

Corte Suprema de Justicia

—SALA DE CASACIÓN PENAL—

APLICACIÓN INDEBIDA DEL ESTATUTO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES

(Art. 33)

La conducta de quien es sorprendido con 70 gramos de marihuana en su poder no es susceptible de encuadrarse en el inc. 1° del art. 33 del E. N. E. sino en el inc. 2°. ídem, pues el legislador al graduar la pena ha tenido en cuenta la cantidad de droga incautada; por ello resulta ilógico y absurdo sostener que la norma penal contenida en el segundo de los incisos mencionados solo está destinada a cobijar el comportamiento de aquellas personas que sean sorprendidas con una cantidad que exceda la dosis personal cuando la finalidad es el mero consumo. Decidir en contrario es propiciar una violación directa de la ley sustancial.

Magistrado ponente: Dr. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ

Comentario: Dr. FERNANDO VELÁSQUEZ V.

Bogotá, julio 26 de 1988

VISTOS:

Se ha recurrido en casación la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fechada el 28 de diciembre del año próximo pasado, por medio de la cual y por infracción a la ley 30 de 1986, se impuso a Noé Rodríguez, cuatro (4) años de prisión y multa de diez (10) salarios mínimos.

Admitido el recurso y aceptada la demanda como ajustada a las formalidades de la ley (diciembre 10/87 y abril 19/88, respectivamente), se procede a desatar la impugnación interpuesta.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

A Noé Rodríguez, en un allanamiento efectuado en casa ubicada en el barrio Las Lomas de la ciudad de Girardot (Cundinamarca), di-

ligencia cumplida el 19 de marzo de 1985, se le decomisaron setenta (70) gramos de marihuana.

La legislación de estado de sitio permitió que de este proceso conociera la justicia penal militar, en primera instancia, terminando la misma con sentencia de condena (seis años de prisión) en la Décima Brigada. El fallo de segundo grado fue emitido, como ya se dejó dicho, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al declarar la Corte la inexequibilidad de normas penales que permitían el juzgamiento de civiles por parte de funcionarios de las fuerzas armadas.

RAZONES DEL TRIBUNAL:

Al transcribir la opinión de la delegada se tendrá oportunidad de conocer su criterio, por la reproducción que al respecto hace el ministerio público.

Se invoca la causal primera del art. 226 del C. de P. P., en el primer cargo, y al efecto se indica:

“... Las pruebas que sirvieron para profesar la aludida sentencia no se tradujeron en una responsabilidad del procesado como distribuidor o vendedor de la hierba incautada en su casa de habitación sino simplemente como tenedor de la misma.

”Y de ahí que lo correcto y legal era reformar tal providencia por parte del Tribunal, condenando al procesado como infractor del inciso segundo del art. 33 de la ley 30 de 1986, dando aplicación al principio de favorabilidad previsto en el art. 6° del Código Penal y dentro de los parámetros de los arts. 61 y 67 de la misma obra, ya que en virtud de esta ley, había quedado sin vigencia el citado decreto 1060 de 1984.

”Fue así como el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, al concluir en la sentencia recurrida con la pena conocida, infringió de manera directa la ley sustancial, al darles una interpretación contraria a los términos allí expuestos, es decir, que si bien la cantidad de estupefaciente incautado superó la dosis personal sin exceder de la prevista en el inciso segundo del citado art. 33 de la mentada ley, mal podría invocarse, como se hizo, lo que reza en el art. 4° del decreto 3788 de 1986, pues muy claramente aparece que dicha norma tiene aplicación cuando el estupefaciente no supera la dosis personal y que el sujeto activo lo tenga para su distribución o venta. Y este último extremo no se ha dado en los hechos investigados, vale decir, que ni en primera ni en segunda instancia Noé Rodríguez ha sido condenado como *distribuidor* o *vendedor* del estupefaciente, sino como tenedor al conservarlo en su morada...”

Una segunda censura se apoya en la causal tercera del citado dispositivo, concretándose la nulidad a lo siguiente: que estando en apelación la sentencia de primera instancia, en el tribunal militar, “entró en vigencia la ley 30 de 1986 el 31 de enero del mismo año, razón por la cual el magistrado ponente, Francisco de Paula Rodríguez, se abstiene de se-

guir conociendo de tal proceso al haber perdido la competencia para seguir conociendo del mismo la justicia penal militar, de conformidad con lo establecido en el art. 46 de la mentada ley.

”Sin embargo, la justicia castrense prosigue su conocimiento, haciendo caso omiso de lo dispuesto en un estatuto legal, siendo lo legal que se hubiere enviado u ordenado enviar el proceso al reparto de los jueces penales del circuito de Girardot, quienes eran los llamados a decidir sobre las peticiones invocadas por el procurador judicial del encartado, presentándose entonces, al dictarse la conocida sentencia por parte del H. Tribunal Superior de Bogotá, la causal invocada aquí, al proferirse sobre un juicio viciado de nulidad constitucional, al no haberse observado la plenitud de las formas propias del proceso, en razón de las fallas a que antes se hizo alusión, violándose flagrantemente lo que dispone el art. 26 de nuestra Constitución Nacional”.

Concepto del procurador segundo delegado en lo penal

Sobre la objeción relativa al fenómeno de nulidad que destaca el censor, la delegada, en análisis que la Sala acoge *in integrum*, al punto que no se volverá detenidamente sobre la cuestión, se comenta: “No entendemos y tampoco el censor lo especifica, cuáles fueron «... las peticiones invocadas por el procurador judicial del encartado...», las que, según él, debían haber resuelto los jueces penales del circuito de Girardot. Únicamente encontramos una reiteración de los argumentos que le sirvieron de sustento para impugnar la sentencia de primera instancia (167-1), los que luego serían examinados por la corporación competente, esto es, el Tribunal Superior de Bogotá. Pero, además, no es cierto que «... la justicia castrense prosigue su conocimiento...» al entrar en vigor la ley 30 de 1986. Por el contrario, la actuación procesal es clara en demostrar que una vez adscrita la competencia a la jurisdicción civil, se ordenó su envío, previa la abstención respectiva. Finalmente, debe recordársele al casacionista que

la etapa en que se encontraba el proceso era la de segunda instancia y únicamente correspondía darle curso a la apelación o a eventuales solicitudes de libertad, no teniendo por qué retrotraerse el proceso a la primera instancia”.

Y de la segunda tacha, explica:

“En verdad le asiste razón al censor en su impugnación, pues lo ajustado a derecho era dosificar la pena de acuerdo con el inciso segundo del art. 33 de la ley 30 de 1986. Nada distinto hemos comentado en ocasiones anteriores en presencia de hechos similares.

“Cuando el legislador se enfrentó al problema del narcotráfico debió deslindar campos (no con mucha claridad al principio) entre el comerciante de la droga y el consumidor. No podía tratarlos con igual severidad, pues el primero era un delincuente que por lucro socavaba las bases de la sociedad y el segundo, un simple enfermo. Por ello, para aquel dispuso una represión mayúscula, catalogando su conducta como delito, mientras para este reservaba un régimen contravencional que con prioridad buscaba la rehabilitación sico-fisiológica. La Corte, en mayo 6 de 1980 lo vio con claridad y apuntó:

”«La conducta, no sobra reiterarlo, es totalmente ajena a situaciones que involucren o insinúen su tráfico. El agente activo de aquel comportamiento suele ser la víctima de ese comercio y no propiamente el explotador económico de tan reprochable negocio. La ley, que dispone a este respecto un tipo atenuado, mira a su autor como lo que comúnmente es, vale decir, un enfermo, susceptible más bien de recibir un tratamiento médico que una pena».

”Más adelante, luego de señalar que el decreto 1186 de 1974 reconoce esta distinción, señala que el estatuto «... reserva, sí, todo el peso de su merecido rigor sancionatorio y el profundo y franco reproche social para el que negocia con plantas, drogas o sustancias productoras de dependencia física o síquica...».

”No podía ser de otra manera y tal filosofía fue preservada en la ley 30 de 1986, en donde todo lo referente al comercio ilegal de estupefacientes fue regulado en el capítulo V, llamado «De los delitos», mientras que lo re-

lativo al «porte de dosis personal» y otras conductas menores fue normado en el capítulo VI, llamado al efecto «De las contravenciones».

”Sin embargo, y pese a esta claridad, el *ad quem* resolvió darle una interpretación personal a dicho estatuto, creando un híbrido que solo agrega confusión al tema. Escuchémoslo: «... No se trata de conducta encuadrable en el inciso 2° del art. 33, como equivocadamente, a juicio de la Sala, lo anota el señor fiscal en esta instancia, pues claramente ha de entenderse que las penas allí previstas y las cantidades de estupefaciente que se señalan, lo son para cuando se excede la dosis personal es preciso que se trate de drogadictos, pues no de otra manera se tomaría como parámetro la cantidad de fármaco que requiera una persona para satisfacer por una vez su necesidad conforme a la adicción que presente. Asimismo, debe tenerse en cuenta que el art. 4° del decreto 3788 de 1986, reglamentario de la ley 30 del mismo año, despejó las dudas que en un principio existieron en relación con el punto bajo comentario».

”Ello quiere decir una de dos cosas, o que el drogadicto que comercie con estupefacientes, por el solo hecho de su enfermedad recibe un tratamiento más benigno que el simple traficante a secas, lo cual es un absurdo porque tanto uno como otro le están causando igual daño a la sociedad, o que el porte de las cantidades señaladas las considera el legislador como dosis de aprovisionamiento y por esto debe tratársele con consideración, interpretación que también se constituye en un desatino.

”Miremos las medidas que trae la norma. El mínimo es lo que excede la dosis personal y el máximo varía según el estupefaciente. Tomemos por caso la marihuana. Años atrás, el legislador quiso establecer dosis máximas (decr. 701/76, art. 5°) y al respecto señaló para la marihuana «hasta 28 gramos» y para el hachís «hasta 10 gramos», cantidades que no fueron rechazadas por el Consejo de Estado por antitécnicas sino por la existencia del art. 39 del decreto 1188 de 1974.

”Ahora bien, si tomamos esto como punto de referencia, vemos que 1.000 gr. de marihuana, esto es, un voluminoso kilo, debemos

considerarlo como dosis de aprovisionamiento (si previamente hemos negado el comercio), lo que nos indicaría una suma de hasta 35 dosis, suficiente para varias semanas, incluso meses. Sin embargo, de tiempo atrás, se ha clarificado que la dosis de aprovisionamiento en realidad no puede ser otra cosa que la misma dosis personal. Escuchemos a la Corte:

“«La locución ‘dosis personal’ de por sí fija un significado. No se trata de cantidades considerables sino de porciones mínimas destinadas al uso propio, desechándose como extraño a esta figura el suministro a terceros, aunque sea gratuito, y, con mayor razón, su tráfico, esto es, su utilización económica. Ese consumo individualizado se enfatiza con la expresión legal de ingerir (introducir una cosa en otra), por una sola vez, la sustancia o droga pertinente. Pero esto no equivale a que la reducida cantidad destinada a ese uso tenga que aplicarse unitariamente, de modo integrado o total. No, la ley considera que esa máxima porción es lo que, de modo usual y por una ocasión puede satisfacer la necesidad del drogadicto. De ahí que se entienda por ‘dosis personal’ tanto el consumo total de esa cantidad como el consumo fraccionado de la misma, cuando no se excede el volumen total que es propio a esta noción. Buscándose conservar este sentido y evitar restricciones inadecuadas (consumo de una vez de la máxima cantidad de droga considerada como dosis personal), se insinúa como más apropiada la locución: ‘dosis de aprovisionamiento para uso personal’ (proyecto de ley núm. 13 de 1978, art. 1º, *Anales del Congreso* de 9 de agosto de 1978). Pero no se quiere con esta última expresión ni ampliar la cantidad del consumo personal ni menos dilatarlo indefinidamente en el tiempo, dando margen a la posesión de mayores cantidades de drogas o sustancias, lo cual propicia su aplicación a otros fines distintos al consumo personal, actividades estas verdaderamente delictuosas y sometibles a verdaderas penas».

“Y más adelante concluye:

“«En definitiva las dos expresiones se refieren a un porte destinado al consumo personal, directo, de escasa cantidad y ajeno por comple-

to al propósito de suministrarla a terceros gratuitamente, por dinero o por cualquier otra utilidad» (mayo 6/80 subrayas nuestras).

“Nada distinto prescribe el art. 51 del estatuto vigente al señalar sanción contravencional para «el que lleve consigo, conserve para su propio uso o consumo, cocaína, marihuana o cualquier otra droga que produzca dependencia, en cantidad considerada como dosis para uso personal ...».

“Pero, además, la interpretación de *ad quem* da lugar a otras situaciones ilógicas. Merecería mayor sanción una persona (sic) que se le encontrara en su poder una o dos papeletas de marihuana para su comercio (decr. regl. 3788/86, art. 4º) que quien tuviera 20 o 30 papeletas para el mismo fin, pero se demostrara su adicción. A la primera se le impondría un mínimo de cuatro años de prisión y a la segunda un año.

“También otras razones motivan el rechazo:

“Ellas versan sobre el aspecto formal de la norma en comentario. Veamos. Si miramos los arts. 32, 33 y 34 del estatuto, como bien lo señala el actor, observamos que en cada uno el primer inciso señala la conducta genérica y el segundo una atemperante cuantitativa. Así el 32 establece límites en cuanto a las plantas decomisadas, mientras (sic) el 33 y (sic) 34 lo hace respecto a la droga incautada bien en poder de una persona, bien dentro de un inmueble.

“En ocasión anterior y frente a un caso similar, señalábamos:

“«El artículo 33 es un tipo básico que se encuentra dividido en dos incisos. El primero, que describe en forma genérica la conducta reprochable, suministrando aparte de la conocida pena, varios verbos rectores y dos ingredientes normativos que buscan precisar su alcance: ‘El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis personal para uso personal’ y ‘droga que produzca dependencia’. En el segundo se relaciona una atenuante, obviamente respecto de la conducta expuesta en el primero, que se basa en la cantidad de droga incautada, la cual se cuenta desde lo que excede la dosis personal hasta cierta medida que varía según la naturaleza de la sustancia.

“«Ello nos indica que el primer inciso persigue a los grandes traficantes, mientras que el segundo lo hace respecto de los pequeños y de ahí la diferencia punitiva. En ningún momento la segunda parte trata sobre los consumidores y la referencia a la dosis personal solamente tiene que ver con los límites en que se tiene que mover la atemperante».

“Y tan ello es así que el segundo inciso se encuentra privado de verbos rectores, por lo que es obvio que su complemento debe encontrarlo en el primero, varios de los cuales descartan al consumidor como vender, suministrar, financiar u ofrecer, conductas que solo puede cumplir el comerciante, lo que nos llevaría a establecer discriminaciones odiosas e inconstitucionales, como lo demostráramos párrafos atrás.

“De otra parte, no podemos pasar por alto la referencia que el *ad quem* hace al decreto 3788 de 1986 como sustento de su tesis, pues es claro que la norma únicamente buscaba llenar un vacío en el evento de que al comerciante se le encontraran dosis inferiores a la dosis personal, hecho que de no haberse regulado conduciría a la impunidad al cobijarlo el régimen contravencional. Al respecto, en ocasión anterior dijimos:

“«... vale la pena aclarar que, incluso, cuando las cantidades incautadas se encuentren dentro de las fronteras de la dosis personal, debe atenderse si ellas en verdad son para el propio consumo o, por el contrario, se tratan de ‘muestras’ para el comercio ilegal, caso en el cual el inciso segundo tiene plena aplicación».

“En consecuencia correspondía al *ad quem* aplicar el inciso segundo del art. 33 de la ley 30 de 1986, como quiera que la droga incautada (70 gr. de marihuana) excede la dosis personal pero no pasa de 1.000 gramos”.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Ya se ha dicho, y de ahí la improcedencia de la censura, que no hay motivo alguno para entender que el procedimiento seguido ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá no se ajustó plenamente a los preceptos legales. La continuidad del procedimien-

to, por razón de variaciones legislativas de esta índole, se cumplió a partir de las diligencias que, conforme a la normatividad imperante, pudieron celebrarse y se celebraron ante la autoridad penal militar. Tan pronto esta perdió su competencia, se aceptó esta realidad, pero sin que tal decisión implicase retrotraer la actuación válidamente realizada.

Y en cuanto a la indebida aplicación de la ley penal sustantiva (violación directa de la misma), debe anotarse que la argumentación ofrecida por la delegada, a grandes rasgos, está dentro de la línea de criterio que la Corte expresará. Abundan los aciertos en sus reflexiones y solo en una que otra glosa, de secundaria consideración, la Sala se aparta de ese su análisis.

La corporación quiere ser sintética en la dilucidación de este tema que no ha dejado de producir encontradas opiniones en los diferentes medios judiciales del país, a efecto de ofrecer una pauta que permita unificar los conceptos sobre este particular punto.

1) Indudablemente la ley 30 de 1986 ha distinguido dos aspectos, dos situaciones fundamentales por fuera, claro está, de puntos como la destinación de inmuebles para actividades relacionadas con los estupefacientes (art. 34); el estímulo y propagación de su uso (art. 35); la formulación ilegal de los mismos por profesionales de la medicina, la odontología, la enfermería, la farmacia, o sus auxiliares (art. 36); los suministros a menores de 16 años (art. 37), que debieron preverse como agravante; la procuración de la impunidad de estas infracciones (art. 39); la posesión de elementos aptos para el procesamiento de estas sustancias (art. 43):

a) La que se relaciona con el consumidor o drogadicto, que se regula bajo un doble aspecto, aunque sin llegar su tratamiento benigno a la permisibilidad de la conducta. Se suprime si su carácter delictivo y se le considera como una *contravención*, contemplándose el caso de la persona que por primera vez ha consumido esta clase de plantas o sustancias, las lleve consigo o las conserve para su propio uso o consumo en cantidad estimable como dosis personal o dosis de aprovisionamiento personal, evento en el cual puede op-

tarse o por una sanción de arresto hasta por un máximo de treinta días y una multa de medio salario mínimo mensual, o por el internamiento en establecimiento psiquiátrico o similar hasta obtener su aceptable recuperación, o por la entrega de este enfermo (que no requiere para ello llegar al grado de tenerse por inimputable) a esta clase de instituciones, oficiales o privadas, para someterlo al tratamiento más aconsejable, incluido en este el ambulatorio. La reiteración de esta conducta, dentro del término de doce meses, contados a partir, se entiende, de la fecha de la resolución que determine esta sanción, implica la aplicación de un arresto de un mes a un año y multa en cuantía de medio salario mínimo mensual (art. 51, ley 30/86). No sobra advertir que la repetición de una acción de esta índole, por fuera del señalado término, da lugar a considerar al procesado, cuantas veces cumpla este comportamiento en iguales circunstancias a las del señalado factor tiempo, como consumidor de primera vez.

b) La del que cultive, conserve o financie plantaciones que son la materia prima, directa o transformada de las sustancias que pueden generar adicción o dependencia física o química, siendo indiferente el destino que procure de las mismas (venta, distribución gratuita, permuta, etc.), conductas que se reprimen severamente —arts. 32, inc. 1º y 38—; o la del que introduzca al país, o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título esta clase de drogas, que recibe una sanción más severa —arts. 33, inc. 1º y 38—, en ambos casos afectivas de la libertad personal y del patrimonio económico.

Las disminuentes se relacionan con fenómenos atinentes al volumen de las plantaciones (art. 32, inc. 2º), o de la cantidad de droga manipulada (art. 33, inc. 2º); o con la denuncia de otros autores, cómplices o encubridores (art. 45).

Previo este señalamiento, que trata de destacar la discriminación que el legislador hace de las varias conductas a que da lugar este problema de los estupefacentes, debe abordarse la cuestión que interesa principalmente a este pronunciamiento.

A este respecto se anota:

1. La ley diferencia y no combina las respuestas de benignidad que le merecen las diferentes conductas relacionadas con los dos principales aspectos que forman el núcleo de esta legislación (arts. 32, 33 y 51). Si ha querido separarlas, hasta llegar a mudar la naturaleza del ilícito (contravenciones y delitos), no es dable entremezclar lo relacionado con el cultivo (art. 32), con lo del manejo de la droga (art. 33) y menos estas dos conductas con la situación del drogadicto o dependiente (art. 51). Cada una, en cuanto a su aspecto básico, exhibe una estructura propia y confina su contenido a sus exclusivas estructuras. La cuestión todavía es más visible entre la contravención (usuario de la planta o droga) y el delito (cultivador, conservador o financista del cultivo, y traficante de la droga).

De ahí entonces que de manera fácil y segura pueda decirse que lo que se anota en beneficio del consumidor no se predica de la otra categoría, compuesta esta última de variadas modalidades delictivas.

2. Sería tan absurdo llevar el factor considerado en el inc. 2º del art. 33, al art. 32, como trasponer el inciso segundo de este último al art. 33. Cada uno tiene una disminuyente especializada o singularizante, lo que no ocurre con la del art. 45, que opera para todas las figuras delictivas, no así para la esfera contravencional. Tampoco es dable trasladar las disminuentes de los arts. 32 y 33, al caso del usuario, ya porque la conducta de este último está disciplinada en forma completa en título distinto (VI), previéndose la favorable que el legislador ha decidido otorgarle, ya porque la razón de esas atenuantes (cantidad) no se compaginan con el criterio de dosis personal o de aprovisionamiento de dosis personal. Quien esté familiarizado con el tema, no puede compatibilizar los conceptos de dosis personal, que se refiere a porciones mínimas, con las cantidades considerables que determinan los incisos segundos de los arts. 32 y 33. Y menos todavía cuando en el art. 2-j, determina la noción de “dosis de uso personal” desde el punto de vista cuantitativo. O se tendría entonces que reconocer que existe una dosis personal, definida por la ley en la norma

últimamente citada, y otra que viene dada, en forma de atenuación, por los mencionados incisos segundos de los arts. 32 y 33.

3. No resulta ilógico pretender que conductas de menor entidad como las previstas en los segundos incisos de los arts. 32 y 33, así se las anime de contenidos inmorales, lucrativistas y de destrucción de la mente, dignidad y posibilidades del ser humano, atraiga una menor represión, ya que no da lo mismo para el legislador, ni para los efectos de la conducta, que se comercie, v. gr., con 900 gramos de marihuana que con tres toneladas de la misma. Las consecuencias, en todo orden son evidentes y no es necesario destacarlas para comprender que en este tratamiento de benevolencia el legislador se muestra realista y justo. Bastaría decir que cuando se unifique la severidad de la sanción, en su máximo rigor, sin diferenciar las denominables cantidades mínimas de las que podrían mirarse como exorbitadas, el delincuente procuraría correlacionar el mismo riesgo de sanción con la posibilidad de mayores factibilidades de ganancia, provenientes estas del manipuleo de volúmenes impresionantes de drogas o plantaciones.

4. Algunos, para llegar a conclusión distinta a la que repudia esta decisión, exceden el valor y pertinencia de la expresión “salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal”, locución empleada en el inc. 1º del art. 33.

Pues bien, contra esta ligereza del concepto, es conveniente advertir que lo que se toma como argumento en tal sentido tiene un efecto totalmente distinto, llegándose en este terreno a estas posibilidades: a) Que la *salvedad* se relacione con una situación distinta a la que la norma va a contemplar (“sin permiso de autoridad competente”), pues puede ocurrir que exista esta autorización (caso de la dosis terapéutica —art. 2, letra i—), o que de no hacerse tal advertencia que tiene un encuadramiento legal diferente como contravención (art. 51), algunas de las hipótesis contempladas por este precepto, y que se rozan con la dosis personal y reclaman tratamiento dentro de esta eventualidad, quedarían no como dosis terapéutica —art. 2, letra i—, o que de art. 33; o b) El legislador está indicando que

todas las hipótesis del art. 33 sin que pueda exceptuarse el inciso segundo, nada tienen que ver con la dosis personal y de ahí la sustracción que de la misma hace con el sustantivo *salvedad* (de salvo: razonamiento o advertencia que se emplea como excusa, descargo, limitación o cortapisa de lo que se va a decir o hacer).

Pero lo que termina por arrojar luz definitiva sobre el punto es la forma como se inicia el segundo inciso, que establece el término *ad quem* de la cantidad de droga dentro de la cual opera la disminuyente: “Si la cantidad de droga *excede* la dosis para uso personal sin pasar ...”; o sea, que donde termina la dosis personal (letra j) del art. 2), empieza a computarse lo relativo a esta disminuyente.

De ahí, precisamente, que la disminuyente del art. 33, inc. 2º, nada tenga que ver con una conducta ya disminuida en su propia naturaleza y tratamiento, como es la de la dosis personal. La menor o mayor cantidad de droga utilizable en la dosis personal, de una vez o de manera fraccionada, determinará la dosificación de la pena aplicable al consumidor o la escogencia del tratamiento psiquiátrico o similar, señalados en el art. 51.

También conviene observar que en cuanto a dosis terapéutica, esta no se limita a las cantidades determinadas para la dosis personal, que pueden superarse si así lo prescribe el médico de acuerdo a las necesidades clínicas del paciente, y, de otro lado, que mientras la conducta que se relaciona con la dosis personal tiene las represiones previstas en el art. 51, a título de contravención, la que involucra la dosis terapéutica no es sancionable, ya que la ley le otorga el carácter de un obrar *secundum jus*: se trata simplemente de un tratamiento profesional en el cual puede acudir a medicación de sustancias que, bajo (sic) otros condicionamientos, serían de prohibida utilización.

La Sala, por último, quiere anotar lo siguiente del drogadicto que se lucra o entrega a cualquier título a terceros esta clase de plantas o sustancias. Si lo que es objeto de esta ilícita actividad está por debajo del límite máximo considerado en la atenuación, se aplicará la sanción que determina el inciso segundo

del art. 33. La solución se facilita, porque tanto para el delito como para la contravención se prevé una pena privativa de la libertad, sin que sea impertinente y sí aceptable, afirmar que la sanción de prisión —art. 33, inc. 2°— que debe purgarse efectivamente, se redima mediante *internación en establecimiento siquiátrico, o similar*. Se conjuga así la sanción propia al tráfico de estupefacientes y lo que puede ser propósito rehabilitador del adicto a la droga. Exclúyese, sí, el tratamiento ambulatorio y la entrega a la familia o establecimientos privados de asistencia siquiátrica o similar.

El decreto reglamentario 3788 de 1986, art. 4°, en nada modifica esta serie de planteamientos, pues por contrario modo lo que hace es indicar que las cantidades consideradas por la ley como propias a una dosis personal si se destinan a terceros, a cualquier título, implica una conducta que debe sancionarse según lo establecido en el art. 33, pero, claro está, dentro del esquema de la atenuación que contempla su inciso segundo.

Estas razones indican la procedencia de la censura en cuanto a la violación directa de la ley y así se resolverá.

Por ser más desfavorable se dejará de aplicar el decreto 1188 de 1974, adicionado por el decreto 1060 de 1984, normas bajo cuya vigencia el sentenciado cometió el delito del cual se le ha declarado responsable.

La pena imponible que señala el inc. 2° del art. 33, oscila entre uno y tres años de prisión y multa en cuantía de dos (2) a cien (100) salarios mínimos mensuales.

Las modalidades del hecho, la personalidad del procesado, la cantidad de droga in-

cautada, indican que la pena privativa de la libertad debe señalarse en catorce (14) meses de prisión y la multa en cuatro (4) salarios mínimos mensuales.

Así se sustituye la pena impuesta en el fallo del tribunal.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *resuelve*:

1°) Casar el fallo pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fechado el 28 de diciembre del año próximo pasado, contra *Noé Rodríguez*, y en su lugar condenar a este a purgar *catorce (14) meses de prisión* y al pago de *cuatro (4) salarios mínimos mensuales* como responsable del delito descrito y punido en la ley 30 de 1986.

Las accesorias se conservan pero con la modificación propia a la variación introducida a la pena privativa de la libertad.

2°) El sentenciado fue capturado el 20 de marzo de 1985 (fs. 1) y dejado en libertad el 31 de julio del mismo año (fs. 115). Según constancia de fs. 26 vto. del cuaderno del tribunal, para el 31 de julio de 1987 estaba nuevamente privado de libertad, situación que a la fecha de este proveído todavía perdura. Lo cual quiere decir, entonces, que *Noé Rodríguez* ha purgado la pena en forma efectiva, imponiéndose por tanto su libertad inmediata, siempre y cuando que otra autoridad, por motivo distinto a este proceso, no lo solicite. Su sitio de reclusión actual es la Cárcel de Girardot (Cundinamarca). Se librarán los oficios correspondientes.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

COMENTARIO

Nada nuevo ha dicho la Corte en la decisión anterior, y no alcanzamos a explicarnos por qué la misma ha generado tanta polémica en los medios judiciales. Sin embargo, cuando vemos cuál era el contenido de la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Bogotá, que fue casada, comenzamos a comprender los motivos de tan cuestionable perplejidad.

El caso estudiado por tan alta corporación constituye, en verdad, una voz de alerta sobre la manera caprichosa como a veces se administra justicia en nuestro país. Y, más concretamente, una muestra de la forma injurídica como se ha venido aplicando el Estatuto Nacional de Estupefacientes (ENE).

Que la conducta de portar 70 gramos de marihuana ha de ubicarse en el art. 33-2 ENE, es algo que no ofrece dudas de ninguna índole, si de hacer una interpretación aislada y exegética del texto se trata, pues pensando en una interpretación sistemática del Estatuto la conclusión habrá de ser otra, como lo plantearíamos al final. No obstante, y esto lo decimos con el debido respeto pero también con la claridad necesaria, la tesis que venía ubicando comportamientos como el de *Noé Rodríguez* en el inciso 1° del art. 33 no alcanzaba ni siquiera a la exégesis del texto legal, se trataba sencilla y llanamente de dar cabida al arbitrio judicial. Y hablamos en pretérito, porque si algo es seguro es que, en adelante, después del "... La Corte dijo ...", nadie osará sostenerla en un país sin criterio jurídico y, lo que es más grave, sin personalidad. Sí, porque para fallar también se requiere esto último.

Y no se piense que tan absurda tesis la sostenía solo el Tribunal Superior de Bogotá, pues también en otras ciudades —por ejemplo en Manizales— hemos conocido los casos de muchos *Noés Rodríguez* condenados a cuatro años porque sí, porque "... El Tribunal dijo ...", y así a lo largo y ancho del país.

Pero lo que más debe preocuparnos es la suerte de los condenados con sentencias ejecutoriadas. No podrán invocar el recurso de revisión, pues el caso no cabe dentro de las causales del art. 231, ya no podrán interponer recurso alguno. Su destino está definido: ¡gracias a esta inquisición judicial deberán permanecer en las mazmorras!

De nada ha servido que el legislador de 1980 incluyera un Título Preliminar en el que se consignan las normas rectoras de la ley penal colombiana, pues seguimos ignorando postulados como el de legalidad, de tipicidad inequívoca (o de determinación, como es más técnico denominarlo), de lesividad, de culpabilidad, etc. Y, como alguna vez dijera *NÓDIER AGUDELO*, "no nos conmueven y nos parecen útiles (o «bonitos», dicen otros), no nos preocupamos por replanteárnoslos frente a la realidad. Y de su historia no sabemos sino que surgieron «por allá en la Revolución Francesa», sin indagar por su origen, por su desarrollo histórico". (En *CESARE BECCARIA: De los delitos y de las penas*, Bogotá, Temis, 1987, p. xv).

En el caso en examen a nadie preocuparon tales postulados; no se pensó siquiera en el principio de legalidad de los delitos y de las penas, que tanta sangre ha costado a la humanidad, por el que fue salvajemente asesinada una Corte Suprema de Justicia; por el cual tantos jueces honestos han ofrendado sus vidas en este país esquizofrénico y demencial, capaz de los más grandes logros del espíritu o de los más inconcebibles heroísmos, pero también de las más espeluznantes barbaries y atrocidades. Nuestro pensamiento juridicopenal —así nos resistamos a creerlo quie-

nes, movidos más por el ánimo de estudiar un poco y salir de tanta mediocridad, apenas intentamos emitir algunos balbuceos queriendo mostrar el atraso en que nos hallamos inmersos (¡“En país de ciegos el tuerto es rey” dice el adagio popular!)— continúa estancado en el más crudo pensamiento positivista y, como preconizaban los defensores de la exégesis francesa muchos años ha, seguimos rindiendo culto al frío texto de la ley o a lo que creemos es el tenor de la misma.

Pese a lo hasta aquí dicho, pensamos que la conducta de quien conserva 70 gramos de marihuana no es punible. A ello lleva la siguiente interpretación del ENE que, incluso, no llega siquiera a ser teleológica. Según el art. 32 ENE no es punible, *conservar, cultivar, financiar* hasta 20 plantas de marihuana; y el decreto 3788 de 1986 entiende por “planta” “no solo el ser orgánico que vive y crece sino también el que ha sido arrancado de la tierra o del cual se conservan sus hojas” (art. 2°); si ello es así, y se tiene en cuenta que la marihuana produce similares efectos sea mascada, digerida, fumada, olida, etc., debe concluirse, en sana lógica, que no es punible tampoco la conducta del que conserve en su poder las hojas de hasta 20 plantas de la yerba, sea en forma de pucho o dobladas, etc.

Incluso, si tenemos en cuenta las equivalencias que hace el art. 6° del decreto reglamentario 3788 de 1986 para efectos de la aplicación del art. 32 ENE, que solo hizo relación a la coca, y desentrañamos la finalidad del legislador, la conducta de conservar hasta 2000 gramos de marihuana (el equivalente a 20 plantas) no sería una conducta punible. El imperio del principio de legalidad no permite llegar a una conclusión diferente.

Finalmente, queremos referirnos a lo afirmado por la Corte en el sentido de que basta ser enfermo para que proceda la medida de seguridad consagrada en el art. 51 ENE, independientemente de la imputabilidad o no del adicto. Sostener ello sería desvertebrar el sistema acogido por el C. P. en el sentido de que, en ninguna circunstancia, se impondrán medidas de seguridad a los imputables; cuando el art. 33-1 del C. P. dice que a los imputables se les impondrán las medidas de seguridad contempladas en el Código, y debe entenderse que tales disposiciones se aplican por vía extensiva al ENE, no hace la distinción que deduce la corporación. Además, a los imputables solo se les aplican penas (art. 41 C. P.).

Tribunal Superior de Orden Público

SALA DE DECISIÓN

DELITO DE REBELIÓN. INAPLICABILIDAD DEL DECRETO 180 DE 1988

La corporación se abstiene de conocer de providencia emanada de un Juzgado de Orden Público, en proceso por el delito de secuestro agravado seguido contra miembros confesos de un movimiento guerrillero, por considerar que la competencia corresponde a la justicia ordinaria, pues se trata de delitos conexos con el de rebelión y no del delito de terrorismo previsto en el Estatuto para la Defensa de la Democracia.

Magistrado ponente: Dr. ERNESTO DE FRANCISCO M.

Bogotá, julio 26 de 1988

VISTOS:

Vienen las presentes diligencias al tribunal por razón del recurso de apelación legalmente interpuesto y sustentado por los defensores de R. G. C. y M. A. E. B., contra la providencia del diez de junio del año en curso proferida en su contra por el Juzgado Cuarto de Orden Público de Bogotá, por los delitos de secuestro agravado en perjuicio de J. H. V. A., ocurrido el pasado diecisiete de mayo, concierto para delinquir, fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas militares o de policía, abuso de confianza, hurto de uso y lesiones personales.

Rituada la tramitación de la segunda instancia y oído el concepto del fiscal tercero de la corporación, quien se muestra partidario de un pronunciamiento inhibitorio por falta de competencia, se entra a decidir lo que en derecho corresponda mediante las siguientes:

CONSIDERACIONES:

La situación de flagrancia en que fueron capturados R. G. C. y M. A. E. B. y muerto su compañero M. A. P. P. durante el enfren-

tamiento con unidades de la policía cuando transportaban secuestrado al publicista J. H. V. A., permitió que se abriera la correspondiente investigación el mismo día de los hechos.

Desde las primeras diligencias surtidas ante las autoridades de policía y en presencia de la delegada de la Procuraduría General de la Nación para la Policía Nacional, los jóvenes aprehendidos manifestaron pertenecer al movimiento subversivo Diecinueve de Abril (M-19) y admitieron que su participación en el secuestro del señor V. A. obedeció a las tareas que como miembros de dicha agrupación les encomendaron sus jefes inmediatos, a quienes, obviamente, no podían identificar por cuestiones de organización y seguridad interna.

Esta postura fue reafirmada por R. G. C. al rendir indagatoria ante el Juzgado Cuarto de Orden Público, aclarando que su vinculación al grupo rebelde databa de varios años, habida cuenta de que el mayor estímulo para su ingreso lo constituyó la desaparición de su hermana C. durante los trágicos hechos de la toma del Palacio de Justicia los días cuatro (4) y cinco (5) de noviembre de mil novecientos ochenta y cinco. Igualmente, se-