

ALGUNOS ASPECTOS DOGMÁTICOS DE LOS ARTÍCULOS 32, 33 Y 34 DE LA LEY 30 DE 1986

Dr. GUSTAVO A. VILLANUEVA GARRIDO *

1. INTRODUCCIÓN

Pretendemos con estas notas plantear algunos problemas que, en el campo de la dogmática, se presentan al momento de dar aplicación al capítulo V del Estatuto de Estupefacientes (ley 30 de 1986), y que, en esencia, se refiere al tráfico de estupefacientes. Problemas que se revelan no solo en el campo de la tipicidad sino también en el de la antijuridicidad e, inclusive, en el terreno de la culpabilidad, cuando no pocas veces se ve involucrado más de uno de estos elementos que estructuran el delito. Nuestro legislador, en su comprensible afán de reprimir todas las conductas que se relacionen de una u otra manera con el narcotráfico, acude a mecanismos poco ortodoxos o que, por lo menos, representan un alto costo institucional, al atentar contra preclaros principios —o al desconocerlos— consagrados en nuestro ordenamiento penal, como son la exacta determinación de los tipos prohibitivos, el principio de lesividad, el de ejecutoriedad y el de culpabilidad. Todos ellos consagrados en nuestra Constitución y que hacen parte del indeclinable principio de legalidad de los delitos y de las penas, y que no por estar los delitos a que se refiere el mencionado capítulo V destinados a reprimir un flagelo que consume nuestra sociedad, cual es el tráfico de alucinógenos, se puede permitir que, con base en tal consideración, se abroguen garantías conquistadas en arduas y largas luchas de la humanidad y que están llamadas a brindar una barrera de protección de la persona ante el poder omnímodo del Estado. Es que no por tratarse de un acusado de narcotráfico se le pueden esquilmar los derechos que la ley consagra en favor de todo sujeto pasivo de la acción penal, sin que le sea dable al juzgador hacer discriminaciones que la Constitución ni la ley consagran, ni podrían consagrar, si se pretende ser respetuoso del Estado de Derecho. Los cuestionamientos que se expondrán son solo algunos de los que afloran cuando de la aplicación de la ley 30 de 1986 se trata, específicamente en lo relativo a los delitos, sin que se pretenda con ello agotar el tema y, mucho menos, profundizar en ellos, pues se trata solo de esbozar algunas soluciones a los mismos. Y, más que soluciones, lo que busca este trabajo es plantear algunos interrogantes que contribuirán a que

* Juez Único Especializado de Ibagué (Tolima).

la discusión continúe y los jueces dejemos de ser simples convidados de piedra en la aplicación de las normas penales y nos convirtamos en sus legítimos intérpretes, siempre en busca de la anhelada justicia que es, en principio y en últimas, el faro que debe iluminar la actividad del juez.

2. GENERALIDADES

Comencemos por señalar que la mayoría de los delitos contemplados en el capítulo V del Estatuto Nacional de Estupefacientes son normas en blanco, en tanto se refieren a drogas que producen dependencia, cuyo complemento se reglamenta administrativamente por el Consejo Nacional de Estupefacientes en colaboración con el Ministerio de Salud, remisión que además de causar perplejidad en el juez, al dificultarle su tarea de juzgamiento, crea incertidumbre en los destinatarios de la norma al no conocer precisamente cuáles sustancias están prohibidas en su conservación, distribución y porte, lo que, a la postre, crea una especie de relativa indeterminación que vulnera el principio de tipicidad consagrado en el art. 3° del C. P., en cuanto le exige al legislador la definición inequívoca del hecho punible. Y es innegable que la "compatibilidad de esta técnica con las exigencias de determinación precisa del comportamiento prohibido que impone el artículo 25.1 de la Constitución es altamente dudosa"¹.

Además de normas penales en blanco, los contemplados en los arts. 32, 33 y 34 del E. N. E. son tipos de formulación casuista, compuestos de conducta alternativa que, por la multiplicidad de verbos rectores, generan la posibilidad de que algunos de ellos requieran para su ejecución la presencia de otros, tal como acontecería en la venta de estupefacientes que presupone no solo su adquisición sino también, la mayoría de las veces, conservarlos, llevarlos consigo, ofrecerlos y, por último, suministrarlos.

3. CONCURSO DE HECHOS PUNIBLES

Consideramos que lo anotado precedentemente no significa, en manera alguna, que cuando un mismo sujeto activo realiza varias de las conductas tipificadas en el art. 33 del E. N. E., por ejemplo, se presente el fenómeno del concurso delictual. Si esto se aceptara se estaría violando el principio universal *non bis in idem*.

Piénsese no más en el caso de un expendedor que, en primer lugar, "lleva consigo" el estupefaciente, lo ofrece al potencial cliente, posteriormente lo vende y, por último, se lo "suministra". No porque la conducta del agente quede comprendida en cuatro de los verbos alternativos contemplados en el señalado artículo, se puede afirmar que con varias "acciones" violó "varias veces la misma disposición penal".

¹ ENRIQUE BACIGALUPO, "Problemas dogmáticos del delito de tráfico ilegal de drogas", en *Derecho Penal y Criminología*, núms. 27 y 28, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, Sep.-Dic. y Ene.-Abril 86, pág. 196.

Esto es improcedente predicarlo porque, como se dijo, muchas de las conductas son secuelas de la anterior. Vale decir, para expender un producto es menester exhibirlo y esto implica llevarlo consigo, conservarlo, ofrecerlo, y finalmente entregarlo después de la venta, esto sin tener en cuenta que primero debió adquirirlo; y si la ejecución de algunos de los verbos rectores *requiere necesariamente* la ejecución de otros, ¿cómo podría hablarse del concurso de hechos punibles en estos casos?

Ya nuestro máximo tribunal de justicia, en sentencia de septiembre 2 de 1986, con ponencia del magistrado LISANDRO MARTÍNEZ ZÚÑIGA, había descartado el concurso en estos eventos al señalar que "... en los supuestos de unidad de sujeto activo, cuando este realiza varios (se refiere a los verbos rectores alternativos) no se presenta el fenómeno del concurso delictual. El legislador supone varias hipótesis, pero de coexistir ellas, se conforma solamente un hecho punible cuando hay unidad de sujeto activo".

Lo señalado no significa que en el campo punitivo debe tener el mismo tratamiento el agente que realiza varias de las conductas alternativas que aquel que ejecuta una sola, pues el primero requiere una penalidad mayor; así como tampoco se puede penalizar en igual forma el hecho de vender, suministrar o elaborar sustancias estupefacientes que el de llevarlas consigo, conservarlas o adquirirlas, pues es incuestionable que aquel es mucho más grave que éste, lo cual debe reflejarse al momento de imponer la sanción, sin exceder los límites fijados por la ley².

Un caso que suscita mayor controversia es aquel en que el sujeto activo vende a un mismo consumidor, dentro de un mismo contexto de acción, aunque no simultáneamente, varias porciones de estupefacientes.

Tal es el evento en que en un establecimiento destinado al uso de estupefacientes, un adicto que allí consume la droga acude al mismo vendedor, en una sola sesión, con el fin de adquirirla cada vez que se le agota su dosis, y así seguirla consumiendo. ¿Podría afirmarse acertadamente que cada vez que el expendedor suministra una papeleta para que el vicioso la consuma, en su casa, esa misma noche, estaría infringiendo varias veces la misma disposición penal o que se trata de un solo delito, ejecutado fraccionadamente?

Nótese que en el ejemplo propuesto el agente bien pudo haberle vendido de una sola vez las varias dosis que, en el establecimiento del expendedor, consume el narcodependiente pero, por voluntad de este, tal venta se efectuó en distintos actos, "es decir, el resultado final o total habría podido obtenerse también por una acción simple, prácticamente con un solo acto", lo que revela que la ejecución mediante actos parciales es solo un modo de realización del mismo punible.

Si lo anterior es así, no resulta aventurado y sí muy práctico acudir al concepto de la "unidad natural de acción" para afirmar que en el citado caso se está en presencia de un delito unitario, en el cual no se requiere conocer cuántas ventas

² CARLOS JARAMILLO RESTREPO, "Algunas consideraciones en torno a los delitos consagrados por la ley 30 de 1986", en *Comentarios al Estatuto Nacional de Estupefacientes*, Bogotá-Medellín, Edit. Temis-Colegas, 1988, pág. 12.

efectuó el expendedor, si se sabe con precisión que todas se subsumen en el resultado final y común que pretendía el agente³.

La unidad delictual es procedente sostenerla, inclusive en las lesiones personales, así no existiera la figura de la "unidad punitiva" consagrada en el art. 327 de nuestro estatuto penal, cuando toda la acción se desenvuelve dentro de un mismo contexto temporoespacial como acontece, por ejemplo, cuando un expendedor vende varias porciones de estupefacientes, sin mayor solución de continuidad y dentro de un mismo contexto de acción, a un mismo drogadicto. El hecho de que el comprador pague individual o separadamente cada una de las papeletas de droga que compra, no nos permitiría afirmar la presencia de varios delitos por cada una de las porciones que suministre el expendedor. Consideramos que si bien cada venta, en el ejemplo propuesto, podría tomarse, objetivamente hablando, como un acto ejecutivo consumatorio, también es, al mismo tiempo, solo una parte de la consumación que se desarrolla dentro de la llamada unidad de contexto, que, con todo, debe ser objeto de una única valoración.

Pudiera pensarse que con la anterior posición se pretende revivir el fenómeno del "delito continuado", que si bien es cierto desapareció de nuestra normatividad jurídica, también es innegable que en muchas y variadas ocasiones los hechos nos enseñan que determinadas figuras delictuales no están contempladas en las situaciones concursales del art. 26, pues en realidad se trata de acciones naturales únicas que no por el hecho de estar fraccionadas pierden su totalidad y su carácter de delito unitario.

Lo contrario, es decir, aceptar la tesis de la concurrencia de delitos, conduciría a indagaciones inútiles y análisis fragmentarios que llevarían muchas veces a la impunidad por las dificultades probatorias que envuelve el demostrar cada uno de los actos en que se desarrolló el hecho⁴.

En esta misma línea de exposición estimamos que no es un exabrupto, y sí discutible, acudir al concepto de delito-masa en aquellos casos en que son varios, anónimos e indeterminados los sujetos pasivos de algún expendedor de sicotrópicos⁵. Mírese solamente el caso, nada extraño, de quien atiende un bar y en una misma noche vende papeletas de basuco a las decenas de viciosos que acuden allí en busca del alcaloide, ya sea para llevarlo y consumirlo en otro lado o para agotarlo allí mismo⁶.

Para nadie es un secreto la dificultad, por no decir la imposibilidad, en que se encuentra el juez cada vez que se quiere determinar el sujeto pasivo de un delito

³ J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, 1ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 47 y 55.

⁴ Ídem, pág. 566.

⁵ JAIME CAMACHO FLÓREZ, citado por AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN, "Comentario Jurisprudencia", en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 31, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, Enero/Abril/87, pág. 133.

⁶ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, ob. cit., pág. 586.

de narcotráfico, dificultad que se acrecienta cuanto más numerosa sea la cantidad de ofendidos, circunstancias que influye sustancialmente no solo al momento de fijar los daños y perjuicios que se hayan podido ocasionar con la infracción, sino para efectos de establecer la procedencia del concurso de hechos punibles, el que implica la ineludible obligación de determinar la víctima en cada uno de los delitos y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se ejecutó.

No vemos por qué, en caso de que se presenten estos fenómenos —nada insólitos en la práctica judicial— como, por ejemplo, en las estafas o fraudes colectivos, no se pueda acudir a este tipo de mecanismos, habida cuenta, además, de que no se halla prohibido por la ley y que no es patrimonio exclusivo de los delitos que protegen intereses económicos⁷.

Por otra parte nada obsta, en cambio, para que se configure el concurso de hechos punibles cuando el propietario de un inmueble autorice o tolere en él el uso de estupefacientes y, a la vez, sea el que los venda, pues con sus acciones, separables natural y jurídicamente, está violando varios dispositivos penales.

4. AUTORÍA Y COMPLICIDAD

Si bien cualquier persona puede ser autora de las distintas conductas tipificadas en los arts. 32 y 33 de la ley 30 de 1986, no se puede afirmar lo mismo respecto del tipo contemplado en el art. 34 de la misma normatividad.

Esta disposición sanciona, en primer lugar, al que *destine* ilícitamente bien mueble o inmueble para que en él se elaboren, almacenen, vendan o usen algunas de las drogas que producen dependencia.

Si *destinar* es "ordenar o determinar una cosa para algún fin o efecto", es claro que esto no lo pueda hacer sino aquel que tiene algún poder, de hecho o de derecho, para señalarles un rumbo a las cosas. Con ello, solo podría ser sujeto activo de este punible, en lo que se refiere al destino y la autorización, quien tiene "carácter de propietario, poseedor, tenedor, arrendatario" o depositario con respecto a un bien mueble o inmueble para que en él se use, elabore, almacene, transporte o venda droga adictiva. Esta es la razón por la que, por ejemplo, un celador, un trabajador o un jornalero no podrían responder como autores en el punible que se comenta, por cuanto no tienen el poder de disposición sobre el bien; pero nada impide que su participación en el hecho se desarrolle a título de cómplices si contribuyeron o, en cumplimiento de promesa anterior, prestaron una ayuda posterior a la realización del hecho punible⁸.

5. TENTATIVA

En lo referente a este dispositivo amplificador del tipo, la cuestión no se presenta tan clara cuando de la ejecución de alguna de las conductas tipificadas en los arts. 32 y 33 del E. N. E. se trata.

⁷ AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN, ob. cit., pág. 132.

⁸ YESID RAMÍREZ BASTIDAS "Acotaciones jurídicas al Estatuto Nacional de Estupefacientes", en *Comentarios al Estatuto Nacional de Estupefacientes*, Bogotá-Medellín, Edit. Temis-Colegas, 1988, pág. 117.

Se afirma que los delitos contemplados en el capítulo V del E. N. E. son de mera conducta y que, como tales, no admiten la tentativa, pero ya nuestro máximo tribunal de justicia ha recogido esta clasificación de delitos formales y materiales para reemplazarla por la de delitos unisubsistentes, en los cuales basta un acto único para su perfeccionamiento; y plurisubsistentes cuando se requieren varios actos para su consumación. Es decir, mientras el delito pueda desmembrarse cronológicamente y el *iter criminis* sea susceptible de ser desarrollado temporalmente, es ontológicamente posible la tentativa cuando aquel se queda a mitad del camino por una causa ajena a la voluntad del agente.

Y por esto estimamos que asiste razón al Dr. ANDRÉS NANCLARES ARANGO cuando manifiesta que nada impide afirmar que el punible contemplado en el art. 32 de la ley 30 de 1986, en lo que hace relación al cultivo de plantas que produzcan dependencia, admite el grado imperfecto de la tentativa.

En efecto, si cultivar es, como lo define el Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS, “la actividad enderezada a conseguir un apropiado desarrollo de la planta, que puede producir, por sí o por medio de un tratamiento químico, sustancia generadora de dependencia psíquica o física”, fácil es inferir que esta es una actividad factible de desmembrar cronológicamente, esto es, son varias las etapas que se requieren para su consumación, pues el cultivo implica, en primer lugar, la preparación del terreno, la siembra de la semilla, el abono de la tierra, todo con el fin de cultivar plantas de las cuales puedan extraerse sustancias que produzcan adicción. Si esto es así, se requiere el agotamiento de todo el *iter criminis* para que pueda pregonarse la consumación en el cultivo de este tipo de plantas.

Pero si este camino criminoso se interrumpe, por ejemplo, en la siembra, por razones ajenas a la voluntad del agente, el delito se quedó en la etapa ejecutiva y no alcanzó su consumación ya que todavía no existe un cultivo, que es lo que tipifica como delito el art. 32, y no la siembra, que es una fase previa a aquel. Bien lo afirma el Dr. NANCLARES ARANGO cuando señala que imputar la acción de cultivar a un agente cuando apenas ha iniciado la ejecución del hecho punible es “violiar el principio de legalidad”⁹.

No ocurre lo mismo con la conservación de plantaciones de este tipo, pues se trata de una conducta simple, unisubsistente; esto es, se conserva, sin fases intermedias; la acción se inicia y termina con la conservación, lo que de por sí consuma el hecho, por lo que no admite el grado de tentativa. Vale decir, no puede haber conato de conservación.

En donde se presenta alguna controversia es en lo referente a si el expendio o el suministro de sustancias estupefacientes es susceptible de la imperfección delictual de que trata el art. 22 del C. P. Hay quienes sostienen que mientras tales conductas sean actos complejos, “fraccionables, escalonados y el tráfico sea el propósito final del autor, admiten este dispositivo amplificador del tipo”; no siendo procedente, en consecuencia, asimilar la tentativa de expendio al acto de portar

⁹ ANDRÉS NANCLARES ARANGO, “La tentativa en el artículo 32 de la ley 30 de 1986”, en *Comentarios al Estatuto Nacional de Estupefacientes*, Bogotá-Medellín, Edit. Temis-Colegas, 1988, págs. 42 y 43.

o conservar la droga, porque de “quien intenta vender no se puede decir con exacta propiedad y propia exactitud que portaba (para el consumo) o que simplemente conservaba, transportaba o almacenaba”; ni se puede comprender “como acto jurídico existencial de conservar, almacenar o transportar, sin forzar el sentido natural de las palabras”; o que de “quien es descubierto en actos ejecutivos de expendio que no pudo concluir, se pueda señalar que lo que estaba haciendo no era intentando suministrar el alucinógeno sino conservándolo, portándolo, almacenándolo o transportándolo”¹⁰.

Por otro lado, los hay que afirman que por ser los contemplados en el art. 33 de la ley 30 de 1986 delitos de mera conducta, “de los que llaman de consumación anticipada”, se perfeccionan con una cualquiera de las conductas y “resulta laxa la interpretación que consagra el conato buscando la dirección final de la voluntad del agente cuando la mera conducta tipifica el delito”¹¹.

Consideramos que si bien la conducta de suministrar o expender acepta ontológicamente, en cuanto se debe recorrer un *iter criminis*, la posibilidad de la tentativa, esta no tiene cabida en nuestra legislación positiva, en lo que al art. 33 se refiere, por cuanto el conato de expendio implica el llevar consigo la mercancía, o por lo menos ofrecerla, lo que de por sí consuma el hecho tipificado en la mencionada norma.

En cualquiera de estos casos, es decir en el porte, en el ofrecimiento, e ineludiblemente en la venta y el suministro, el agente debe estar movido del ánimo de tráfico que es, en realidad, lo que sanciona el E. N. E. y aquel se halla tanto en el conato de expendio como en la acción de ofrecer o llevar consigo.

Por consiguiente, si lo que el autor pretendía era expender estupefacientes y esto se quedó en la etapa ejecutiva, también se puede predicar que este mismo ánimo lo acompañaba al llevarlo consigo u ofrecerlo para tal efecto; por lo que no descartándose en ninguna de estas conductas la intención ilícita, es factible señalar que, en uno u otro caso, su propósito era atentar contra el bien jurídico protegido por la ley 30 de 1986, ya que en realidad el legislador no hizo más que anticipar su consumación al tipificar una serie de conductas alternativas, con el fin de abarcar cualquier clase de comportamiento relacionado con el narcotráfico y así evitar su impunidad.

En conclusión: con el solo hecho de que el agente conserve, transporte, lleve consigo u ofrezca estupefacientes queda consumado el hecho punible así, al final, su propósito, que era el de vender, se haya truncado, por circunstancias ajenas a su voluntad. No es ilógico afirmar que este conato de suministro nada quita ni pone al tipo, si el mismo ya se hallaba perfeccionado por las conductas alternativas anteriores. Lo anotado no impide advertir el peligro que para un derecho penal democrático y liberal significa la consagración como punibles de actos simplemente preparatorios a través del mecanismo de la consumación anticipada, dejando de

¹⁰ TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, ponente: JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA.

¹¹ TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, ponente: JAIME TABORDA PEREAÑEZ, noviembre 24 de 1979.

lado el principio de que la acción para que sea típica debe, por lo menos, haber comenzado a ejecutarse, tal como lo exige el art. 22 del Código de Penas¹².

6. ANTIJURIDICIDAD

No obstante considerarse por la mayoría de la doctrina que los delitos tipificados en el E. N. E. son de los que se ha dado en llamar de peligro abstracto o presunto, esta calidad no suprime la caracterización de antijurídico y culpable que debe tener todo tipo para que sea punible. El trípode que sostiene el delito es ineludible en absolutamente todos los casos.

Por más que se califique a un delito como de peligro abstracto, esto no puede desconocer ni abrogar el principio de lesividad que se halla inserto en el concepto de antijuridicidad en tanto dispone que “para que una conducta típica sea punible se requiere que *lesione o ponga en peligro*, sin justa causa, el interés jurídico tutelado en la ley”¹³. Es decir, de acuerdo con la disposición del art. 4° del C. P., norma rectora que, como tal, tiene carácter obligatorio y vinculante en tanto debe ser obedecida, respetada y cumplida por los juzgadores, no basta la simple relación de contradicción entre la conducta humana y el ordenamiento positivo para que se la pueda calificar de antijurídica, pues es ineludible que esa contradicción produzca daño a las personas o a las cosas o, por lo menos, que tenga la posibilidad o potencialidad de producirlo. Esto es que el juez, además de establecer la tipicidad del comportamiento, debe verificar la lesividad del mismo, ya que si no ocasionó daño alguno, si la acción no tenía siquiera la posibilidad de ocasionarlo, “no hay por qué avanzar en el examen analítico de esa conducta por que allí se agota la posibilidad de existencia de un hecho punible en virtud de la ausencia total de antijuridicidad”¹⁴.

Es que si la ley erige en delito ciertos hechos solo en la medida en que representan un ataque de alguna importancia para el bien jurídico tutelado¹⁵, no es acertado y, en cambio, sí riesgoso afirmar que en los delitos de peligro indirecto o abstracto se “presume de modo absoluto la posibilidad de un daño para el bien jurídicamente tutelado y no solo no requieren, sino que, por el contrario, excluyen cualquier indagación sobre si se da o no la probabilidad de peligro o lesión de este”¹⁶. Esta posición implica el total abandono del principio de lesividad.

Con este prenotado jurídico y aunque la ley 30 de 1986 no señale por parte alguna el bien que se pretende tutelar, al consagrar como delitos las conductas

tipificadas en su capítulo v¹⁷, se presume que lo que allí se protege es la salubridad pública¹⁸ y esta, es bueno aclararlo desde ahora, se lesiona o pone en peligro cuando se atenta contra un número plural de personas, más de uno; peligro que en todo caso debe ser probable, actual o inminente o, por lo menos, posible y no deletéreo, y mucho menos presunto, porque este mecanismo daría lugar a la creación de “tipos sin lesión y sin peligro”¹⁹ que repugnan a un derecho penal liberal, pues por esta vía sería expedito llegar a la punición de actos inocuos o socialmente adecuados, además de que las presunciones llevan la impronta de la responsabilidad objetiva, proscrita de nuestro régimen penal.

Lo anterior para significar que en ningún caso, si se quiere respetar al principio de legalidad, se puede condenar como narcotraficante a un adicto por el solo hecho de que lleve consigo, conserve, porte o adquiera estupefaciente en cantidad mayor a la dosis personal cuando se halle descartado todo peligro para el bien jurídico tutelado.

Es que, reitérase, el hecho de que los arts. 32, 33 y 34 de la ley 30 de 1986 no contengan mención alguna del peligro, es decir “no subordinen la ilicitud de la conducta a la existencia de un riesgo para el bien jurídico tutelado”²⁰, así este sea la salud pública, no quiere decir que “no se deba indagar sobre la antijuridicidad material que, contenida en la parte general, actúa como disposición complementadora de los tipos de la parte especial y, como norma rectora que es, de obligatorio e ineludible acatamiento”²¹.

Supóngase el caso de un vicioso que es sorprendido con 5 gramos de basuco en su casa, alcaloide que conserva para su exclusivo consumo. ¿Sería legal y justo argumentar que como el art. 33 del E. N. E. tipifica un delito de peligro abstracto y la sustancia incautada supera el gramo de dosis personal que contempla el literal “j” del art. 2° de dicha normatividad, el adicto infringió el E. N. E.? ¿Qué su comportamiento fue típico, antijurídico y culpable y por tanto reprochable?

Si el bien jurídico protegido por la ley 30 de 1986 es la salud pública, cabe preguntarse en qué momento este narcodependiente atentó o puso en peligro el interés jurídicamente tutelado, si se halla descartado todo ánimo de tráfico y plenamente demostrada la conservación del sicotrópico para su consumo. ¿Cómo podría afirmarse que este sujeto obró antijurídicamente si su acción no se concretó en un daño o en un peligro para la salubridad pública? ¿Qué bien o interés público resultaba lesionado con su comportamiento?

Por otro lado, además, debe tenerse en cuenta el aspecto finalístico de la conducta: satisfacer su vicio. Así las cosas y al faltar uno de los elementos que estructuran el delito, esto es, la antijuridicidad, mal podría predicarse la responsabilidad delictual en el caso que se analizó: *nullum crimen sine iniuria*. Estimamos que el pretender deducir la calidad de narcotraficante de un sujeto de parámetros pura y exclusiva-

¹² J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 351.

¹³ FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*, parte general, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1986, pág. 178.

¹⁴ FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, “Principios rectores y culpabilidad”, *Conferencias sobre el nuevo Código Penal colombiano*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1981, pág. 14.

¹⁵ J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, ob. cit., 2ª ed., pág. 412.

¹⁶ C. S. J., Sala Penal septiembre 22 de 1982, magistrado ponente: LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO.

¹⁷ CARLOS JARAMILLO RESTREPO, ob. cit., pág. 8.

¹⁸ LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho penal*, t. III, Bogotá, Edit. Temis, 1984, pág. 522.

¹⁹ BELING, citado por ENRIQUE BACIGALUPO, ob. cit., pág. 202.

²⁰ LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, Jurisprudencia citada.

²¹ J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, ob. cit., pág. 340.

mente cuantitativos o materiales es revivir la proscrita figura de la responsabilidad objetiva, y además desconocer el hecho cierto de que el toxicómano "ante el temor del síndrome de abstinencia o lo peligroso e inestable del mercado se procura unas mayores provisiones y reservas para consumo propio"²², lo que, *per se*, no lo convierte en delincuente.

Ahora bien: si la salud pública solo se afecta con los actos de circulación de los estupefacientes entre el público y si la clara y objetiva finalidad del E. N. E. es combatir con graves penas a quienes se dedican al tráfico de estas sustancias, ¿con qué fundamento, distinto del de la responsabilidad objetiva, se sanciona a los consumidores no traficantes por el hecho del porte, la conservación o la adquisición de "dosis superiores" con el fin de consumo, como si se tratara de narcotraficantes?

Insistimos en que lo que determina el carácter delictivo de la tenencia es su preordenación para el tráfico. De esta manera la diferencia entre el comportamiento delictivo y el no punible se sitúa en el tipo subjetivo.

Conclúyese que en el evento de "dosis superiores", en que el ánimo de tráfico esté probatoriamente descartado, la conducta puede perder el carácter de punible no solo por ausencia de antijuridicidad, en caso de que falte la lesividad de la acción, sino porque no se puede prescindir del elemento subjetivo o psicológico de la infracción cuando de este se desecha el *animus delinquendi*. Obrar de otra manera "comportaría una presunción de autoría (como lo pretenden los delitos de peligro abstracto) contraria al derecho penal de culpabilidad"²³.

En el entendimiento de que la delimitación del bien jurídico o interés legalmente tutelado permite efectuar la concreción del injusto y es esencial en la estructuración del hecho punible, es preciso anotar que la salud pública, como bien jurídico protegido por el E. N. E., genera algunos problemas dogmáticos al momento de la configuración del punible.

Si para que se configure atentado contra el interés resguardado por la ley 30 de 1986 es necesario lesionar o poner en peligro la salud pública, es decir, de un número plural de personas, más de una en todo caso, ¿sería factible pregonar que es antijurídica la conducta de quien suministra estupefacientes a una sola y exclusiva persona para que los consuma? Piénsese en el caso de la mujer que lleva a su esposo, detenido en una cárcel, la dosis personal de cocaína que este necesita como narcodependiente. La pregunta es si con esta acción de suministrar la dosis a su esposo, esta señora está atentando contra la salud pública y por lo tanto incurriendo en un antijurídico proceder. Sabido es que una conducta tiene este carácter cuando lesiona o pone en peligro el bien jurídicamente protegido que, en el caso que nos ocupa, es la salud colectiva. Así las cosas, no es nada aventurado concluir que en el ejemplo propuesto lo que se pone en peligro es la salud individual

²² YESID RAMÍREZ BASTIDAS, ob. cit., pág. 101.

²³ TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, Sala Penal, abril 14 de 1980; magistrado ponente, JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA.

del adicto y no la salud de la comunidad, por cuanto a esta no trasciende la conducta del agente; y si esto es así, tal comportamiento no sería más que la contribución en una autolesión y por lo tanto, no siendo delito esta, tampoco puede serlo la colaboración que para la misma se preste²⁴.

Podría argumentarse que el solo hecho de suministrar droga que produce dependencia se halla tipificado en la ley, pero si bien la tipicidad las más de las veces constituye un indicio de antijuridicidad, aquella no implica esta cuando el bien jurídico en que se concreta el injusto no se ha lesionado ni colocado en peligro, y en este evento estaríamos ante una causal extralegal de justificación por falta de la antijuridicidad material²⁵.

7. CULPABILIDAD

En lo que respecta al tipo subjetivo, no son pocos los problemas que se presentan en la práctica.

Empecemos por señalar que no es compatible con la filosofía de nuestro ordenamiento penal, en tanto sanciona únicamente los actos de la persona que ocasionen o puedan ocasionar daño a otras, la punición, así sea como contravención, de conductas tales como llevar consigo o conservar para su propio consumo estupefacientes, pues el acto del consumo no es más que una autolesión, no punible en nuestro Código Penal, que no trasciende el fuero interno del autor y que, por lo tanto, no puede ser objeto de regulación²⁶.

El art. 51 del E. N. E. sanciona con pena de arresto al que lleve consigo o conserve para su propio uso o consuma droga que produzca dependencia. Aquí surge este interrogante: ¿en qué momento este hecho, constitutivo de contravención, sancionable con pena de arresto, se desplaza al campo delictual reprimible con severas penas de prisión, si tenemos en cuenta que las conductas de llevar consigo y conservar estupefacientes se hallan tipificadas simultáneamente como delito y contravención?

Si la respuesta a la pregunta planteada se extrae del mismo texto del art. 51 y se dijera que el hecho deja de ser contravención y se torna en delito en el momento en que la cantidad de droga involucrada en el asunto supere la dosis para uso personal, estaríamos haciendo depender la acción contravencional o delictual del hecho de una circunstancia puramente material, objetiva y cuantitativa como lo es la cantidad de droga.

Adoptar el anterior criterio significa que el llevar consigo o conservar 2 gramos de cocaína para el consumo del adicto cambia automáticamente el hecho de contravención a delito, por la sola circunstancia de que la cantidad de droga superó

²⁴ ENRIQUE BACIGALUPO, ob. cit., pág. 200.

²⁵ FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, ob. cit., pág. 178.

²⁶ LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO, "La dosis personal en el Estatuto Nacional de Estupefacientes", en *Estudios de derecho penal en homenaje al Dr. Luis Enrique Gutiérrez Anzola*, Colección Pequeño Foro, Bogotá, 1983, págs. 25 y ss.

la dosis personal que contempla el literal "j" del art. 2° de la ley 30 de 1986. Es decir, que la pena sea de prisión o de arresto dependería de un presupuesto material.

Tal postura tendría, entonces, la potestad de convertir a un adicto en narcotraficante por una circunstancia puramente cuantitativa que contempla la ley. Tal manera de proceder es la consagración burda y llana de la responsabilidad objetiva.

No se entiende cómo una conducta que a todas luces debiera ser impune, como es el porte de estupefacientes para el consumo, de un momento a otro, por obra y gracia de un elemento objetivo, con total abstracción del factor psicológico, se convierte, más que en contravencional, en delictual.

Esto se lleva de bruces al principio de culpabilidad al no consultarse la intención del agente cuando porta "dosis superiores" para su consumo o, lo que es peor, tal posición presume la culpabilidad del adicto por el hecho de portar droga que supera la dosis personal, y no es ignorado que "toda presunción de culpabilidad, sea legal o de derecho, acarrea responsabilidad objetiva real o potencial"; es que definitivamente el criterio —y no puede ser otro— para calificar de narcotraficante a una persona es el subjetivo, en el que se debe considerar el aspecto finalístico de la conducta, la intención del agente al portar o conservar el sicotrópico, que si es la de consumirlo no se podrá, por simple presunción, afirmar que es para traficar con él²⁷.

Recuérdese que la responsabilidad criminal reposa "en la correspondencia de los inseparables aspectos objetivos y subjetivos de la conducta típica", siendo insuficiente uno de ellos para fundamentar la pena; y lo que señala el carácter delictivo del porte, la tenencia, la conservación o el transporte de estupefacientes es su preordenación para el tráfico. De esta manera la diferencia entre el comportamiento delictivo y el contravencional se sitúa en el campo subjetivo y no en el objetivo²⁸.

Por tal razón no se puede afirmar, sin violar el principio de culpabilidad, "que rebasados esos parámetros cuantitativos (los del literal 'j' del art. 2° de la ley 30 de 1986) la conducta es de todos modos delictiva, *actúese o no con finalidad de tráfico*", como lo hizo el Tribunal Superior de Medellín, con ponencia del Dr. MARIO SALAZAR MARÍN, en providencia de julio 19 de 1986.

Pero si en estos casos el derecho penal se resiente en su aplicación cuando se ignora el aspecto subjetivo de la conducta, existen eventos en los cuales se ofende la abstracción sobre el aspecto objetivo de la misma.

Véase el caso de un adicto que lleva consigo 20 gramos de marihuana para su consumo, de los que *piensa* vender una parte para financiar nuevas compras. Sabido es que el porte de marihuana para el consumo del autor constituye contravención y que la venta estructura el delito tipificado en el art. 33 de la ley 30 de 1986.

Igualmente, se sabe que lo que torna punible el hecho de llevar consigo droga que produce dependencia es la peligrosidad de la acción, en tanto tiene la virtualidad

de lesionar o atentar contra la salud pública y hace parte del tipo objetivo del delito, de la parte externa del hecho. Si en el ejemplo analizado el agente porta estupefacientes para su uso y hasta ahora solo *tiene el propósito de vender* una parte, sin que haya vendido; esto es, que el adicto únicamente tiene *la intención dolosa*, que no se ha manifestado para nada en su acción; se deduce entonces que si se sanciona este hecho la base de la punición está en el *pensamiento*, en el *propósito* del agente y no en la *acción*, en la que todavía no se refleja el peligro, que es donde debe manifestarse, contra el bien jurídico. Al omitirse el aspecto objetivo de la conducta, es decir, la peligrosidad que debe revestir la acción, el ilícito tendría una fundamentación puramente subjetiva, lo que relaja el principio de ejecución, caro a un derecho penal de acto y no de autor.

En resumen, si el porte de alucinógenos para el consumo es un hecho contravencional, ¿podría afirmarse que si el portador también pensaba (y únicamente pensaba) vender parte de ellos para capitalizar y hacer nuevas compras, el hecho se convertiría en delictual? Es decir que aquí, al contrario de lo que sucedía anteriormente, lo contravencional se convierte en delictivo por la sola presencia del elemento subjetivo, con prescindencia de la peligrosidad de la acción y casi que sin la acción. En otras palabras, el hecho es delictivo y no contravencional no por la peligrosidad de la *acción*, sino por la peligrosidad del *propósito* del autor²⁹.

Este problema de la falta de ejecución de la acción típica pretende soslayarlo el legislador no solo mediante la punición de actos preparatorios, sino con la utilización de los llamados "tipos de consumación anticipada" que "en mayor o menor grado arrasan el supremo postulado de la objetividad «jurídica del delito» y empuja posteriormente hacia el derecho penal del ánimo"³⁰.

Sabemos igualmente que las drogas cuyo tráfico prohíbe y sanciona el E. N. E. son únicamente aquellas que producen dependencia, siendo la psíquica "una atracción mental y sin embargo, *irresistible* que impele al individuo a tomar periódicamente una droga" o, como lo decía el art. 5° del derogado E. N. E., "el hábito *compulsivo* del uso de una droga o sustancia"; y la dependencia física "se caracteriza por la *necesidad ineludible* en el organismo de la sustancia que ha sido repetidamente suministrada para que la normalidad fisiológica permanezca"³¹.

Si el estado de farmacodependencia da lugar a la necesidad ineludible, irresistible o compulsiva de consumir la droga, no serán pocos los casos en que se deba absolver por falta de culpabilidad, puesto que al agente no le es exigible un comportamiento diverso, por la falta de libertad, de la que presume la culpabilidad.

Si es culpable quien actúa contra derecho pudiendo y debiendo actuar diversamente, ¿cómo podría formularse juicio de reproche a quien consume el estupefa-

²⁷ ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, 8ª ed., Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1981, pág. 314.

²⁸ TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, abril 14 de 1980, magistrado ponente, JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA.

²⁹ ENRIQUE BACIGALUPO, ob. cit., pág. 207.

³⁰ J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, ob. cit., pág. 207.

³¹ EDUARDO VÁSQUEZ CHACÓN, *Tratado jurídico de las drogas*, 1ª ed., Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, pág. 29.

ciente si lo hace precisamente compelido por la dependencia que aquel le produce y no cuenta con la libertad necesaria para poder obrar jurídicamente?³²

Esta ausencia de exigibilidad de otra conducta en razón de la dependencia que produce el estupefaciente, es factible pregonarla no solo en los casos de contravenciones por consumo de narcóticos, sino también en los eventos delictuales en que para poder calmar esta insuperable e irresistible necesidad de consumir la droga el adicto tenga que acudir a la venta de ella y así financiar su adicción³³.

Recordemos que ninguna de las causales de justificación o inculpabilidad ha sido proscrita para los eventos contemplados y tipificados por el E. N. E., y por consiguiente nada impide que un incurso en este punible se encuentre, en determinado evento, amparado por alguna de estas eximentes punitivas.

³² LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho penal, parte general*, segunda reimpresión, Bogotá, Edit. Temis, 1987.

³³ ENRIQUE BACIGALUPO, *ob. cit.*, pág. 209.

EL DERECHO PENAL TERRORISTA

Dr. ALVARO LÓPEZ DORADO *

Ha hecho carrera en nuestra sociedad el criterio de que hablar en lenguaje jurídico es hacer una entelequia que solo la entendemos los iniciados en la materia. Los estudiantes, los sindicalistas, la gente del común, o mejor, los que en nuestro país hablan de la paz, no están a la altura de entender la terminología jurídica.

En las facultades de derecho nos enseñan que el derecho proviene del constituyente primario y que este es el hombre del común. Sin embargo, los entendidos en derecho no podemos comunicarnos en términos jurídicos con el propietario de la juridicidad del país, que es el pueblo. ¡Vaya contradicción! ¿Cómo es posible que un abogado no pueda hablar en lenguaje jurídico con el dueño del derecho colombiano, que es el hombre de la calle? Es el primer cuestionamiento que surge.

Este planteamiento nos lleva a pensar un poco en el problema general del derecho. Si nace del constituyente primario, porque él es en quien reside la autoridad para mandar en materias jurídicas en todo el país, la lógica nos indica que con ese propietario del derecho podemos hablar en términos jurídicos; pero la realidad nos niega ese modo de comunicarnos. Tal contradicción da para reflexionar acerca de cómo ha sido la relación entre los dos polos del derecho constitucional del país: el constituyente primario y el poder constituido.

Si la sociedad tiene el derecho de hacer las normas jurídicas comoquiera, y el poder constituido ha realizado una elaboración normativa que la comunidad no entiende, ello quiere decir lo siguiente:

Primero, que el poder constituido se ha ido alejando profundamente de la gente del común; segundo, que en la medida que ha pasado el tiempo aquel poder se ha ido aferrando a unas formas que él llama jurídicas, pero que no corresponden a la realidad social. ¿Y esto por qué? Por el proceso histórico que ha vivido la comunidad, en el sentido de que hay unas minorías que se han apropiado de los derechos, mientras que las mayorías han ido perdiendo ese contacto con el derecho y han dejado de ser el constituyente primario, como tal; es decir que el pueblo, poco a poco, en la medida del paso de la historia, ha sido despojado de la iniciativa jurídica y por tanto ha quedado alejado del contacto con la terminología de eso que es su propiedad. Ha sucedido como en el caso del dueño de una finca que deja de visitarla durante largo tiempo y cuando retorna ya la encuentra invadida.

Este alejamiento atenta contra la democracia, estado ideal en que el constituyente primario tiene posibilidades de estar cerca de las formas jurídicas. ¿Y qué ocurre?

* Procurador Segundo Delegado ante la Corte Suprema de Justicia.