

Revisión



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN TERCERA

CANTABRIA

ROLLO DE SALA

Nº : 809/2015

ES COPIA

SENTENCIA Nº 000171/2017

---

Ilmos. Sres. Magistrados :

---

Don Agustín Alonso Roca

Doña María Almudena Congil Díez

Doña María Gallardo Monje

---

En Santander, a de 15 de Mayo de 2017.

Este Tribunal de la Sección Tercera de la Ilma. Audiencia Provincial de Santander, ha visto en grado de apelación la causa núm. 414/2014 proveniente del Juzgado de lo Penal núm. 5 de Santander, Rollo de Sala núm. 809/2015, seguida por sendos delitos contra la salud pública y un delito de tenencia ilícita de armas, frente a

y

constando las circunstancias personales de ambos en la recurrida, habiendo intervenido representados por la Procuradora Sra. Palacio Cavada y defendidos por el Letrado Sr. Serna Gómez.



Han sido parte apelante en este recurso los acusados, \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_ interviniendo como apelado el Ministerio Fiscal.

Es ponente de esta resolución la Ilma. Sra. Dña. María Gallardo Monje.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los de la Sentencia de instancia; y

PRIMERO.- En la causa de que este Rollo dimana, por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Santander se dictó, con fecha de 30/06/2015, Sentencia cuyo relato de Hechos Probados señala que PRIMERO.- A los acusados D. \_\_\_\_\_, con DNI \_\_\_\_\_, y D. \_\_\_\_\_, con DNI \_\_\_\_\_, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, les fueron intervenidos por agentes de la autoridad, en torno a las 13:30 horas del día 28 de septiembre de 2013, en una nave situada en la localidad de Queveda- Santillana del Mar, 93 plantas de marihuana (cannabis sativa) con un peso bruto de 4.008,0 gramos (peso neto 2.009,3 gramos) y una riqueza de 2.0. Esta sustancia estaba destinada a su transmisión a terceros. La venta de la sustancia incautada reportaría en el mercado ilícito un importe de 9.383,43 € según Listado de Precios y Purezas de las drogas en el mercado ilícito nacional correspondiente al segundo semestre de 2013.

Los derivados del Cannabis (hachís, marihuana, aceite de hachís, grifa) son sustancias incluidas en las listas I y IV del Convenio Único de 1961 sobre estupefacientes.

SEGUNDO.- Durante el registro practicado en la mencionada nave, fue hallada una pistola de aire



comprimido marca GAMO, modelo P 800 del calibre 4,5 mm con el número de identificación [redacted] la cual había sido previamente transformada en un arma de fuego apta para disparar munición metálica de percusión anular del calibre 22 en sus versiones short y long rifle. El arma se encontraba en perfecto estado de funcionamiento y pertenecía al Sr. [redacted].

TERCERO.- Los acusados son socios de la Asociación Terapéutica de Ayuda Cannabica Cantabria ATACC que fue inscrita en el Registro de Asociaciones de Cantabria, Sección Primera, con el número [redacted], el día 2 de septiembre de 2011.

Y en el Fallo de la resolución, en lo que ahora nos interesa destacar, se dice Que debo condenar y condeno a D. [redacted] y D. [redacted].

[redacted] como autores penalmente responsables, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito contra la salud pública, en la modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud, previsto en el artículo 368 párrafos 1 y 2 del Código Penal, a las penas, para cada uno, de 10 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como 10.000 euros de multa, con aplicación de una responsabilidad personal subsidiaria de 30 días en caso de impago.

Que debo condenar y condeno a D. [redacted].

[redacted] como autor penalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de tenencia ilícita de armas de fuego reglamentadas, previsto y penado en el artículo 564.2.3ª y 565 del Código Penal a la pena de 1 año y 1 día de prisión y la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho



de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena Se imponen las costas a los condenados.

Se acuerda la destrucción de la droga ocupada, una vez firme la sentencia.

Dese al resto de objetos intervenidos el destino legalmente previsto."

SEGUNDO.- Por los acusados, con la representación y defensa aludidas, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, admitido a trámite por Providencia del Juzgado de fecha 31/07/2015; una vez dado traslado del recurso a las demás partes conforme ordena la Ley, se elevó la causa a esta Sección Tercera de la Ilma. Audiencia Provincial de Santander, en la que tuvo entrada el día 22/09/2015, siendo designada Magistrado Ponente Dña. María Gallardo Monje por Diligencia de fecha 21/04/2017, quien, tras la deliberación y fallo del asunto, expresa el parecer de la Sala.

#### HECHOS PROBADOS

Se aceptan los de la resolución recurrida, ya reproducidos en el Antecedente de Hecho Primero de la presente resolución.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recaída Sentencia que condena a y a como autores responsables de sendos delitos contra la salud pública en la modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud, y a , además como autor responsable de un delito de tenencia ilícita de armas de fuego, por la representación procesal de ambos



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

condenados se interpone recurso de apelación que, como se expondrá, cuestiona e impugna únicamente la condena por el delito contra la salud pública, sin hacer mención - salvo la que de suyo se produce al reproducir casi íntegramente el contenido de la Sentencia impugnada- al delito de tenencia ilícita de armas por el que ha sido condenado uno de los acusados, el Sr.

Así, tras reproducir los Hechos Probados y los Fundamentos de Derecho de la Sentencia, se compone el recurso de una serie de alegaciones que, sin concretar ningún motivo legal, cuestionan la resolución por lo que sigue: argumentan los recurrentes que el único fundamento inculpatario es un mero defecto formal, de manera que lo único que se reprocha a los acusados es carecer de un libro-registro en el que conste la estimación de la cantidad de sustancia que consume cada socio, cuando lo cierto es que la Asociación se encuentra en regla, sus Estatutos han sido oportunamente aprobados, se haya inscrita en el Registro de Asociaciones de Cantabria e incluso cuenta con un número de identificación fiscal. Esto es, argumentan que se fundamenta la condena en una mera irregularidad administrativa ni siquiera imputable a los acusados. Se cuestiona también en el recurso la legalidad del registro practicado por los Agentes de la Guardia Civil, tachando la actuación de ilegal, desmedida y precipitada. Y se solicita, por último, la revocación de la Sentencia impugnada.

El Ministerio Fiscal se opone a la estimación del recurso e interesa la confirmación de la resolución impugnada.

**SEGUNDO.-** En las presentes actuaciones se ha dictado Sentencia condenatoria contra dos acusados, por sendos delitos contra la salud pública, en su modalidad



de sustancias que no causan grave daño a la salud, con la singularidad de que ambos sujetos son, y así se ha declarado probado, miembros de la ASOCIACIÓN TERAPEÚTICA DE AYUDA CANNABICA CÁNTABRA (ATACC). Es un hecho no controvertido, toda vez que así lo han reconocido los propios acusados, que el cultivo de marihuana incautado lo realizaban ellos, de manera que la cuestión controvertida pasa por determinar si esa sustancia estaba destinada únicamente al consumo compartido de los miembros de la Asociación, o existía intención de distribuirla a tercero. Para ello debemos partir del hecho de que la conducta en si, esto es, la realización de actos de cultivo de sustancias estupefacientes, en este caso, marihuana, está sancionada en nuestro Derecho por la vía del art. 368 del Código Penal, precepto que sin castigar el autoconsumo, sanciona toda actividad que lo promueva, favorezca o facilite en otros. Todas las actuaciones personales que van destinadas al propio consumo (ilegal, pero no penalmente prohibido) son atípicas en nuestro Ordenamiento, aunque supongan facilitar o promover un consumo ilegal. También el cultivo o aprovisionamiento, cuando no están destinados a facilitar o favorecer el consumo de otros, serán atípicos; lo cual no significa que no sean actos contrarios a la legalidad.

En la práctica, la tendencia jurisprudencial consolidada ya nos lleva ahora a considerar atípico no sólo el consumo particular, sino también el practicado en grupo -el denominado consumo compartido- aunque se identifiquen actos de auxilio o facilitación recíproca entre los integrantes del colectivo, que siempre habrá de ser reducido. Recientes Sentencias del Tribunal Supremo (véanse **STS de 7 de Septiembre de 2015 y 7 de Septiembre de 2016**), señalan cuáles son los requisitos



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

que han de concurrir precisamente para que el consumo compartido sea atípico, y son:

- 1º) Que se trate de consumidores habituales o adictos que se agrupan para consumir la sustancia. Con esta limitación se pretenden evitar supuestos de favorecimiento del consumo ilegal por terceros, que es precisamente la conducta que sanciona expresamente el tipo, salvo los que ya fuesen consumidores habituales de la sustancia en cuestión.
- 2º) El consumo de la misma debe llevarse a cabo "en lugar cerrado". La finalidad de esta exigencia es evitar la promoción pública del consumo y la difusión de la sustancia a quienes no forman parte de los inicialmente agrupados.
- 3º) Deberá circunscribirse el acto a un grupo reducido de adictos o drogodependientes y ser éstos identificables y determinados; esto es, la comunidad que participa en ese consumo ha de estar integrada por un número reducido de personas, tal que permita considerar que estamos ante un acto íntimo de consumo sin trascendencia pública. Ello conlleva que los consumidores han de estar perfectamente identificados.
- 4º) No se incluyen en estos supuestos las cantidades que rebasen la droga necesaria para el consumo inmediato o diario.

Como se explica ampliamente en la **Sentencia** nº 9/2017, de 30 de Enero, de la Audiencia Provincial de Guipuzcoa, Sección 2ª: "Hay un salto cualitativo y no meramente cuantitativo, 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 metódica de una estructura institucionalizada, con vocación de permanencia y abierta a la integración casi indiscriminada, sucesiva y escalonada de un número no limitado de personas hasta superar los dos mil. Esto -se capta intuitivamente- es muy diferente. Aquello es asimilable al consumo personal. Esta segunda fórmula, en absoluto. Se aproxima más a una cooperativa que a una reunión de amigos que comparte una afición perjudicial para la salud, pero tolerada. Estamos ante una actividad nada espontánea, sino planificada, preconcebida y diseñada para ponerse al servicio de un grupo que no puede considerarse "reducido" y que permanece abierto a nuevas incorporaciones ilimitadas".

En definitiva, lo que se sanciona penalmente es la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal; y los actos de cultivo, elaboración o tráfico no son más que modos citados en el tipo penal a título ejemplificativo, que no exhaustivo, de realizar esta finalidad típica, a la que también puede estar destinada la posesión, aunque no siempre, o bien cualquier otro modo idóneo para alcanzar ese resultado, como podría serlo el transporte.

**TERCERO.-** Dicho esto, cuestionan los recurrentes que la decisión de la Juzgadora se concentre en un solo párrafo y se justifique en lo que consideran un mero defecto formal. Más al contrario, la Sala conviene en destacar el estudio en profundidad de la cuestión que realiza la Juzgadora de instancia, con cita de abundante y reciente jurisprudencia, tras lo cual, y aplicando dicha doctrina al caso de autos, concluye que el cultivo realizado por los acusados es típico al no haber quedado acreditado que los



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

destinatarios del cannabis cultivado fueran, como se afirmaba, los socios de la Asociación Cannábica Cantabra. Y coincide la Sala en esa falta de acreditación y prueba, que habría incumbido a los acusados, dado que nos hallamos ante una conducta que, siendo ilegal, se presupone además típica (ex art. 368 del CP), de manera que son los acusados quienes deberían haber justificado el exacto cumplimiento de los requisitos y condiciones jurisprudencialmente exigibles y que hacen del consumo compartido un acto atípico; sin que el hecho de exigir un riguroso control del número de socios y de las necesidades diarias de consumo de cada uno de ellos, sea, como de contrario se afirma, una exigencia diabólica, precisamente porque era a los acusados a los que habría correspondido probar que el cultivo no trascendía a terceros ajenos a la Asociación, para lo cual habría sido fundamental conocer con exactitud los datos anteriormente indicados (a fin de determinar si la cantidad incautada era la precisa para el consumo inmediato de aquéllos, o superior). De otra manera, y es lo que aquí ha ocurrido, se presume que las plantas de marihuana cultivadas estaban destinadas a promover, facilitar o favorecer el consumo o difusión a terceros.

Finalmente se ha de señalar, a modo de simple apunte dada la generalidad de su planteamiento por la parte apelante, que la hipotética ilegalidad de la actuación de los Agentes de la Guardia Civil en el momento de proceder al registro de la nave, cierto es, sin autorización judicial, debió de haber sido denunciada por la parte desde que tuvo ocasión real para ello, esto es, desde que se personaron en el procedimiento judicial incoado, momento procesal en el que podría haberse planteado la corrección formal de una actuación después consentida. En todo caso conviene



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

precisar que la nave en la que se practicó el registro era una nave abandonada, no existiendo en ella signos o indicios de que estuviera habitada o constituyera morada, de manera que la inviolabilidad del domicilio que consagra el art. 18.2 de la CE no se habría conculcado por la intervención de los Agentes, amparada por su función de investigación y persecución de los delitos, que no precisan de mandamiento judicial cuando, como era el caso, el lugar no constituye domicilio (véanse arts. 545 y siguientes de la LECR). A mayor abundamiento, habiéndose personado en el lugar el Sr. [redacted] -quien se identifica como responsable de la nave- mientras se llevaba a efecto la diligencia, no consta que el mismo se opusiera a la actuación (folio 4 de las actuaciones).

Por todo ello, la Sala acuerda no ha lugar a estimar el recurso de apelación interpuesto, confirmando íntegramente la resolución impugnada.

**CUARTO.-** Las costas de la presente instancia se declaran impuestas al condenado.

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de Su Majestad El Rey,

**FALLAMOS :**

QUE DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de [redacted] y [redacted], contra la Sentencia nº 247/2015 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Santander, de fecha 30/06/2015, debemos confirmar



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

y confirmamos la misma, con imposición a la parte recurrente de las costas de esta alzada.

Notifíquese la presente a todas las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe interponer recurso ordinario alguno.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.**- La precedente Sentencia ha sido publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.