



Roj: **STS 1270/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1270**

Id Cendoj: **28079120012022100326**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/03/2022**

Nº de Recurso: **5828/2020**

Nº de Resolución: **306/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 306/2022

Fecha de sentencia: 25/03/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5828/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/03/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Procedencia: Sec. 2ª A.P. Córdoba

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: BDL

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5828/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 306/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 25 de marzo de 2022.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** contra la Sentencia 313/20, de 11 de noviembre de 2020 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba resolutoria del recurso de apelación (Rollo de apelación penal PA 1023/2020) formulado por la representación legal del acusado D. Mauricio frente la Sentencia 59/2020, 20 de febrero de 2020 del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Córdoba dictada en el Juicio oral 347/2019 dimanante del PA núm. 80/2019 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Córdoba, seguido por presunto delito contra la salud pública contra D. Mauricio. Los Excmos. Sres. Magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido en Sala para la deliberación y fallo del presente recurso de casación. Han sido parte en el presente procedimiento: el Ministerio Fiscal como recurrente, y como recurrido el acusado D. Mauricio representado por la Procuradora de los Tribunales Doña María Teresa Aranda Vides y defendido por la Letrada Doña Tania Felipe Martínez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal núm. 3 de Córdoba en el Juicio Oral núm. 347/2019 dimanante del PA núm. 80/2019 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Córdoba, seguido por presunto delito contra la salud pública contra D. Mauricio, dictó Sentencia 59/2020 de 20 de febrero de 2020, cuyos **HECHOS PROBADOS** son los siguientes:

"Probado y así se declara, que sobre las 10:30 horas del 5 de mayo de 2019, una dotación de la Policía Local que se encontraba prestando servicio en las inmediaciones de la C/ Salvador Allende, de esta capital, observó como el acusado se hallaba descargando de una furgoneta material apto para el **cultivo de marihuana** (cubetos, placas de calor, turbina de aire), y siendo cuestionado por el destino de dichos efectos manifestó a los agentes poseer una plantación de **marihuana** en el local comercial sito en el nº 1 de la vía mencionada.

Con consentimiento del acusado, los agentes policiales accedieron al interior de dicho local, donde el mismo les hizo entrega de 112 plantas de **marihuana** en cubeto, incautándose, además, dos aparatos de aire acondicionado marcas Babe y Home, dos regletas de luz, dos ventiladores, 14 equipos Horti Light, dos consolas de aire acondicionado Climatic, una consola de aire samsung, un cuadro eléctrico, un saco de cableado, una lámpara, 112 macetas con tierra, 233 maceteros de plástico vacíos, tres filtros grandes y una caja de herramientas, objetos todo ellos aptos para el **cultivo** de las plantas.

Tras ser incautadas las plantas, fueron remitidas al Laboratorio del Area de Sanidad de la Delegación del Gobierno en Sevilla, resultando con un peso, una vez desbrozadas y desechadas las partes farmacológicamente no activas, de 3.050 gramos de hojas de cannabis, con un 0'30 % de THC, sustancia que no causa grave daño a la salud, incluida en la Lista 1 y 1V de la CU de 1961, y que el acusado cultivaba con el fin de destinarla a la venta a terceras personas.

Las sustancias estupefacientes referidas han sido valoradas en el mercado ilícito en la cantidad de 15.372 €".

El **Fallo** de mencionada resolución es el siguiente:

"Condeno a Mauricio como responsable, en concepto de autor, de un delito contra la salud pública, ya definido, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de un año de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa del tanto, o sea de 15372 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 15 días de privación de libertad. Costas.

Asimismo, acuerdo el comiso y destino legal de la droga y los efectos intervenidos con arreglo a lo dispuesto en el art. 374 del CP.

Líbrese certificación de la presente resolución y únase a las actuaciones, incorporándose la original al libro de sentencias.

Notifíquese la presente resolución a Las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y contra la misma cabe interponer recurso de apelación en ambos efectos en este Juzgado para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Córdoba en el plazo de diez días desde su notificación.

Así por ésta mi sentencie, lo pronuncio, mando y firmo".

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución la representación del acusado interpuso **recurso de apelación** ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba que en el Rollo de Apelación PA núm. 1023/2020 dictó Sentencia 313/2020 de fecha 11 de noviembre de 2020 que respecto a los **HECHOS PROBADOS**, acepta íntegramente los de la Sentencia de instancia.



El **Fallo** de mencionada Sentencia 313/2020 de la Audiencia Provincial de Córdoba es el siguiente:

"Que estimamos el recurso de apelación interpuesto por Don Mauricio contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de esta Ciudad con fecha veinte de febrero de dos mil veinte, cuyo fallo revocamos y, por lo expuesto, absolvemos el apelante del delito contra la salud pública del que ha sido acusado, declarando de oficio las costas de primera instancia.

No ha lugar a hacer especial pronunciamiento sobre las de esta instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes, y verificado, expídase testimonio de la misma que, con los autos originales, se remitirá al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento".

TERCERO.- Notificada la anterior resolución a las partes personadas **se preparó recurso de casación** por infracción de Ley por el **MINISTERIO FISCAL**; 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.- El recurso de casación formulado por el **MINISTERIO FISCAL**, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

Motivo único.- Por infracción de Ley, al amparo del núm. 1 del art. 849 de la LECrim., por inaplicación del art. 368 párrafo primero inciso segundo del C. penal.

QUINTO.- Es **recurrido** en el presente procedimiento el acusado **D. Mauricio** que por escrito de fecha 4 de abril de 2021, solicita la inadmisión del recurso formulado.

SEXTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 10 de febrero de 2022 se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 22 de marzo de 2022; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia dictada por la Audiencia de Córdoba con fecha 11 de noviembre de 2020, absolvió de un delito contra la salud pública al acusado Mauricio, revocando la sentencia condenatoria pronunciada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Córdoba.

El Ministerio Fiscal interpone recurso frente a dicha resolución judicial, en un único motivo de contenido casacional, por estricta infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alegando interés casacional, en tanto que la sentencia recurrida se opone frontalmente a la doctrina jurisprudencial que declara que los actos de **cultivo** son constitutivos de un delito contra la salud pública, mientras que la Audiencia entiende tal conducta integra un "acto preparatorio" impune y absuelve al acusado.

El recurso tiene interés casacional.

La casación en procedimientos competencia de los Juzgados de lo penal solo habilita para comprobar si la norma penal sustantiva ha sido correctamente interpretada y aplicada. Para el resto de posibles infracciones o errores aplicativos el debate queda cerrado con la resolución de la Audiencia Provincial.

Solo cabe una impugnación basada en el art. 849.1º LECrim y con respeto a los muy estrictos condicionantes de esa vía: sujeción absoluta al hecho probado; denuncia de vulneración de una norma penal (o de otra rama jurídica pero que condicione la interpretación de la norma penal sustantiva). Se abre una posibilidad de control, pero solo desde la legalidad penal sustantiva, que no procesal, ni constitucional.

La reforma quiso reforzar el principio constitucional de igualdad (art. 14 CE). No es tolerable que una misma conducta pueda ser considerada delictiva en un territorio y atípica en otro. O que los perfiles de lo punible en cuestiones discutidas dependan en último término del criterio de la Sección de la Audiencia a la que haya derivado el asunto la regla, objetiva pero aleatoria, consagrada en las normas de reparto. Es por ello éste un recurso que, siguiendo la idea plasmada en la citada STS 210/2017, enlaza más con el art. 9.3 CE (seguridad jurídica) que con el art. 24.1 (tutela judicial efectiva). Salvando las gotas de simplificación que anidan en esa disyuntiva, esa premisa -es un recurso al servicio de la seguridad jurídica más que de la tutela judicial efectiva-, ayuda a diseñar este formato impugnativo. Esta casación no viene reclamada por el derecho a la tutela judicial efectiva, ya satisfecho mediante una doble instancia. Aunque también, indirectamente, redundaría en favor de ese derecho: viene exigida por el principio de seguridad jurídica. No busca tanto dar una solución al caso concreto, como proyectar hacia el futuro una interpretación de la ley penal en un punto controvertido. De ahí que solo sea factible, el señalado cauce casacional: el estricto por *error iuris* que, respetando el relato fijado en la instancia,



denuncie una indebida aplicación o interpretación del derecho sustantivo. Sobre otros temas procesales o constitucionales esta Sala puede formar criterio y crear su cuerpo de doctrina a través de la casación ordinaria.

El recurso debe atenerse a las siguientes pautas: respeto escrupuloso al hecho probado; acomodación del razonamiento a la disciplina del error iuris; y planteamiento de un problema jurídico-penal que justifique su interés casacional, que de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 210/2017, de 28 de marzo; 324/2017, de 8 de mayo; 327/2017, de 9 de mayo; y 369/2017, de 22 de mayo) concurre en los supuestos siguientes: a) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo; b) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales; c) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

SEGUNDO .- Los hechos probados, intangibles en esta instancia casacional, relatan que, sobre las 10:30 horas del 5 de mayo de 2019, una dotación de la Policía Local que se encontraba prestando servicio en las inmediaciones de la C/ Salvador Allende, de Córdoba, observando cómo el acusado se hallaba descargando de una furgoneta material apto para el **cultivo de marihuana** (cubetos, placas de calor, turbina de aire), y siendo cuestionado por el destino de dichos efectos manifestó a los agentes poseer una plantación de **marihuana** en el local comercial sito en el nº 1 de la vía mencionada.

Con consentimiento del acusado, los agentes policiales accedieron al interior de dicho local, donde el mismo les hizo entrega de 112 plantas de **marihuana** en cubeto, incautándose, además, dos aparatos de aire acondicionado marcas Babe y Home, dos regletas de luz, dos ventiladores, 14 equipos Horti Light, dos consolas de aire acondicionado Climatic, una consola de aire Samsung, un cuadro eléctrico, un saco de cableado, una lámpara, 112 macetas con tierra, 233 maceteros de plástico vacíos, tres filtros grandes y una caja de herramientas, objetos todo ellos aptos para el **cultivo** de las plantas.

Tras ser incautadas las plantas, fueron remitidas al Laboratorio del Área de Sanidad de la Delegación del Gobierno en Sevilla, resultando con un peso, una vez desbrozadas y desechadas las partes farmacológicamente no activas, de 3.050 gramos de hojas de cannabis, con un 0,30 % de THC, sustancia que no causa grave daño a la salud, incluida en la Lista 1 y 1V de la CU de 1961, y que el acusado cultivaba con el fin de destinarla a la venta a terceras personas.

Las sustancias estupefacientes referidas han sido valoradas en el mercado ilícito en la cantidad de 15.372 €.

TERCERO .- La Audiencia Provincial de Córdoba, citando su propia doctrina, extraída de una resolución judicial anterior de dicho órgano judicial, concluye que, a falta de un peritaje, tales instrumentos incautados al acusado constituyen un acto preparatorio impune.

Sin embargo, como acertadamente concluye el Ministerio Fiscal, hemos considerado en múltiples resoluciones que el **cultivo** de la **marihuana** (aunque su nivel de THC no llegue al 0,40 por 100), es revelador de forma unívoca y de manera clara de la voluntad de cometer el delito contra la salud pública objeto de acusación, incluso en casos de THC 0,3%, de las plantas de **marihuana** intervenidas existe una proximidad espacio-temporal respecto de lo que, en el plan del autor supone la consumación del delito contra la salud pública.

Con carácter específico, con respecto al delito contra la salud pública del artículo 368 del Código Penal, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no duda en calificar como acto ejecución al **cultivo** de drogas tóxicas, tratándose de uno de los hechos típicos enumerados en el referido precepto.

La STS 2054/2002, de 9 de diciembre, declara que el art. 368 del Código penal castiga, dentro de sus modalidades, los actos de **cultivo** de drogas tóxicas o estupefacientes (ya que las sustancias psicotrópicas son, en realidad, de elaboración mediante laboratorio, e incluso las primeras generalmente no puede consumirse tras su **cultivo**, sino que requieren también otro proceso químico de elaboración adicional). En todo caso, el **cultivo** como tal entra dentro de dicha tipicidad, en razón de la consideración del delito contra la salud pública como de peligro abstracto, conforme a nuestra jurisprudencia (véase, Sentencia de esta Sala de 17 de noviembre de 1997, referida a actos de **cultivo**).

Ahora bien, la tipicidad que se predica de todo **cultivo**, en tanto que pone en peligro el bien jurídico protegido, no significa sin más que el delito alcance el grado de consumación por la sola acción de su plantación o semillado: se requiere que tal **cultivo** se encuentre en condiciones de servir a la finalidad que se persigue con el mismo, cual es la extracción de los productos naturales necesarios para obtener su fruto.

Por ello, en casos de mínimo desarrollo del **cultivo**, esta Sala ha considerado la posibilidad de tentativa, lo que no puede ser apreciado en este caso, pues las plantas se encuentran en formación y crecimiento, pero no en semillero o en mínima génesis de elaboración.



La STS 457/2007, de 29 de mayo, declara con toda rotundidad que el delito no se comete sólo en casos de explotación industrial sino de **cultivo** con destino al consumo de terceros. No se requieren mayores precisiones para integrar el tipo por el que se acusa, ni siquiera las operaciones a realizar para ser consumidas.

Y lo cierto es que esta modalidad de droga no precisa de la extracción de la sustancia activa (cannabinol), sino que una vez secas las hojas de las plantas, se hallan en condiciones de ser consumidas, de modo similar a las hojas del tabaco. De ahí que el peso de la droga incautada solo se refiera a las hojas secas, que contienen sustancia activa, evidenciándose así que se ha procedido con corrección en el pesaje de la **marihuana**.

Hemos dicho en nuestra STS 796/2009, de 15 de julio, que el producto objeto del tráfico pertenece a la planta "cannabis sativa", considerada como droga incluida en las listas I y IV, del Convenio Único de Estupefacientes de 1.961, cuyo **cultivo** está además expresamente prohibido por el art. 8º de la Ley 17/67, de 8 de abril sobre estupefacientes y previsto expresa y nimonatim como hipótesis típica punible. Siendo de destacar, además, que la riqueza de THC de cada planta, al ser un elemento natural dependiente del tipo, semilla, clima, terreno y demás circunstancias concretas, es indiferente a los efectos de su consideración como droga (sentencias de 20 de mayo, 11 de junio y 30 de septiembre de 1.993), siendo sólo trascendente en función de la interpretación teleológica del precepto su condición de sustancia prohibida y su capacidad de lesión del bien jurídico de la salud que el precepto pretende tutelar lo que se da en las plantas mencionadas al contener, en mayor o menor proporción, el THC como sustancia activa.

Hemos declarado frecuentemente (véase por todas STS de 6 de junio de 2.000 y 12 de junio de 2.002), que, "a diferencia de lo que ocurre con la cocaína y la heroína, que son sustancias que se consiguen en estado de pureza por procedimientos químicos, los derivados del cáñamo índico o "cannabis sativa", son productos vegetales que se obtienen de la propia planta sin proceso químico alguno, por lo que la sustancia activa tetrahidrocannabinol en estado puro nunca se contienen en su totalidad en las plantas o derivados. La concentración es diversa en cada una de las modalidades de presentación (**marihuana**, hachís y aceite)". Es decir, que toda planta "cannabis sativa" o "cáñamo índico", por propia naturaleza, contiene el tetrahidrocannabinol, que es su principio activo estupefaciente, principio activo que, con mayor o menor riqueza está presente en cualquier parte de la planta (raíz, tallos, hojas) y, naturalmente en sus derivados. Por eso hemos reiterado que no es indispensable la determinación de la concentración de THC en las sustancias derivadas del cáñamo índico o cannabis sátiva por ser ordinariamente irrelevante para la subsunción, al tratarse de drogas cuya pureza o concentración del principio activo no depende de mezclas o adulteraciones, como sucede con la heroína o la cocaína, sino de causas naturales como la calidad de la planta.

En suma, el proceso de **cultivo** no es un acto momentáneo, sino progresivo, que obedece a la elaboración de un vegetal, necesita tiempo, de manera que cuando el art. 368 del Código Penal incluye en su tipicidad actos de **cultivo**, está contemplando un proceso natural de las características del señalado en los hechos probados de la sentencia recurrida, de manera que se obtuvieron un poco más de tres kilogramos de hojas de cannabis, con un 0,30 por 100 de THC, sustancia que, conforme al informe pericial de la Delegación del Gobierno en Sevilla, resultaba tratarse de sustancia estupefaciente incluida en las Listas I y IV de la CU de 1961, y que el acusado cultivaba con el fin de destinarla a la venta de terceras personas.

En consecuencia, procede estimar el recurso del Ministerio Fiscal y rehabilitar la condena dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Córdoba.

CUARTO .- Procediendo la estimación del recuso, se está en el caso de declarar de oficio las costas procesales de esta instancia casacional (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

FALLO

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

1º.- ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** contra la Sentencia 313/20, de 11 de noviembre de 2020 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba resolutoria del recurso de apelación (Rollo de apelación penal PA 1023/2020) formulado frente la Sentencia 59/2020, 20 de febrero de 2020 del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Córdoba.

2º.- DECLARAR de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por el recurso.

3º.- CASAR y ANULAR en la parte que le afecta la referida Sentencia 313/20, de 11 de noviembre de 2020 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

4º.- COMUNICAR la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.



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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Carmen Lamela Díaz

Leopoldo Puente Segura Javier Hernández García

RECURSO CASACION núm.: 5828/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 25 de marzo de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** contra la Sentencia 313/20, de 11 de noviembre de 2020 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba, resolutoria del recurso de apelación (Rollo de apelación penal PA 1023/2020) formulado por la representación legal del acusado D. Mauricio frente la Sentencia 59/2020, 20 de febrero de 2020 del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Córdoba. Sentencia que fue recurrida por el Ministerio público, y que ha sido casada y anulada, en la parte que le afecta, por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, al estimarse el recurso formulado. Por lo que los mismos Magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que constituyeron Sala y bajo idéntica Presidencia y Ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- ANTECEDENTES DE HECHO.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS.- Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, en su integridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con lo razonado en nuestra anterior Sentencia Casacional, hemos de rehabilitar en sus propios términos la parte dispositiva de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Córdoba.

FALLO

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

Que debemos condenar y condenamos a Mauricio a las penas de prisión, accesoria y multa, costas y decomiso, en los propios términos dispuestos de la parte dispositiva de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Córdoba.

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



Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Carmen Lamela Díaz

Leopoldo Puente Segura Javier Hernández García

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ