

TRAFFICO  
MARIHUANA

# DELITO DEL PORTE ILEGAL DE MARIHUANA



Tte. Coronel Abogado RAUL A. GARCIA MEJIA

## DELITO DE PORTE ILEGAL DE MARIHUANA.

El delito de porte ilegítimo de sustancia o droga estupefaciente o alucinógena, contemplado en el Art. 8º del Decreto 522 de 1971. Sus elementos estructurales. 1º El sujeto activo es indeterminado, por cuanto lo puede ser cualquier persona; 2º El hecho doloso genérico consiste en el porte de sustancia o droga estupefaciente o alucinógena; 3º Existe una circunstancia especificadora del anterior elemento, que es el que tal porte sea en lugar público o abierto al público; y 4º La te-

nencia de la sustancia o droga debe ser **ilegítima**, correspondiéndole a quien la porta acreditar lo contrario, para que desaparezca el reato. Sentido y alcance de "Portar" y de "lugar público o abierto al público".

### TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR

Nº 2.615/49453.

**Magistrado Ponente:** Teniente Coronel Raúl García Mejía.

Bogotá, D.E.,

VISTOS:

El Comando del Batallón de Infantería Nº 10 "Girardot" dictó sentencia

de cesación de procedimiento contra el soldado **Abraham Ortega Cerquera**, el 1º de marzo de 1972, al no haber encontrado mérito para convocar Consejo de Guerra Verbal, por el delito de porte de marihuana.

Surtido el trámite propio de la instancia, se entra a resolver mediante los siguientes:

#### RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

En la media noche del 31 de diciembre de 1971 fue sorprendido el soldado **Abraham Ortega Cerquera** fumando marihuana en compañía del soldado **Marín Bohórquez Omar**. Requisados los dos soldados, solo al primero de los citados le fueron encontrados en los bolsillos restos de esta hierba. Todo esto ocurrió dentro de la llamada casa de Comando de la Frutera.

Sobre estos hechos declararon la señora **María Luisa Cuéllar de Bedoya**, su esposo, Capitán **Alcibiades Bedoya Arias**, el Tte. **Laureano Revelo**, el soldado **Omar Marín Bohórquez** y el Mayor **Offer Rodríguez Vásquez**, confirmando la versión de los hechos arriba descritos.

El laboratorio criminológico del Departamento de Estudios de Policía Judicial de Medellín, a través de peritos oficiales, dictaminó que efectivamente la hierba decomisada al soldado **Ortega Cerquera** era marihuana.

El soldado **Ortega Cerquera** aceptó que la hierba le fue decomisada.

El Auditor Principal de Guerra de la Cuarta Brigada emitió concepto previo a la decisión que se consulta, ex-

presándose sobre el aspecto de la violación penal en los siguientes términos acertados:

“Conforme al Decreto 522 de 1971, tenemos:

“a) El Artículo 5º habla de almacenamiento, elaboración distribución, venta o suministro, entre otros, de la marihuana, aspecto éste que no se aprecia con relación al sindicado ya que de él solo se está predicando que estaba fumando la marihuana así como que se le encontró en su poder 10 gramos, lo que no implica en ningún momento almacenamiento sino porte de la misma.

“b) El Art. 6º habla de cultivo y conservación de la planta, sí que menos tiene cabida esta disposición.

“c) El Artículo 7º hace referencia a la persona que auspicie el uso de esta droga, en su casa, local o establecimientos; está muy lejos de poderse acomodar esta conducta al soldado porque ni siquiera se comprobó que el soldado **Marín Bohórquez**, su compañero, estuviera fumando la yerba, ni menos que **Ortega** le hubiese traspasado parte de ella, ya que en su poder nada se le encontró.

“d) No puede afirmarse que el dormitorio para soldados sea un lugar público o abierto al público, elemento esencial para que se configure el delito contemplado en el Artículo 8º del Decreto en referencia, pues es tan privado como el de cualquier Oficial o Suboficial, con la sola diferencia de que es compartido generalmente por todos los

integrantes de una Compañía, y solo a éstos, a sus inmediatos superiores les está permitido su entrada, así que por ausencia de uno de los elementos, esta figura delictiva desaparece”.

Este Despacho ha tenido oportunidad de ocuparse ya varias veces de este tipo de infracciones a la Ley Penal; y entonces ha dicho lo que sigue:

“El delito se encuentra plasmado en el Art. 8º del Decreto 522 de 1971, cuyo tenor es el siguiente:

“El que en lugar público o abierto al público porte sustancia o droga estupefaciente o alucinógena, sin acreditar su tenencia legítima incurrirá en arresto de uno a diez y ocho meses”.

“De modo que de acuerdo con la norma transcrita el hecho se estructura como delito cuando concurre la demostración de los siguientes elementos:

“Uno, el sujeto activo es indeterminado, por cuando lo puede ser cualquier persona.

“Dos, el hecho doloso genérico consiste en el porte de sustancia o droga estupefaciente o alucinógena.

“Tres, existe una circunstancia especificadora del anterior elemento, que es el que tal porte sea en lugar público o abierto al público; y finalmente,

“Cuatro, la tenencia de la sustancia o droga debe ser ilegítima, correspondiéndole a quien la porte acreditar que su tenencia es legítima, para que desaparezca el reato”.

“Es cierto y bien conocido que portar significa llevar consigo una cosa;

y que en la interpretación de la norma ese porte, relacionado con la tenencia, se va conformando con la simple posesión, que para ser delito tiene que serlo de manera ilegítima, ésto es, contrario a la Ley, sin su autorización, y, además, en lugar público, que es circunstancia de lugar y no de modo. De manera que tal tipificación del delito en relación con los Cuarteles podrá presentarse dificultad cuando se entra a analizar si los predios de un Cuartel se pueden considerar como un lugar público o abierto al público. En cuanto a esto último, esto es, que un Cuartel sea un lugar abierto al público el concepto está un poco lejano, dadas las especiales medidas de seguridad y vigilancia, que siempre se adoptan para esta clase de alojamiento. La Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo 23, Pág. 902, trae la siguiente ilustración sobre la materia: “Para fijar la noción de sitio público es inevitable recurrir a las enseñanzas de Chassan. Chassan clasifica así los lugares públicos: a) los que lo son por naturaleza, decir, aquellos a los cuales está permitido el acceso del pueblo en forma permanente, como los parques, las calles, las plazas; b) los que lo son por su destino, esto es aquellos que también están destinados al público pero que no tienen acceso en todo momento, como los templos, las salas de cine o de concierto; y c) los que lo son por accidente, o sea aquellos que en un momento determinado se ven concurridos por ciertos cuerpos de personas como los vehículos de transporte y los almacenes. Es pú-

blico el hecho que se realiza en cualquiera de las tres divisiones mencionadas”.

“Es verdad que el Dr. **Luis Carlos Pérez**, comentando ese delito contra la moral pública que define el Art. 247, en el que se usan las mismas expresiones de “lugar público o abierto al público”, dice que la publicidad es lo que constituye la índole propia este delito, porque de ella se deriva el escándalo”... y que “la publicidad nace del hecho presenciado por muchos y no de los relatos que se hagan. Toda referencia es inoperante penalmente”. Pero esta publicidad condicionaria del delito que exige el tratadista para este delito contra la moral pública, está bien para el exhibicionismo sexual, en que es necesario que “la publicidad” del lugar concurra en el momento del acto para que se ofenda el pudor y se produzca el escándalo; es decir, que en este delito la publicidad constituye circunstancia de modo y no de lugar.

“Si lo que se hubiera querido era que la “publicidad” constituye condición de punibilidad, habría sido fácil de redactar la norma con el uso del adverbio y haber escrito “portar públicamente”; esto es, usando el adverbio y no el adjetivo “público” que califica el sustantivo “lugar”, que es sinónimo de sitio o paraje, espacio, ámbito, recinto, puesto, terreno, ciudad, villa, o aldea; y el adjetivo público, según el diccionario de la Real Academia tiene el sentido de notorio, patente, manifiesto o sabido por todos; y el modo adverbial “en público, equivale a pú-

blicamente, a la vista de todos; podemos terminar esta disquisición gramatical resumiendo que “lugar público”, precedido de la preposición “en” puede ser equivalente, o significar: sitio, paraje, aldea, ámbito, etc., visto por todos, notorio o patente, en contraposición a lugar privado o secreto.

A su vez, el Diccionario de Derecho Usual de **Guillermo Cabanellas** explica el sentido de **lugar público**, en esta forma: “El de libre uso o acceso para todos. Lo hay exteriores, como los caminos, calles, riberas; interiores, como los establecimientos públicos, donde la entrada es libre dentro de las horas señaladas para sus funcionamientos; y a veces, abonando la cantidad fijada, como en las salas de espectáculos. Civilmente, Estriche considera lugar público aquellos cuyo propiedad pertenece al pueblo; y en cuanto al uso a todos y cada uno de los habitantes, por derecho de ciudadanía. Mercantilmente, son lugares públicos de comercio las bolsas, lonjas, mercados, ferias; y reputa edificios o lugares públicos: 1º Los destinados a cualquier servicio oficial, militar o civil, de la nación, provincia o municipios; 2º los establecimientos de reunión o recreo, lícitos o no; 3º Cualquier otro edificio o lugar cerrado no destinado a la habitación o residencia particular (art. 401). En tales lugares, las pesquisas están permitidas en cualquier hora del día y de la noche (artículo 400) (V. **entrada y registro en lugar cerrado**)”.

“Penalmente y en relación con el allanamiento de morada, lugares públicos

son los cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas mientras estén abiertas (Art. 492 del C. Pen. Esp.)”.

Finalmente, existe, además la siguiente definición legal: contenida en el Art. 76 del Decreto 1355 de 1970.

“Son sitios abiertos al público, entre otros, las tabernas, los restaurantes, las salas de baile y los destinados a espectáculos, aunque para entrar a ellos deban cumplirse condiciones que señale el empresario”.

Estima la Sala, que asiste la razón al juzgador de primera instancia al haber determinado que el hecho de que se sindicó al soldado **Abraham Ortega Cerquera** no lo considera la Ley como infracción penal; y por tanto debe impartirle su confirmación a la sentencia que ordenó cesarle todo procedimiento, negándose acceder a lo pedido por la Fiscalía 3ª que opinó, por el contrario, que el delito sí se configuraba y que el fallo consultado, por consiguiente debía ser revocado.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior Militar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### RESUELVE:

**Confírmase** la sentencia de primera instancia que ordena cesar todo procedimiento contra el soldado **Abraham Ortega Cerquera**, por falta de mérito para convocarle Consejo de Guerra Verbal por el delito de porte de sustancia o droga estupefaciente o alucinógena (marihuana).

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

(Fdo.) Teniente Coronel **Raúl García Mejía**, Magistrado. — (Fdo.) **Leonel Olivar Bonilla**, Magistrado. — (Fdo.) Teniente Coronel **Samuel Beltrán Arévalo**, Magistrado. — (Fdo.) General **Abraham Varón Valencia**, Comandante General Fuerzas Militares. Presidente del Tribunal. — (Fdo.) **Gustavo Alarcón N.** Secretario.