prohibido legalmente; Desarrollar un programa de información a los socios que lo soliciten sobre el uso terapéutico del cannabis*

A la vista del contenido inocuo de tales estatutos, en fecha 17 de junio de 2013, la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques dispuso la inscripción de la referida entidad en el Registro de Asociaciones de la Generalitat de Cataluña.

Sin embargo, la constitución de la Asociación se llevó a cabo como pantalla para dar una apariencia de legalidad a lo que en realidad era cultivo y distribución de marihuana a terceros, siendo totalmente inexistente la actividad asociativa descrita en los Estatutos. Con esta verdadera intención los acusados alquilaron en fecha 14 de agosto de 2013 un local en Passatge Sant Pau nº 4 Bajos de esta ciudad, para llevar a cabo el cultivo de la marihuana, posteriormente distribuida a terceros en el local sito en la Calle Bisbe Laguarda nº 4 de Barcelona, bien bajo el subterfugio previo de hacerse aquellos socios de la misma mediante el simple trámite privado de anotación de datos personales en el registro de la entidad, expedición de carnés acreditativos y el simultáneo abono de una cuota inicial, o bien directamente sin hacerse socio al ser libre la entrada, siendo la mayoría de los clientes turistas en tránsito.

La asociación carecía de control alguno respecto al número de "socios", de manera que abastecía por tal procedimiento a un número indeterminado de ellos.

La substancia se vendía 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 septiembre.

Las quejas vecinales por ruidos y olores hicieron sospechar que en el local de Passatge Sant Pau nº 4 de Barcelona se pudiera estar cultivando marihuana, estableciéndose por efectivos de la Guardia Urbana de Barcelona, durante los meses de enero y febrero de 2014, un dispositivo de vigilancia que llevó a identificar como morador y cuidador de la plantación, el acusado Fulgencio , de nacionalidad pakistaní, en situación irregular, siendo así mismo identificado como encargado de las labores de cultivo de la plantación el acusado Hernan , de nacionalidad irlandesa.



En fecha 5 de marzo de 2014 se practicó diligencia de entrada y registro en el local sito en Passatje Sant Pau 4 de Barcelona, que resultó estar acondicionado en su totalidad para el cultivo y la producción intensiva de marihuana habiéndose dotado de sofisticados sistemas de iluminación, lámparas de secado, extractores de tipo industrial, todo ello encaminado a optimizar la producción. El acusado Fulgencio , que moraba en el local, entregó a la policía actuante documentación consistente en un listado de 350 personas bajo epígrafe "socio, nombre, apellido, DNI, numero de planta", copia acta fundacional de Asociación Ratja Vip de Barcelona, copia de los estatutos, contrato arrendamiento del local en el que constaba como arrendataria la propia Asociación firmando como presidente David . Se intervinieron, distribuidas en ocho habitaciones, 409 plantas de marihuana en distintas fases de crecimiento, con un peso neto estimado de la parte útil y seca de 5.624 gramos de la totalidad de las plantas intervenidas, y de un peso neto medio de 1375 gramos por planta. En el sótano se encontraba el secadero, donde se intervinieron quince bolsas con fragmentos de plantas secas, que tras el análisis resultaron contener marihuana con un peso neto de 1.813 gramos y riqueza en tetrahidrocannabinol de 4'6%. En poder del acusado Fulgencio fueron intervenidos 250 euros, procedentes del ilícito tráfico que practicaba.

Vigilancias llevadas a cabo por efectivos de la Guardia Urbana de Barcelona durante el mes de marzo de 2014 en el local abierto al público de la Asociación RATJA VIP sita en Calle Bisbe Laguarda n° 4 de Barcelona, permitieron identificar a turistas a quienes se incautó marihuana que acababan de adquirir en la Asociación. Así el 14 de marzo de 2014, Artemio declaró haber pagado 35 euros por dos bolsitas que contenían haschis, una con un peso neto de 0'818 gramos y la otra con peso neto de 0'5695 gramos y riqueza del 23% y otras tres bolsitas conteniendo marihuana, con pesos netos de 0'584, 0'688, 1'444 gramos respectivamente y riqueza en thc del 5,6%. En fecha 18 de marzo de 2014 Florencio , que acompañaba a la turista Susana , adquirió a cambio de 20 euros una bolsa con cogollos, que resultó ser marihuana con un peso neto de 5'147 gramos y riqueza del 17%. Sobre las 16.00 horas del 20 de marzo de 2014, el turista en tránsito Ildfonso , a cambio de 10 euros recibió dos bolsitas de marihuana una con peso neto de 0'852 gramos y la otra de 0'245 gramos con una riqueza del 18%. A la misma hora, a cambio de 10 euros adquirió dos bolsitas que contenían marihuana el turista Obdulio , una con un peso neto de 1'198 gramos y la otra con un peso neto de 15693 gramos y riqueza del 14%. El 21 de marzo de 2014, Ramón , menor de 17 años, sin que conste acreditado que conocieran que era menor de edad, al no solicitarse acreditación alguna en el momento de la compra, adquirió dos bolsitas de marihuana con un peso neto de 0'588 gramos y riqueza del 14/4%.

Por auto de fecha 2 de abril de 2014, se practicó entrada y registro en la sede local sito en Calle Bisbe Laguarda n° 4 de Barcelona por Agentes de la Guardia Urbana de Barcelona, siendo identificados los acusados Feliciano , de nacionalidad pakistaní, en situación irregular, quien en concierto con el resto de los acusados y guiado por el propósito de distribuir marihuana se encargaba de la venta en el local a todo aquel que entrase, ejerciendo también funciones de vigilancia, así como los acusados Eulalio y Efrain . Se intervinieron dos balanzas de precisión, un cartel anunciador de distintos tipos de marihuana, un fajo de folletos publicitarios de la asociación, así como 17 botes de plástico que tras los análisis resultaron contener, - 1 marihuana con peso neto 18 gramos y riqueza 10'6%. - 2 marihuana peso neto 55'1 gramos riqueza de 107%. - 3 marihuana peso de 47'1 gramos riqueza de 16%. -4 marihuana 32'2 gramos riqueza de 8'8%. -5 marihuana peso neto 70'8 gramos riqueza 18%. -6 marihuana peso neto de 16'5 gramos riqueza de 10'3%. -7 marihuana peso de 23'3 gramos riqueza de 17%. -8 marihuana peso neto de 7'8 gramos riqueza 12%. -9 marihuana peso neto de 24'5 gramos riqueza de 12'8%. -10, marihuana peso neto 28'4 gramos riqueza de 137%. -11 marihuana peso neto de 57'1 gramos riqueza de 137%. -12 marihuana peso neto de 22'6 gramos riqueza de 1-0'5%. -13 marihuana peso neto 19'6 gramos riqueza de 10'5%. -14 marihuana peso neto de 39'6 gramos riqueza de 10'5%. -15 marihuana peso neto de 52 gramos riqueza de 9'3%. -16 marihuana peso neto de 42'9 gramos riqueza de 7'9%. -17.1 hachís peso neto de 12'8 gramos y riqueza 21% . y 17.2 marihuana peso neto de 209'6 gramos y riqueza de 12%.

Se intervino también una bolsa de plástico conteniendo marihuana con un peso neto de 209'6 gramos y riqueza en THC 5'4%, 40 cigarrillos de marihuana con un peso neto de 45 gramos y riqueza 67%, 3 bolsas de marihuana triturada con auto cierre, una con un peso de 9'863 gramos y riqueza 9'1%, otra con un peso neto de 5'924 gramos riqueza de 10'5% y la tercera de delta 9 tetrahidracannabinol peso neto 4'859 gamos riqueza inferior al 0'5%. Una bolsa conteniendo marihuana triturada con un peso neto de 36'4 gramos y riqueza 9'2%, una bolsa con polen de marihuana con peso neto de 65'9 gramos riqueza del 137% y una bolsa conteniendo cogollos de marihuana peso neto de 28'5 gramos riqueza de 14'3%.

En el espacio destinado a despacho se ocuparon 25 archivadores con fichas de inscripción de socios, 16 inscripciones de los últimos 3 días, 9 tacos de tarjetas para hacer nuevos socios, una hoja fotocopidora, un libro registro de socios con el nombre y número de socio hasta número de 867 y una torre ordenador marca Modular. En el almacén, 8 archivadores de cartón con fichas de inscripción de socios.



En la entrada practicada se ocupó la suma total de 484.40 euros y 4 dólares USA que procedían del ilícito comercio con marihuana a que los encausados venían dedicándose a través de la asociación.

El gramo de la marihuana en el mercado ilícito alcanza un precio aproximado de cinco euros, siendo el del hachís en torno a los seis euros, según valoración de la Oficina Central de Estupefacientes, siendo el precio estimado del kilo de marihuana de 1.093 euros, para segundo semestre de 2013.

Según las hojas de registro de la asociación, entre 2013 y 2014 visitaron la instalación de RATJA VIP, 11.995 socios y se retiraron por parte de los mismos 13.971 gramos de marihuana.

Los acusados son todos ellos mayores de edad y carecen de antecedentes penales».

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

«QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a los acusados David , Efrain y Eulalio , Feliciano , Fulgencio , e Hernan del delito de asociación ilícita que se les imputaba, declarando de oficio la mitad de las costas procesales causadas.

QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a los acusados David , Efrain y Eulalio , Feliciano , Fulgencio , e Hernan como autores responsables de un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancias que no causan un grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena para cada uno de ellos de UN AÑO Y NUEVE MESES DE PRISIÓN y MULTA DE TREINTA MIL EUROS con responsabilidad personal subsidiaria de un mes para el caso de impago, y al pago , cada uno de ellos de una doceava parte de las costas procesales causadas.

Decretamos el decomiso definitivo de las sustancias estupefacientes intervenidas, a las que se dará el destino legal. El dinero intervenido se destinará al pago de las responsabilidades civiles».

**TERCERO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de D. David , D. Efrain , D. Eulalio , D. Feliciano , Fulgencio e Hernan , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, los recurrentes formalizaron el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

**Motivo Primero.-** Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECr ., al haberse vulnerado el derecho constitucional a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE , por la condena indebida a los Sres. D. David , D. Efrain , D. Eulalio , D. Feliciano , Fulgencio e Hernan por el delito contra la salud pública en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

**Motivo Segundo.-** Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr ., por indebida aplicación del art.368 CP , en virtud de la vulneración de la presunción de inocencia.

La sentencia condena a los acusados como autores responsables de un delito contra la salud pública del art. 368 concurriendo error de prohibición vencible del art. 14.3 CP . Como consecuencia de la estimación del Motivo Primero debe apreciarse que en la sentencia se ha cometido error de derecho al calificar los hechos como constitutivos de un delito contra la salud pública con aplicación del art. 14.3 de error aplicándose dichos preceptos de forma indebida.

**QUINTO.-** Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión del recurso y subsidiariamente su desestimación en razón a las consideraciones expresadas en su escrito de fecha 19 de diciembre de 2017; quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 10 de abril de 2018.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRELIMINAR.-** En escrito conjunto se recurre en casación la sentencia que declara probado la constitución de la sociedad cannábica Ratja Vip en el año 2013, como pantalla para dar apariencia de legalidad a lo que en realidad era cultivo y distribución de marihuana a terceros, bien bajo el subterfugio previo de hacerse aquellos socios de la misma mediante el simple trámite privado de anotación de datos personales en el registro de la asociación expidiendo carnés acreditativos y el simultáneo abono de una cuota inicial, o bien directamente sin



hacerse socio al ser la libre entrada, siendo la mayoría de clientes turistas en tránsito; donde D. David como presidente, D. Efrain , como tesorero (que pasa a ser presidente el 6 de marzo de 2014) y D. Eulalio como secretaria, fueron los constituyentes, D. Fulgencio , morador en la sede y cuidador de la plantación, D. Hernan , encargado de las labores de la plantación y D. Feliciano , vendedor de la droga en el local quien también ejercía labores de vigilancia; y consecuentemente les condena como autores responsables de un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, concurriendo error de prohibición vencible, a la pena a cada uno de ellos de un año y nueve meses de prisión y multa de treinta mil euros.

**PRIMERO.** - El primer motivo lo formulan por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECr., al entender vulnerado su derecho constitucional a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE ; donde afirman la inexistencia de prueba sobre que la asociación fuera una tapadera para venta de marihuana a terceros.

Sin embargo, de la lectura de la resolución recurrida, resulta la existencia de prueba de cargo suficiente, racionalmente valorada, que conduce a la narración probada:

En virtud de prueba documental practicada, obran el acta fundacional y los Estatutos que los acusados David , Efrain y Eulalio , constituyeron la asociación Ratja Vip de Barcelona el 15 de marzo de 2013. También consta que el acusado David , suscribió contrato de arrendamiento de la vivienda sita en la c/ DIRECCION000 nº NUM019 , que fue destinada en su totalidad al cultivo de una plantación de marihuana, para su distribución en la sede de la entidad. Reseña la sentencia que *"ninguno de los acusados alcanzó a negar que en efecto, tal era la procedencia de la sustancia que se distribuía en la sede de Bisbe Laguarda, como pudo corroborarse por el dispositivo de vigilancia, los seguimientos y las entradas y registros practicados en ambas dependencias"* .

Media prueba testifical de los agentes de la Guardia Urbana nº NUM000 (Intendente), NUM001 , NUM002 , NUM003 , NUM004 y NUM005 , que explicaron de forma pormenorizada las quejas ciudadanas por ruidos y fuertes olores de intensidad tal que provocaban dolores de cabeza y mareos a los vecinos, localizando una edificación que presentaba todas las ventanas tapiadas y una chimenea por la que salían las emisiones, lugar al que accedían de forma habitual un grupo de dos y tres personas y donde pernoctaba cada día una cuarta.

Indicios que determinaron la solicitud de una diligencia de entrada y registro en el edificio de la c/ San Pau nº 4, finalmente acordada por Auto de fecha 18 de marzo, cuyo resultado, ratificado en el acto del juicio oral por los agentes NUM000 , NUM006 , NUM007 , NUM008 y NUM005 , fue la intervención de 409 plantas de marihuana en distintas fases de crecimiento, con un peso neto estimado de la parte útil y seca de 5.624 gramos de la totalidad de las plantas intervenidas, y de un peso neto medio de 1.375 gramos por planta, así como quince bolsas con fragmentos de plantas secas, que tras el análisis resultaron contener marihuana con un peso neto de 1.813 gramos y riqueza en tetrahidrocannabinol de 4,6%. También se halló diverso material (lámparas, dispositivos especiales para el secado, etc), utilizado para el cultivo del cannabis.

Además se recoge en la resolución recurrida, las declaraciones en el acto del juicio de los agentes nº NUM000 , NUM001 , NUM009 , NUM010 , NUM011 , NUM012 NUM013 y NUM009 , que intervinieron en la realización de vigilancias en las inmediaciones de la sede de la asociación ubicada en la c/ Bispe Laguarda, que procedieron a identificar a aquellos que visitaban el local y salían a los pocos minutos, pudiendo comprobar que acababan de adquirir allí sustancias estupefacientes (después incautadas a los mismos), lo que condujo posteriormente a la entrada y registro del local, acordada por auto de fecha 2 de abril de 2014, donde los agentes nº NUM005 , NUM007 , NUM014 , NUM006 y NUM003 ratificaron la incautación de dos balanzas de precisión, así como 17 botes de plástico conteniendo las cantidades de marihuana que se recogen en los hechos probados.

También describe la sentencia el acopio documental entregado por Fulgencio , que se encontraba presente en el local del Passatge Bisbe Paul cuando se practica la diligencia de entrada y registro: copia del acta fundacional de la Asociación, copia de los estatutos, contrato de arrendamiento (siendo arrendataria la Asociación Ratja Vip, firmando como presidente David ) así como un listado de 350 personas, donde se identifica número de planta con número de socio; listado también intervenido entre la documentación incautada en el despacho ubicado en el local de la c/ Bisbe Laguarda.

Al respecto, media informe que compara la relación de plantas etiquetadas que fueron intervenidas en el Passatge de San Pau nº 4, con el listado de socios que resulta de la documentación intervenida en el ordenador de la c/ Bisbe Laguarda; informe ratificado en la vista oral por el agente nº NUM015 según el cual, de las plantas etiquetadas (no todas lo estaban), había unas 80 que eran asignadas a nombres que no constaban en el listado de supuestos socios, había socios que constaban identificando plantas con un número de socio diferente al que figuraba en los listados, socios que no pudieron ser localizados al tiempo de hacerse el informe, socios cuya documentación era incorrecta y por fin, un total de 236 socios que en efecto, aparecían en el listado de socios y tenían asignada una planta.



De donde infiere lógicamente la Audiencia que *la falta de identificación de las plantas en el secadero del sótano y en la propia sede de la Asociación, lleva a concluir que en realidad tal etiquetado no era más que una argucia para aparentar que se trataba de un consumo a pequeña escala, limitado al producto de una sola planta que además, se nos dice, era compartida por dos socios. Se pretende que existía un procedimiento de selección que era objeto de control por parte de los acusados, y sin embargo, algunos de los identificados a quienes se incautó sustancia, acababan de adquirir la condición de socio ese mismo día, sin que hubiese transcurrido el periodo de carencia de quince días a que se refieren aquellos. Se afirma por los acusados que se controlaban los accesos de forma que sólo los socios pudiesen adquirir la marihuana, pero no solo fueron identificados varios adquirentes que no tenían la condición de socios, sino que incluso uno de ellos era menor de edad, como resulta de lo actuado en el Anexo 3 de la causa. Tampoco se ajusta a la realidad que el consumo se efectuase dentro del local ya que a varias personas se les ocupó la sustancia cuando ya lo habían abandonado .*

Complementa esa inferencia, las conclusiones sobre el descontrol del número de socios, cifras sobre las que ni presidente ni secretaria ni tesorero se pusieron de acuerdo, ni existía límite a la cifra de integrantes de la asociación. Ello, con adicional pericial que se suma al acervo anterior, en este caso calificada como pericial electrónica ratificada en el acto del juicio oral por los agentes nº NUM016 y NUM017 donde analizan 2.802 fichas pertenecientes a miembros de la asociación, constatando que *se trata de una asociación fundamentalmente destinada a los turistas*, siendo indicativo de ello que de los 2.802 socios que resultan de las fichas incautadas, sólo 488 eran españoles, y que 595 tenían domicilio en Barcelona, habiendo sido además constituida para la distribución de sustancia estupefaciente a gran escala, puesto que en las hojas de registro figura que entre 2013 y 2014 visitaron la instalación 11.995 socios que retiraron un total de 13.971 gramos de sustancia estupefaciente.

En cuanto al funcionamiento y roles de los acusados, la sentencia extrae que la prueba practicada permite tener por acreditado que a los acusados David , Efrain y Eulalio , miembros de la Junta Directiva, se distribuían las funciones propias de la gestión de la asociación, que en ocasiones compartían en tanto que los restantes acusados asumían funciones secundarias; y así:

- El acusado David era el Presidente habiendo reconocido que constituyó la asociación Ratja con los acusados Efrain y Eulalio y que se encargó de alquilar los dos locales, figurando como la única persona autorizada para operar en el banco en nombre de la asociación, admitiendo que en ocasiones atendía también a los socios en la barra del local y aunque negó ejercer funciones propias de contabilidad, lo cierto es que el acusado Efrain y la acusada Eulalio le atribuyeron también la llevanza de los libros.

- El acusado Efrain quien sucedió al anterior como presidente cuando tuvo que volver a su país por el fallecimiento de un familiar, era en realidad tesorero. Admitió que como tal se dedicaba a anotar las "donaciones " que los socios efectuaban y destinar su importe al pago de los gastos de la asociación. También tiene reconocido haber ejercido funciones de control de accesos, de vigilancia de cumplimiento de las normas en particular que no se sacase sustancia, y que nadie cogiese cantidades que no debía. La acusada Eulalio le atribuye también funciones relativas al cultivo.

- La acusada Eulalio , era la secretaria, y como ella misma reconoció en la vista oral, la encargada de la llevanza del libro registro de socios (afirmó que eran entre 2.500 y 3.000), la encargada del etiquetado de las plantas, de hablar con el abogado y con el arquitecto de la asociación, y también lo fue de las gestiones relativas a la inscripción de la Asociación. Los restantes acusados le atribuyen además en ocasiones, funciones de atención a los socios entregándoles la sustancia.

- Feliciano negó en el acto del juicio haber realizado actos concretos de entrega de sustancia a los socios pero lo cierto es que tanto los acusados David como Eulalio le atribuyen tal función, a lo que se añade que se encontraba detrás de la barra de atención a los socios en el momento de la entrada y registro, siendo identificado por los allí presentes como la persona que les había vendido la sustancia. En particular el testigo Emiliano quien en la vista oral afirmó no recordar quien le había vendido la sustancia que se le intervino con ocasión de aquella diligencia, le había identificado ante los agentes actuantes como el vendedor. Con clara intención auto exculpatoria afirmó en el plenario que él se limitaba a llevar la comida a los demás, negando incluso actos de vigilancia. Sin embargo es identificado por el agente nº NUM003 como la persona que acude al menos en dos ocasiones al local del Passatge San Pau en compañía de Eulalio y del acusado Hernan , siendo visto también haciendo el recorrido desde la plantación al local de Bisbe Laguarda.

- El acusado Fulgencio , tiene declarado que es de la misma localidad que los acusados David y Efrain y por tal motivo le permitían pernoctar en la plantación de la Calle San Pau, sin pagar cantidad alguna sabedores aquellos de sus dificultades económicas. Pero tal manifestación debe ser tenida como legítimamente auto exculpatoria en la medida en que la prueba practicada permite atribuirle sin duda la función de vigilante de la plantación, y ello es así por cuanto si bien manifiesta que solo acudía a dormir, lo cierto es que las vigilancias



dispuestas reflejan que pasaba allí la mayor parte del día y de la noche como afirman los agentes n° NUM003 , NUM004 y NUM005 . Los agentes afirmaron que el ruido y el olor dentro del local eran verdaderamente molestos por lo que la presencia del acusado, solo puede tener por finalidad la vigilancia de la plantación, ya que si solo se trataba de tener un alojamiento, podía haberse hospedado, por ejemplo, en el local de Bisbe Laguarda, que sin duda le hubiese resultado menos molesto. Por último se tiene en cuenta que ante los agentes NUM000 , NUM001 y NUM007 , el día de la entrada y registro, se identificó como vigilante y cumpliendo con lo que David le había encargado les hizo entrega de la una documentación que tenía ya preparada al efecto.

- El acusado Hernan niega cualquier actuación en relación con la plantación, a la que afirma acudía de forma esporádica a cuidar sus propias plantas reconociendo haber realizado visitas en compañía de los acusados Eulalio y Feliciano . Pero esta versión no resulta creíble. Los agentes NUM018 , NUM003 y NUM007 le identifican, en efecto, accediendo con Eulalio y con Feliciano al local de la Calle San Pau, El agente n° NUM005 tiene declarado que le vio entrar y salir en horarios controlados al menos ocho ocasiones, permaneciendo allí aproximadamente dos horas, pero que solo se documentaron dos por tenerse por suficientes para establecer su relación con el local. Pero es que la versión del acusado resulta inverosímil, ya que de la documentación intervenida se desprende que ninguna de las plantas estaba etiquetada a su nombre, lo que no se compadece con los cuidados que al parecer dispensaba a las de su propiedad y que de forma lógica deberían justificar su interés en que no se confundiese con las restantes.

En definitiva, como la Audiencia racionalmente concluye e igualmente informa la acusación pública en su detallado escrito de impugnación, concordante con lo anteriormente descrito, *del conjunto de datos objetivos anteriormente descritos y que se concretan en las detalladas, y terminantes manifestaciones de los agentes intervinientes, la prueba pericial, la propia confesión de los acusados en aquellos hechos que han admitido, y acreditado en definitiva como lo ha sido el acto de tenencia y tráfico de marihuana, permite a la Sala alcanzar la plena convicción, más allá de toda duda razonable, de la comisión del delito contra la salud pública ; así como de la participación imputada a los acusados.*

El motivo se desestima.

**SEGUNDO.** - El segundo y último motivo lo formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr ., por indebida aplicación del art. 368 CP , en virtud de la vulneración de la presunción de inocencia.

1. Afirma que como consecuencia concatenada al motivo anterior, el pronunciamiento debe ser absolutorio para todos los recurrentes; y alternativamente, el error de prohibición concurrente, debió ser calificado como invencible. Reitera que no ha existido ambigüedad ni oscuridad tendente a conseguir una autorización administrativa que ocultara cualquier actividad de naturaleza delictiva; que se trata de una Asociación legalmente constituida y que es una realidad asociativa, ya que no es algo esporádico o aislado puesto que hoy en día se estima que existen entre 1000 y 1200 asociaciones de consumo de cannabis en España, lo cual se traduce en alrededor de 150.000 usuarios que acuden a esta forma de hacerse con dicha sustancia; y cita diversa normativa autonómica. Reconoce que a la sombra del limbo legal, es factible que determinados clubs de cannabis pudieran aprovechar determinados resquicios legales para apartarse de la finalidad, sustancialmente terapéutica/lúdica de tales asociaciones sin ánimo de lucro, que tiene como principal propósito fomentar un consumo responsable y controlado de la marihuana y es factible que bajo ese paraguas proliferen establecimientos que al amparo de esa normativa defectuosa e incompleta pudieran incidir en una conducta delictiva, pero no es dable generalizar ni criminalizar a todos los clubs cannábicos cuando se constata que cumplen con los requisitos y exigencias legales, ya que el derecho fundamental de asociación, consagrado en el Art. 22 de la Constitución y desarrollado por L.O. 1/2002 de 22 de marzo, les da amparo y cobertura legal, cual reconoce la Fiscalía General del Estado en la Instrucción 2/2013, aplicable a la fecha de los hechos.

2. Sea cualquiera la posición que se mantenga entre el paralelismo del consumo compartido y el cultivo compartido, supone un debate extramuros de la cuestión enjuiciada, pues los hechos enjuiciados y que se declaran probados, en nada se compadecen con esas conductas, sino con una modalidad lisa y llana de tráfico de estupefacientes, donde la asociación que se logra registrar deviene mero instrumento de opacidad en aras de evitación de la persecución del inequívoco tráfico desarrollado.

En definitiva, desestimado pues, el motivo anterior por quebranto del derecho a la presunción de inocencia, en cuanto el ahora formulado por error iuris, exige que se parta de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba, tal intangibilidad del relato fáctico determina su desestimación.

Estamos ante un motivo de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos



que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

3. Mientras que el relato de hechos probados, no permite la conclusión interesada, al contrario, se indica una intencionalidad de tráfico, donde la Asociación funcionaba como mero trampantojo administrativo:

(...) la constitución de la Asociación se llevó a cabo como pantalla para dar una apariencia de legalidad a lo que en realidad era cultivo y distribución de marihuana a terceros, siendo totalmente inexistente la actividad asociativa descrita en los Estatutos. Con esta verdadera intención los acusados alquilaron en fecha 14 de agosto de 2013 un local en Passatge Sant Pau nº 4 Bajos de esta ciudad, para llevar a cabo el cultivo de la marihuana, posteriormente distribuida a terceros en el local sito en la Calle Bisbe Laguarda nº 4 de Barcelona, bien bajo el subterfugio previo de hacerse aquellos socios de la misma mediante el simple trámite privado de anotación de datos personales en el registro de la entidad, expedición de carnés acreditativos y el simultáneo abono de una cuota inicial, o bien directamente sin hacerse socio al ser libre la entrada, siendo la mayoría de los clientes turistas en tránsito.

La asociación carecía de control alguno respecto al número de "socios", de manera que abastecía por tal procedimiento a un número indeterminado de ellos.

La substancia se vendía 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 septiembre.

Mientras que desde la perspectiva negativa, en ningún otro apartado, los hechos probados describen situación alguna de desconocimiento o conocimiento equivocado de la realidad por parte de los acusados.

4. Y así lo argumenta adecuadamente, la resolución recurrida: *se descarta un error o inevitable porque se constata que en los Estatutos de la Asociación, a la hora de describir su actividad, se oculta el cultivo y producción de cannabis y su distribución entre los socios e incluso en se expresa que en ningún caso constituye objeto y fin de la asociación la promoción, el favorecimiento o la facilitación del consumo ilegal de cannabis sativa o cualquier otra droga tóxica, estupefaciente o sustancias psicotrópicas. Y así obtuvieron tos acusados la resolución de inscripción de la denominada Asociación en el Registre d'Associacions de la Generalitat de Catalunya, en resolución de fecha 17 de junio de 2.013, dictada por el Director General de Dret i d'Entitats Jurídiques. Y dicha ocultación impide la presencia de un error de prohibición invencible, porque evidencia la conciencia de que los mismos sopesaban y se representaron como posible la antijuridicidad de su actividad .*

5. La solución dada es conforme con la jurisprudencia emitida por esta Sala en las sentencias 571/2017, de 17 de julio , 788/2015, de 9 de diciembre y 484/2015, de 7 de septiembre , sobre esta cuestión en similares supuestos. Así, afirmamos en la 788/2015 , de íntegra proyección al supuesto de autos, que "los acusados actuasen alentados por la infundada esperanza de que su actuación podría ser tolerada o confiando en que algunos órganos judiciales pudieran acoger la tesis que propugna la irrelevancia penal de estos hechos, es una actuación nada prudente, que roza la temeridad y no se cohonestan bien con una actitud de fidelidad incondicionada y escrupulosa a la norma. Era exigible mayor cautela y un mínimo esfuerzo sincero de indagación. Porque, y esto es determinante, lo que resulta patente es la contradicción con la legalidad de la actividad desplegada. La conciencia de que sopesaban y se representaron como posible la antijuridicidad de su actividad queda evidenciada por la forma en que se redactan los Estatutos de la Asociación".

El motivo se desestima.

**TERCERO.**- En materia de costas rige el art. 901 LECr , que para caso de desestimación del recurso, prevé su imposición al recurrente.

## FALLO

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

**Declarar NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. David , D. Efraim , D. Eulalio , D. Feliciano , D. Fulgencio y D. Hernan , contra la sentencia de fecha 10 de octubre de 2017, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Octava en su Rollo de Procedimiento Abreviado núm. 103/2016, seguida por delito contra la salud pública; y ello con expresa imposición de las costas originadas por su recurso, a los recurrentes.



Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Antonio del Moral García

Andrés Palomo Del Arco Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ