

Sentencia del Tribunal Supremo Español (Sala de lo Penal), de 10 de noviembre de 2021

CULTIVO CON FINES DE DISTRIBUCIÓN EN EL MARCO DE UN CLUB DE CANNABIS

La Sentencia del Tribunal Supremo Español 855/2021, de 10 de noviembre, se encarga de analizar el recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, del 7 de mayo de 2019, dictada contra tres individuos por un delito contra la salud pública.

Una relación sucinta de los hechos puede ser esta: dos de los procesados (junto con un tercero que no fue procesado) constituyeron una asociación de consumidores de marihuana, la cual fue registrada ante el Registro Autonómico de Asociaciones de la C.V. Unidad de Alicante. Dentro de los estatutos de esta asociación se dispusieron sus fines, los cuales no incluían ni la producción, ni la distribución del estupefaciente en cuestión, así como tampoco la provisión de un lugar para su consumo. Los dos fundadores de la asociación que fueron procesados se contactaron con un tercero (el tercer procesado) para llevar a cabo el cultivo de distintas variedades de cannabis en una finca rentada por el tercero. Se realizó la plantación y cultivo y, además, se suscribieron, con un número indeterminado de socios, unos documentos en los que se les proveería una cantidad anual de 720/750 gramos de cannabis a cambio de pagar una cuota de 5 euros. Posteriormente la policía intervino el inmueble en cuestión y procedió a la fiscalización de las matas, ramajes y cogollos. Por estos hechos los tres individuos en cuestión fueron condenados por un delito contra la salud pública y absueltos del delito de pertenencia a grupo criminal.

Dicha sentencia condenatoria fue objeto de un recurso de casación por la defensa de los tres procesados por infracción de ley y de precepto constitucional. El recurso presentó cuarenta y dos (42) motivos de casación, que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en aras de garantizar la economía procesal y evitar repeticiones innecesarias, abordó en diecinueve (19) consideraciones. Los motivos de casación y las consideraciones abordaron un espectro amplio de temas relevantes a la luz del estudio del Derecho Penal. Sin embargo, en el presente análisis no es posible abordarlas todas, por lo que se hará énfasis en aquellas más llamaron la atención del autor de estas líneas.

1. CONSUMO COMPARTIDO

Los recurrentes alegaron que se había constituido un consumo compartido, el cual, según la doctrina del Tribunal Supremo español, no da lugar a un comportamiento penalmente censurable. Para estructurar el consumo compartido, se requiere (i)

que no haya contraprestación por la sustancia, (ii) que el proveedor también consume en ese momento y (iii) que no se difunda la droga al público (BONET ESTEVA, M. 1999: *La víctima del delito. La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto*. Madrid: Ed. McGraw-Hill, 151-152). Este último elemento es el que brilla por su ausencia, en la medida que, como lo señala la providencia comentada, el comportamiento de los procesados (un sistema de cultivo, acopio o adquisición de marihuana de considerables proporciones con la finalidad de entregarla a terceros) constituyó un riesgo para la difusión del estupefaciente hacia aquellos individuos ajenos al círculo de los socios. En la actividad probatoria se estableció la posibilidad de que el número de personas que recibían cannabis (en calidad de socios) era entre noventa (90) y cien (100) personas (frente a sesenta y tres [63] socios registrados), lo cual denota que la asociación no tenía determinado, realmente, el número de socios a los que se les proveía la droga y, por ende, no era posible asegurar que la actividad de distribución fuese cerrada y bajo control de los procesados, y que se estuviese salvaguardando la salud pública. Por el contrario, se constituyó un riesgo no controlado de difusión de la sustancia estupefaciente en cuestión.

Por tal motivo, el tribunal desestimó esta pretensión del recurso.

2. ERROR DE PROHIBICIÓN

Los recurrentes alegaron un error en su actuar, planteándolo como error de tipo (anteriormente conocido como error de hecho) y, en subsidio, un error de prohibición (error que se conoció en un momento como error de derecho), este último de naturaleza invencible.

El Tribunal, para abordar esta censura, explica la diferencia de los dos errores. El error de tipo consiste cuando el individuo cree, erradamente, que en su conducta no concurre un elemento constitutivo del respectivo tipo penal (como cuando el cazador dispara contra en un bosque pensando que apunta hacia un animal y termina matando a un ser humano), error que neutraliza o desvirtúa al dolo y permite, en caso de ser vencible, imputar la modalidad culposa o imprudente en el evento que el tipo penal consagre tal modalidad de conducta. Por su parte, el error de prohibición consiste en que el individuo sabe lo que está haciendo, pero piensa, erróneamente, que su comportamiento no es ilícito, afectando así su conciencia de antijuridicidad y, por ende, la categoría dogmática de la culpabilidad, desembocando en la exclusión (en caso de ser un error invencible) o en la atenuación (si es error vencible) de la responsabilidad penal.

En el caso de marras, el Tribunal señala que lo planteado por los recurrentes hace que la discusión realmente sobre la existencia (o no) de un error sea exclusivamente en materia de prohibición. El procesado que alquiló el inmueble en cuestión alegó que tenía la creencia de que si la actividad de siembra era realizada en el contexto de una asociación de consumidores no era antijurídica. Dicha creencia, señala el recurso, se fundamentaba en hechos como que la existencia de la plantación era conocida por el Ayuntamiento; hubo visita de técnicos municipales que supervisaron las obras de

adaptación, y que el procesado, cuando llegó la policía, les permitió la entrada pacíficamente y reconoció que el cultivo pertenecía a la asociación.

El tribunal de casación descarta un error de prohibición invencible, en la medida que existía una obligación, en cabeza de los procesados, de cerciorarse bien sobre la viabilidad legal del proyecto de siembra, de ahí que confiar simplemente en la absolución en determinados casos conocidos por la justicia por hechos similares se constituye en una actitud poco prudente. Además, los mismos estatutos de la asociación omitieron incluir, dentro de sus actividades, la actividad de siembra, lo que sugiere un ocultamiento, el cual puede verse como un indicador de que los procesados albergaban una sospecha sobre la legalidad de ese comportamiento en particular.

Así, el Tribunal Supremo desestima la pretensión de reconocer un error de prohibición invencible, optando más bien por reconocerlo en su modalidad vencible.

3. ATENUACIÓN POR CONFESIÓN

El recurso alega que se debió reconocer la atenuación por confesión, en la medida que el procesado encargado de la siembra permitió la entrada y acceso de los agentes a la plantación; explicó que esta pertenecía a la asociación, y facilitó la investigación, suministrando información sobre las características de la plantación y la identificación de los otros dos procesados, quienes prestaron declaración voluntaria, avalando la versión del primero.

La providencia aquí comentada señala que la atenuación por confesión se fundamenta, lejos de consideraciones relacionadas con el arrepentimiento, en razones prácticas de política criminal: se ahorran esfuerzos de investigación y facilita la instrucción de la causa, es decir, se hace una colaboración relevante para la justicia.

En el presente caso no se reconoce la atenuación, en la medida que el encargado de la siembra aportó la información en un momento en que ya no existía la posibilidad de ocultar la infracción ante su descubrimiento inevitable por parte de las autoridades. Por su parte, los otros dos procesados aportaron la información cuando fueron detenidos y el cultivo ya había sido descubierto. Todo esto hizo que cualquier posibilidad de colaboración efectiva quedase deshecha. Aunado a lo anterior, los procesados no reconocieron la vigencia de la norma (elemento inherente a la institución de la confesión), sino todo lo contrario, sin perjuicio de que fueron precisamente sus manifestaciones los pilares para la estructuración del error de prohibición vencible.

4. TENTATIVA DEL DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA

El recurso impetrado pretendía que se reconociese que no había habido un delito perfecto contra la salud pública relacionado con estupefacientes, sino que había tenido

lugar el dispositivo amplificador de la tentativa (delito imperfecto), en la medida que «al haberse pesado de forma conjunta hojas no unidas a las inflorescencias y por tanto no sometidas a fiscalización, se desconoce la cantidad de sumidades floridas y hojas anexas a la planta de cannabis que se han pesado, que son las fiscalizadas».

El tribunal de casación señala que el tipo penal del artículo 368 del Código Penal español se encarga de castigar todas las fases del negocio de las drogas ilícitas, desde el cultivo hasta la posesión con fines de difusión. Esta concepción lleva a que el delito contra la salud pública se conciba como delito de peligro abstracto, en el cual la estructuración de la tentativa es extremadamente difícil, ya que casi cualquier comportamiento de favorecimiento o facilitación encajaría en las modalidades típicas dispuestas en la legislación penal. En el presente caso no solo se había iniciado ya con el cultivo, sino que también ya se tenía parte de sus frutos, concretamente unos cogollos que ya se encontraban expuestos al proceso de secado. Esto quiere decir que el cultivo ya se encontraba en condiciones de servir a su finalidad (extracción de productos naturales necesarios para la obtención de su fruto), momento a partir del cual se puede predicar la consumación del delito contra la salud pública, descartándose la posibilidad de aplicar la tentativa.

Esta situación es parecida a la del lavado de activos o blanqueo de capitales. Este delito es concebido por el derecho penal como un proceso [VARGAS LOZANO, R. y RUIZ LÓPEZ, C. E. 2017: «El delito de lavado de activos en Colombia». En Á. Vargas y R. Vargas Lozano (comps.): *El lavado de activos y la persecución de bienes de origen ilícito*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 31], en el que todas sus fases son castigadas, por lo que se conciben, como modalidades típicas, comportamientos que en otros casos serían actos ejecutivos o preparatorios.

5. CONDICIÓN DE ADICCIÓN DE LOS PROCESADOS

La casación en cuestión señaló que debía haberse reconocido que este era un caso de delincuencia funcional inherente a unas personas con un largo historial de adicción a las drogas, que tiene como única meta proveerse de nuevos consumos inmediatos.

La presente providencia pone de presente que el consumo de estupefacientes, aun en los casos en que sea habitual, no permite, per se, la aplicación de la atenuación. Debe analizarse si dicha condición, en el caso concreto, afecta las esferas volitivas e intelectivas del sujeto activo del delito, dando lugar a una posible situación de inimputabilidad, que dé lugar a la exclusión o la atenuación de la responsabilidad penal.

En el presente caso no se discute ni que los procesados tienen un historial de consumo de cannabis, ni que la actividad por la que han sido llevados a juicio les permitiese abastecerse de marihuana. Sin embargo, no hubo una compulsión que condujese hacia la viabilidad de un consumo a corto plazo que fuese el detonante de

su actuar. Por el contrario, el hecho de que hubiese una actividad planificada, dirigida a una distribución organizada e institucionalizada es incompatible con una alteración de facultades, la cual es fundamental para poder desquiciar (así sea parcialmente) la responsabilidad penal.

Esta consideración en particular recuerda un pronunciamiento de la jurisprudencia colombiana. La Corte Suprema de Justicia de Colombia manifestó que la condición de adicto no exonera al expendedor de estupefacientes, ya que estamos en presencia de dos situaciones claramente distinguibles: por un lado, la condición de adicto, que escapa a la competencia del derecho penal; por otro lado, el porte de estupefacientes con destino al tráfico, el cual debe ser castigado penalmente, en virtud al desbordamiento de la situación de la esfera personal y la lesión al bien jurídico tutelado (la salud pública). Así, no se puede cohonestar la idea de que la enfermedad sea una pantalla para delinquir: bajo el supuesto de portar dosis destinadas al consumo personal, también queden amparadas las cantidades que están destinadas a la comercialización (Sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema Justicia de Colombia, de 6 de abril 2016, radicación 43512, M. P.: Eugenio Fernández Carlier).

Diego Mauricio MONTOYA VACADÍEZ
Redactor en Derecho Penal de Legis Editores y director de la revista *Derecho Penal Contemporáneo* de la misma casa editorial
Profesor de Derecho Penal de la Universidad del Rosario
y de la Universidad La Gran Colombia
Diego.Montoya@legis.com.co