

Jurisdicción	España
Fecha	11 Octubre 2023
Emisor	Tribunal Supremo, sala segunda, (penal)
Número de resolución	750/2023

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 750/2023

Fecha de sentencia: 11/10/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 7079/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/10/2023

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

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN DE LA PLANA, SECCIÓN PRIMERA

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

Transcrito por: HPP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 7079/2021

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. 750/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D.^a Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 11 de octubre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número 7079/2021, interpuesto por D^a Fermina representada por la Procuradora D^a Mónica Hidalgo Cubero bajo la dirección letrada D^a María Teresa Paredes Piris y D^a Gracia representada por la Procuradora D^a María Pilar Arnaiz Granda, bajo la dirección letrada de D^a Inmaculada Concepción Martín Sans, contra la sentencia número 304/2021, de 27 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Primera en el Recurso de Apelación 826/2021, que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 201/2021 de 4 de junio, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Castellón de la Plana en la causa Penal 403/2019, dimanante del PA 1224/2017 del Juzgado de Instrucción núm. 5 de Castellón.

Interviene el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

El Juzgado de Instrucción núm. 5 de Castellón, incoó Procedimiento Abreviado 1224/17 por delito contra la salud pública, contra Fermina y Gracia; una vez concluso lo remitió al Juzgado de lo Penal número 2 de Castellón, Causa Penal núm. 403/2019, quien dictó Sentencia núm. 201/2021 de 4 de junio, que contiene los siguientes hechos probados:

"Las acusadas Gracia y Fermina, ambas mayores de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, actuando de previo y mutuo acuerdo, se dedicaban al cultivo de plantas de marihuana en la casa sita en el CAMINO000 n^o NUM000 de la localidad de Castellón, para destinarla a su venta o distribución entre terceras personas.

Tras recibir información por parte del grupo de hurtos de la Policía Nacional, de que desde el exterior de la casa se veían numerosas plantas de marihuana, los agentes de la UDYCO fueron a comprobar la veracidad de las informaciones en fecha 5/07/2017, interviniendo en el lugar 236 plantas de marihuana de unos 50 cm plantadas en macetas, 11 plantas de marihuana plantadas en la tierra de unos 120 cm, gran cantidad de cogollos de marihuana y una báscula digital.

Analizadas las plantas intervenidas, resultaron tener un peso neto total de seco útil de la sustancia estupefaciente cannabis sativa de 18.315,86 gramos.

La sustancia estupefaciente marihuana intervenida alcanza en el mercado ilícito un precio aproximado de 25.622,68 € (venta por kg) y/o 100.004,58 € (venta en gramos), según tasación pericial efectuada.

El procedimiento ha sufrido retrasos en su tramitación que no guardan relación con la complejidad de la misma y por causas no imputables a las acusadas. Así, la causa fue incoada en julio de 2017, se dictó Auto de Procedimiento Abreviado en fecha 28/05/2018, tras lo cual transcurrieron 9 meses hasta que se dictó Auto de Apertura de Juicio Oral el 21/02/2019. La causa fue remitida al Juzgado de lo Penal en agosto de 2019 y no se dictó auto de admisión de pruebas hasta el 22/07/20, celebrándose el juicio oral el 19/04/21".

SEGUNDO

El Juzgado de lo Penal dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debo CONDENAR Y CONDENO a las acusadas D^a. Fermina y D^a. Gracia, como autoras penalmente responsables de un delito contra la salud pública, ya definido, con la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas, a las penas, para cada una de ellas de: 1 año y 7 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 30.000 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 100 días de privación de libertad, y con imposición de las costas".

TERCERO

Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Fermina y Gracia; dictándose sentencia núm. 304 por Audiencia Provincial de Castellón, Sección Primera en fecha 27 de octubre de 2021, en el Rollo de Apelación P.A. núm. 826/2021, cuyo Fallo es el siguiente:

"Que desestimando los recursos de apelación interpuestos por la representación procesal de Fermina y por la representación procesal de Gracia, contra la Sentencia dictada el día 4 de junio de 2021 por el Juzgado de lo Penal Núm. 2 de Castellón, en los autos de Juicio Oral Núm. 403 del año 2.019, de los que este Rollo dimana, debemos confirmar y CONFIRMAMOS la expresada resolución en todos sus pronunciamientos, con imposición de las costas de esta alzada a las partes recurrentes.

Notifíquese esta Sentencia a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y que, con arreglo al [art. 847 b\)](#) de la [LECrim](#). contra ella cabe interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo (por infracción de ley del motivo previsto en el [número 1º del artículo 849 LECrim.](#)), debiendo ser preparado previamente ante esta Audiencia Provincial dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación, conforme a lo dispuesto en el [artículo 856 LECrim](#)".

CUARTO

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación procesal de Fermina y Gracia, 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 los recursos.

QUINTO

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, las recurrentes formalizaron los recursos alegando los siguientes motivos de casación:

Recurso de Fermina

Motivo Primero.- Al amparo del [art. 852 LECrim](#), en relación con el [art. 5.4 LOPJ](#) por vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria ([art. 18.2 CE](#)) y a la defensa ([art. 17.3 CE](#)). Nulidad del Registro y de todas las consecuencias probatorias derivadas del mismo ([art. 11.1 LOPJ](#)).

Motivo Segundo.- Al amparo del [art. 852 LECrim](#), en relación con el [art. 5.4 LOPJ](#) por vulneración del derecho a la presunción de inocencia ([art. 24.2 CE](#)).

Motivo Tercero.- Al amparo del [art. 852 LECrim](#), en relación con el [art. 5.4 LOPJ](#) por falta de motivación en la determinación de la responsabilidad personal subsidiaria ([art. 24.1 y 2 y 120.3 CE](#), en relación con el [artículo 72 del CP](#)).

Motivo Cuarto.- Al amparo de lo dispuesto en el [artículo 849.1º](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#), por aplicación indebida del [artículo 369.1.5º CP](#).

Motivo Quinto.- Al amparo de lo dispuesto en el [artículo 849.1º](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#), por aplicación indebida de los [artículos 27 y 28 del CP](#). De la autoría.

Recurso de Gracia

Motivo Primero.- Por infracción de ley del [artículo 849.1](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) en relación con el [artículo 5,4](#) de la [Ley Orgánica del Poder Judicial](#) y el [artículo 24](#) de la [Constitución Española de 1978](#).

Motivo Segundo.- Por infracción de ley del [artículo 849.1](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) por aplicación indebida del [artículo 369.1.5º](#).

Motivo Tercero.- Por infracción de ley del [artículo 849.1](#) de la [Ley De Enjuiciamiento Criminal](#) en relación con el [artículo 5,4](#) de la [Ley Orgánica del Poder Judicial](#) y el [artículo 24.1 y 120.3](#) de la [Constitución Española de 1978](#), en relación con el [artículo 72 del Código penal](#).

SEXTO

Conferido traslado para instrucción, la Procuradora Sra. Arnaiz Granda se dio por instruido y se adhirió a todos y cada uno de los motivos en beneficio de su representada, el Ministerio Fiscal en su escrito de fecha 20 de abril de 2022, interesa se dicte Providencia de inadmisión de conformidad con lo establecido en el [art. 899 LECR](#), y ello por entender que es de aplicación lo dispuesto en los [artículos 847.1 b\)](#) y 889, párrafo segundo, de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#); la Sala los admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO

Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 10 de octubre de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- Condenadas Gracia y Fermina, como autoras de un delito del [art. 368 y 369.1.5ª](#), en relación con sustancias que no causan grave daños a la salud, en cantidad de notoria importancia, por el cultivo de plantas de marihuana en la casa sita en el CAMINO000 nº NUM000 de la localidad de Castellón, para destinarla a su venta o distribución entre terceras personas, entre otras a la pena de prisión a cada una de ellas, concurriendo a la atenuante simple de dilaciones indebidas, de 1 año y 7 meses; resolución que recurre una y otra acusada.

1. Hemos de puntualizar que, si bien en la imposición de la pena se incurre en obvio error dosimétrico, pues la pena superior en grado a la que obliga el [art. 369 CP](#), determina una pena de prisión. al menos. de tres años y un día, al recurrir exclusivamente las acusadas, no conllevará ninguna alteración peyorativa.
2. También debemos remarcar que nos encontramos ante una sentencia dictada en apelación por Audiencia Provincial cuya viabilidad casacional se introduce en nuestro ordenamiento con la reforma operada por [ley 41/2015](#), específicamente en el apartado b) al [art. 847.1 LECrim](#).

El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2016, seguido de manera pacífica en un ingente número de resoluciones de esta misma Sala, establece de manera sistematizada el alcance de esta modalidad casacional:

1. El art. 847 1º letra b) LECrim debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del art. 849 LECrim, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los arts. 849 2º, 850, 851 y 852.

b) Los recursos articulados por el art. 849 1º deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de subsunción), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva.

c) Los recursos deberán respetar los hechos probados, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio (art. 884 LECrim).

d) Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (art. 889 2º), entendiéndose que el recurso tiene interés casacional, conforme a la exposición de motivos: i) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, ii) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, iii) 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".

Dice el Preámbulo Ley 41/2015, que para hacer posible el acceso de los nuevos delitos al recurso de casación la reforma contempla distintas medidas que actuarán como contrapesos para equilibrar el modelo y hacerlo plenamente viable. En primer lugar, se generaliza el recurso de casación por infracción de ley, si bien acotado al motivo primero del artículo 849, y reservando el resto de los motivos para los delitos de mayor gravedad. Deja subsistente el modelo establecido para los delitos más graves, 852 LECrim y 4.5 LOPJ, incluidos; y establece otro ámbito específico para los delitos enjuiciados por el Juzgado de lo Penal, en los que ya ha recaído sentencia en apelación y donde por su menor gravedad, posibilita que prime el que hemos denominado ius constitutionis.

Donde en cualquier caso, no resultan absolutamente preteridas las infracciones constitucionales, que además de poder haber sido alegadas en apelación, deviene posible, su invocación para reforzar la alegación de infracción de una

norma penal sustantiva. En definitiva, solo cabe casación contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias cuando, dados los hechos que se declaren probados en las resoluciones comprendidas en los dos artículos anteriores, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la [Ley penal art. 849.1 LECrim](#); y si así se formula, en ese caso, también cabe reforzar el motivo con invocación de normas constitucionales; pero no como motivo autónomo. Criterio refrendado por el Tribunal Constitucional, en su [ATC 40/2018, de 13 de abril](#).

3. Consecuentemente el primer y segundo motivo formulado por la representación procesal de Fermina y el primero de los formulados por Gracia, todos ellos de forma autónoma al amparo del [art. 852 LECrim](#) sin adición de norma sustantiva quebrantada, incurrir en casusa de inadmisión que ahora deviene en causa de desestimación.

Recurso de Gracia

PRIMERO

El segundo motivo que formula esta recurrente es por infracción de ley del [artículo 849.1](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) por aplicación indebida del artículo 369.1.5º.

1. Alega que se infringe la ley al no haberse aplicado la pureza de la droga intervenida a los efectos de tener en cuenta la aplicación de la agravante de notoria importancia; y que además, tampoco se especifica el peso total de la sustancia intervenida, cual corresponde a las hojas y/o cogollos y cual al resto de las partes de las plantas no nocivas.
2. En las [SSTS 378/2020, de 8 de julio](#) o [205/2020, de 21 de mayo](#), ante similar planteamiento, especificábamos que: la Convención Única de marzo de 1961 sobre estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 1972, dentro de las definiciones, establecidas en su artículo 1, se contiene:

(...)

b) Por "cannabis" se entiende las sumidades, floridas o con fruto, de la planta de la cannabis (a excepción de las semillas y las hojas no unidas a las sumidades) de las cuales no se ha extraído la resina, cualquiera que sea el nombre con que se las designe.

c) Por "planta de cannabis" se entiende toda planta del género cannabis.

d) Por "resina de cannabis" se entiende la resina separada, en bruto o purificada, obtenida de la planta de la cannabis.

u) Por "Lista I", "Lista II", "Lista III" y "Lista IV" se entiende las listas de estupefacientes o preparados que con esa numeración se anexan a la presente Convención A la vez que incluye en la Lista I, al "cannabis y su resina y los extractos y tinturas del cannabis"; y en la lista IV al "cannabis y su resina", por tanto, no la totalidad de la planta sino partes muy concretas de la misma.

De modo que se excluye cuando menos son desechables partes leñosas ramas, raíces, algunas hojas, en definitiva, todo lo que no sea como indica la norma sumidades, floridas o con fruto, de la planta del cannabis (a excepción de las semillas y las hojas no unidas a las sumidades) de las cuales no se ha extraído la resina.

Posteriormente, en diciembre de 2020, al revisar una serie de recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud sobre la marihuana y sus derivados, la Comisión de Estupefacientes de la ONU (por 27 votos a favor, 25 en contra y 1 abstención) eliminó el cannabis de la Lista IV de la Convención Única de Estupefacientes de 1961 y mantenerlo en la Lista I de la Convención de 1961.

También indicamos que la diferencia entre hachís y marihuana (o hierba de cannabis), no resulta de un porcentaje determinado de THC, que marque el límite entre ambas modalidades de estupefacientes, aunque sea especialmente indicativo al ser sensiblemente superior en el hachís, si bien, cada vez, los niveles de THC son significativamente mayores en ambas modalidades, conforme evidencian los análisis de las sucesivas intervenciones que dan lugar a los correspondientes procesos que hemos de enjuiciar. La diferencia estriba, por expresarlo de manera muy simplificada en que la marihuana es hierba disecada, es decir las hojas y las flores secas de la planta de cannabis sin sufrir modificaciones, que suele presentarse prensada; mientras que el hachís proviene de las secreciones de resina de la planta de cannabis, del que se elimina la mayor parte del material vegetal visible.

El propio manual para uso de los laboratorios nacionales de estupefacientes ST/NAR/40, titulado Métodos recomendados para la identificación y el análisis del cannabis y los productos del cannabis, de la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito (UNODOC), enseña que el contenido de THC varía en función de la parte de la planta de que se trate, e indica un 10 a 12% en las flores pistiladas.

En el caso de los derivados del cannabis, el porcentaje del principio activo, tetrahidrocannabinol (THC) no indica que solo en ese porcentaje sea hachís o marihuana y el resto proveniente de mezcla o adulteración; íntegramente se trata de cannabis, al margen del porcentaje de THC, que únicamente determina su potencia (vd. [STS 393/2015, de 12 de junio](#)); es decir, como establece la [STS 732/2012, de 1 de octubre](#), carece de relevancia el porcentaje de tetrahidrocannabinol de la droga intervenida, en orden a la determinación de la cantidad de notoria importancia; pues a diferencia de lo que ocurre con la heroína y cocaína, que son sustancias que se obtienen en estado de pureza por procedimientos químicos, alterándose su composición inicial al ser mezclada con otros aditivos, los derivados del cannabis, en sus diversas presentaciones, son productos vegetales que se obtienen de la misma planta sin necesidad de proceso químico (se obtiene por el secado y prensado del cannabis), por lo que la sustancia activa, THC, nunca se presenta en estado puro, siendo por ello indiferente su grado de concentración una vez constatada su toxicidad.

Dicho de manera más sucinta, el dato de concentración de THC en que se mide en el caso del cannabis, no tiene el mismo significado que el porcentaje de pureza en que se miden otras sustancias, como la heroína o la cocaína, pues únicamente expresa la densidad de la sustancia -y no su pureza-; por ello, como reiteradamente ha expuesto esta Sala (ya desde la STS 1332/1995, de 29 de diciembre), ni siquiera resulta necesario expresar en la analítica de estas sustancias, catalogadas todas ellas como menos lesivas para la salud, el porcentaje de principio activo, sino el peso de las mismas.

De ahí que el referido Manual, efectivamente relate, en congruencia con el fundamento de la anterior jurisprudencia, que en la legislación de la mayoría de los países no se exige el análisis detallado del contenido de THC de cada producto.

3. En autos, la declaración de hechos probados de la sentencia, no solo dice que la sustancia y planta intervenidas era marihuana, sino que también, en contra de la afirmación de la recurrente, indica el peso neto total de seco útil de la sustancia estupefaciente cannabis sativa; 18.315,86 gramos.

Es decir, ya realizaron una muy extensa depuración de aquellas partes de la planta, que no tendrían la consideración de estupefaciente, como resulta de manera diáfana, de que el peso en el momento de la intervención sólo de los cogollos ya secos fuera de 17.850 gramos y:

- Las doscientas treinta y dos plantas de marihuana de unos 50 cm plantadas en macetas, una vez desprovistas de tronco y tallos arrojaron un peso de 4.930 gramos; y
- Las once plantas de marihuana, plantadas en la tierra de unos 120 cm una vez desprovistas de tronco y tallos arrojaron un peso de 4.430 gramos.

Que restan reducidas, conforme las cantidades que obran analizadas a 14.936,88 gramos, 2720,38 gramos y 658,60 gramos, respectivamente; que dan la referida suma de 18.315,86 gramos referidos.

El motivo se desestima

SEGUNDO

El tercer motivo lo formula por infracción de ley del [artículo 849.1](#) de la [Ley De Enjuiciamiento Criminal](#) en relación con el [artículo 5,4](#) de la [Ley Orgánica del Poder Judicial](#) y el [artículo 24.1](#) y [120.3](#) de la [Constitución Española de 1978](#), en relación con el [artículo 72](#) del [Código penal](#).

1. Alega que la multa viene establecida en virtud del valor de la droga, pero entiende que ello no significa que a la hora de cuantificar la responsabilidad personal subsidiaria, no haya que estar a las circunstancias del caso; y dada la concurrencia de la circunstancias atenuantes de dilaciones debió tenerse en cuenta a la hora de cuantificar la responsabilidad personal, de modo que considera que no es proporcional el establecer una responsabilidad personal que supera en mucho la cuantía mínima.

2. La multa impuesta fue de 30.000 euros y la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, de 100 días de privación de libertad; es decir un día de privación de libertad por cada 300 euros impagados.

El [art. 53.2 CP](#), indica que en los supuestos de multa proporcional los Jueces y Tribunales establecerán, según su prudente arbitrio, la responsabilidad personal subsidiaria que proceda, que no podrá exceder, en ningún caso, de un año de duración.

En la [STS 1761/2001, de 19 de diciembre](#), se indicaba que en la fijación de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa proporcional, se deja al prudente arbitrio del órgano sentenciador, según lo establecido en el [apartado 2 del art. 53 del CP](#), con la limitación de que no podrá exceder de un año de prisión, sin que se exija, por tanto, en el mencionado precepto una razonada motivación de la determinación del arresto sustitutorio, que solamente podrá impugnarse si fuera desmesurado, y supusiera vulneración del principio de proporcionalidad; insistiéndose en que no se exige una explicitación de las razones fundamentadoras del montante de tal responsabilidad personal subsidiaria.

3. En autos, abstracción hecha de que el [art. 369 CP](#) obligaba a una segunda multa que ha sido preterida, dada la discrecionalidad que la norma otorga, la cuantía relevante a que ascienda la multa impuesta y la lejanía del año establecido como límite, ninguna desproporción resulta. Tanto menos si atendemos al cotejo que resultaría si la cuantía de 30.000 euros, fuere la resultante de haberse aplicado el sistema de días-multa.

El motivo se desestima.

Recurso de Fermina

TERCERO

Los motivos tercero y cuarto que formula esta recurrente, coinciden en su enunciado y justificación con el primero y segundo de los formulados por la anterior recurrente, antes analizados; por lo que ante su sustancial coincidencia, nos remitimos a los dos anteriores fundamentos, para su desestimación.

CUARTO

El quinto motivo lo formula al amparo de lo dispuesto en el [artículo 849.1º](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#), por aplicación indebida de los [artículos 27 y 28 del CP](#). De la autoría.

1. Niega que existe prueba de su participación, cuestión que desbordaría este cauce casacional, pero también señala que la actuación que se predica de la misma no encaja en la coautoría de cultivo de marihuana que se el atribuye.
2. Los hechos probados se limitan a indicar que actuando de previo y mutuo acuerdo con la otra acusada, se dedicaba al cultivo de plantas de marihuana en la casa sita en el CAMINO000 nº NUM000 de la localidad de Castellón, para destinarla a su venta o distribución entre terceras personas.

En la sentencia recurrida, en descripción que desarrolla la contenida en la sentencia de instancia, precisa el contenido de ese mutuo acuerdo: la acusada Fermina se presentó ante

los agentes de policía como la titular de la vivienda (les manifiesta que la casa es suya y en ella está viviendo Gracia), tenía las llaves de acceso a la misma con las que abrió la puerta a los agentes, firmó como titular de la vivienda el acta de entrega voluntaria de las diversas plantas de marihuana incautadas y residía a escasos metros de la vivienda donde se localizó la droga, de manera que la dueña/titular de la vivienda donde se hallaba la plantación de marihuana tenía una posición de garante con respecto a las actividades que se desarrollaban en dicho inmueble (plantación de marihuana para su posterior venta a terceros), surgiendo en la misma el deber jurídico de impedir el resultado delictivo, de conformidad con el [artículo 11 CP](#), lo que la convierte en partícipe a título de autor en el delito de cultivo de droga para tráfico.

Desde esos hechos, la coautoría en el cultivo, que se trasluce en actuación de común de acuerdo en el hecho probado, obedece a una subsunción basada en la categoría normativa regulada en el [art. 11 del Código Penal](#), concluyendo que incurre en comisión por omisión. Es decir, a partir de los hechos vertidos en la sentencia, tanto en el hecho probado como en la fundamentación (la heterointegración se posibilitaría en este caso al ser favorable al reo), la cuestión debatida no es fáctica sino jurídica.

El art. 11 dice: Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción:

1. Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

El primer problema a superar es que la norma exige que se trate de un delito que consista en la producción de un resultado, que es predicado de aquellos delitos que consistan en la producción de un resultado separado espacio-temporalmente de la acción; y la propia sentencia recurrida reitera la constante jurisprudencia que expresa que en el art. 368 que castiga a quien ejecute 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, estamos ante un delito de mera actividad, de resultado cortado o de consumación anticipada y de peligro abstracto; aunque ciertamente con una descripción extensiva del concepto de autor, que abarca a todos los que realizan actos de favorecimiento para el tráfico y que, en principio, excluye las formas accesorias de participación.

Acudiendo a una concepción estricta de resultado, podría entenderse que "los actos de cultivo" ya son un resultado; pero saber que se cultiva, en modo alguno "equivale", en el sentido de la norma, ni en ningún otro, a cultivar.

Y por último, el ser titular o tener la administración de un chalet donde reside un tercero, no conlleva el deber de impedir el cultivo de marihuana en el mismo; y aunque faculte hacer cesar esa residencia, no se identifica la obligación de hacer cesar el cultivo. Sin ningún acto de favorecimiento concreto en ese cultivo, ninguna participación es predicable.

Es más, aunque la recurrente residiera también en la casa, esa mera circunstancia, no bastaría para afirmar su participación delictiva; así, la [STS 935/2022, de 1 de diciembre](#):

Es cierto que cuando se trata de delitos contra la salud pública por tráfico de drogas, la jurisprudencia (vid. SSTS 1280/2005, de 7-11 ; [1322/2011, de 7-12](#) ; [296/2016, de 11-4](#)) ha

establecido que el simple conocimiento por parte del cónyuge o personas asimiladas de la actividad del autor no es bastante para originar responsabilidad penal. Así, se ha señalado que "el conocer que la persona con la que se convive posee droga con propósito de traficar con ella no implica por sí mismo su participación en el delito de tráfico de drogas ni la obligación de denunciar tal hecho, así como tampoco permite afirmar la existencia de una posición de garante de que el tráfico no se va a producir." Por tanto, el conocimiento no permite fundamentar la coautoría. Naturalmente en este delito es posible compartir la tenencia, pero en la medida en que es preciso excluir la responsabilidad penal por hechos ajenos. Se requerirá que en estos casos se acrediten circunstancias adicionales que vayan más allá de la mera convivencia familiar y que permitan deducir la coautoría en el sentido de real coposesión de la droga.

Criterio jurisprudencial del que existen múltiples manifestaciones, como la [STS 1001/2021, de 16 de diciembre](#) y las que allí se citan:

De manera reiterada la jurisprudencia de esta Sala ha afirmado que el mero hecho de cohabitar en el domicilio donde se realiza una actividad encaminada al almacenamiento y distribución de droga no es suficiente para atribuir participación punible en la misma, ni aun cuando se tenga conocimiento de ella. Se requiere además que se participe en alguna actividad que por su tendencia pueda ser calificada de facilitación del tráfico. El recurso invoca esa doctrina, con cita de la [STS 858/2016, de 14 de noviembre](#) , y las que la misma condensa.

En el mismo sentido explicábamos en la [STS 270/2018, de 5 de junio](#) , que "entre los principios fundamentales del Derecho Penal se encuentra, sin excepciones, el de la responsabilidad personal, conforme al cual la base de la responsabilidad penal requiere, como mínimo, la realización de una acción culpable, de tal manera que nadie puede ser responsable por las acciones de otro. El Tribunal Constitucional ha sostenido que ese principio obliga a establecer claras delimitaciones objetivas en los tipos en los que el aspecto exterior de la conducta está descrito en la Ley de manera tan ambigua que no es posible una aplicación literal del mismo, como sucede en los supuestos de tenencia de drogas con propósito de tráfico. El mero conocimiento de la existencia de la droga no supone participación en el delito (entre otras, [STS 3/2008 de 26 de diciembre](#))."

Y resaltábamos en la citada [STS 270/2018](#) , que especialmente esta Sala se ha pronunciado sobre la cuestión en supuestos de convivencia familiar, para señalar que el acceso a la droga que tiene el cónyuge o conviviente, el progenitor o el hijo, no puede comportar por sí solo la realización del tipo penal. "Es preciso excluir la responsabilidad penal por hechos ajenos, lo que exige que se acrediten circunstancias adicionales que vayan más allá de la mera convivencia familiar y que permitan deducir la coautoría en el sentido de real coposesión de las drogas (entre otras SSTS 4 de diciembre 1991 , 196/2000 de 4 de abril , 1888/2001 de 4 de febrero de 2002 , [SSTS 415/2006 de 18 de abril](#) , [771/2010 de 23 de septiembre](#) , [1322/2011 de 7 de diciembre](#))".

Consecuentemente, el motivo se estima, pues el contenido fáctico que contiene la sentencia, antes transcrito, no permite afirmar la existencia de coautoría en comisión por omisión de la recurrente, pues poseer la llave de la casa titularidad de su madre y habitar en otro domicilio cerca de esa casa, aunque conociera la existencia del cultivo por parte de la persona autorizada a residir en la misma, resulta insuficiente para atribuirle participación punible en el cultivo.

El motivo se estima, lo que conllevará la absolución de la recurrente.

Costas

QUINTO

De conformidad con el [art. 901 LECrim](#), las costas procesales, en caso de estimación del recurso se declararán de oficio; y en caso de desestimación, se impondrán a la parte recurrente.

FALLO

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

1.) Declarar haber lugar al recurso de casación formulado por la representación procesal de D^a Fermina, contra la sentencia número 304/2021, de 27 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Primera en el Recurso de Apelación 826/2021, que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 201/2021 de 4 de junio, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Castellón de la Plana en la causa Penal 403/2019, dimanante del PA 1224/2017 del Juzgado de Instrucción núm. 5 de Castellón; cuya resolución casamos y anulamos, en los términos que se precisarán en la segunda sentencia que a continuación se dicta; ello, con declaración de oficio de las costas originadas por su recurso.
2.) Declarar no haber lugar al recurso de casación formulado por la representación procesal de D^a Gracia contra la sentencia número 304/2021, de 27 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Primera en el Recurso de Apelación 826/2021, que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 201/2021 de 4 de junio, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Castellón de la Plana en la causa Penal 403/2019, dimanante del PA 1224/2017 del Juzgado de Instrucción núm. 5 de Castellón; ello con expresa imposición de las costas originadas por su recurso.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 7079/2021

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

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D.^a Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 11 de octubre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número 7079/2021, interpuesto por D^a Fermina representada por la Procuradora D^a Mónica Hidalgo Cubero bajo la dirección letrada D^a María Teresa Paredes Piris y D^a Gracia representada por la Procuradora D^a María Pilar Arnaiz Granda, bajo la dirección letrada de D^a Inmaculada Concepción Martín Sans, contra la sentencia número 304/2021, de 27 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Primera en el Recurso de Apelación 826/2021, que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 201/2021 de 4 de junio, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Castellón de la Plana en la causa Penal 403/2019, dimanante del PA 1224/2017 del Juzgado de Instrucción núm. 5 de Castellón; sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Interviene el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se suprime la alusión de Fermina por actuación de común acuerdo con Gracia, en el primer apartado de hechos probados consecuencia de indebida subsunción de su actividad en participación comisiva por omisión, para añadir un apartado con los hechos que entendió acreditados, antes de esa subsunción:

"La acusada Fermina se presentó ante los agentes de policía como la titular de la vivienda (les manifiesta que la casa es suya y en ella está viviendo Gracia), tenía las llaves de acceso a la misma con las que abrió la puerta a los agentes, firmó como titular de la vivienda el acta de entrega voluntaria de las diversas plantas de marihuana incautadas y residía a escasos metros de la vivienda donde se localizó la droga".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en diversos fundamentos de nuestra sentencia casacional, la acusada debe ser absuelta, al no resultar los hechos probados respecto de la misma.

Pronunciamiento que no resulta posible extender a la otra acusada, condenada por actos de cultivo o tenencia con destino a terceros de la marihuana, sin fundamentación en posición de garante alguna.

FALLO

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

1.) Absolvemos libremente a la acusada Fermina del delito contra la salud pública en relación con sustancia que no causa grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, de que venía acusada, con declaración de oficio de las costas causadas.

2.) Mantenemos íntegramente el pronunciamiento condenatorio en relación con D^a Gracia.

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

Así se acuerda y firma.