

DELITO DE PORTE ILEGAL DE ESTUPEFACIENTES

Tte. Coronel Abogado RAUL A. GARCIA MEJIA

El delito de porte ilegítimo de substancia o droga estupefaciente o alucinógena, contemplado en el Artículo 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 substancia 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 tenencia de la substancia o droga debe ser ilegítima, correspondiéndole a quien la porte acreditar lo contrario, para que desaparezca el reato. — Sentido y alcance de "Portar" y de "Lugar público o abierto al público".

Tribunal Superior Militar. — N° 2.508/49536. — Magistrado Ponente: Teniente Coronel Raul Alberto García Mejía. — Bogotá, D.E., junio 8/72.

La Presidencia de un Consejo de Guerra Verbal convocado por el Batallón "Rifles", dictó el 5 de abril de 1972, en Tolomaida, sentencia condenatoria por porte ilegal de marihuana contra el soldado Mauricio Durán. Esta sentencia se consulta con el Tribunal, y en tal razón se procede a su revisión.

Resultandos y Considerandos. — En relación con los hechos que originarán el proceso se resumieron en la sentencia de primer grado narrándose que "Como tales se tienen los sucedidos en las horas de la mañana del 14 de febrero del año que avanza dentro de las instalaciones cuartelarias de Tolomaida, cuando los Suboficiales José Misael Rubiano Leguizamón y José Dagoberto Rodríguez Avila, ante la actitud nerviosa del nombrado soldado, procedieron a registrarlo, encontrándole 16 papeletas que contenían marihuana en uno de los bolsillos de su camisa".

Este hecho fue denunciado por el Sargento 2º José Misael Rubiano Leguizamón, sirviendo de base para que se adelantara la correspondiente investigación penal; después de lo cual se oyó el concepto de Auditoría, en el que se recomendó la convocatoria de un Consejo de Guerra Verbal.

Dentro de la audiencia de este Consejo, la Presidencia procedió a calificarlo, enjuiciando al soldado Mauricio Durán con la formulación del siguiente cuestionario:

"El soldado del Ejército Nacional, **Mauricio Durán**, es responsable, **Si o No**, de haber sido encontrado portando dieciseis papeletas que contenían marihuana (*Canabis sativa*), dentro de los predios de la Guarnición Militar de Tolemaida, sin tener autorización legal para ello, según hechos ocurridos en las horas de la mañana del catorce de febrero de mil novecientos setenta y dos?"

Se debatió la cuestión planteada en el anterior cuestionario, después de lo cual los Voceros contestaron secretamente lo que se les preguntó, en forma afirmativa de responsabilidad, resultando un veredicto condenatorio por unanimidad.

Veamos ahora si este resultado cuenta con algún respaldo dentro del proceso.

El Sargento 2º José Misael Rubiano Leguizamón se ratificó en la denuncia escrita presentada el 14 de febrero de 1972 (fls. 2 y 3); agregando ante el funcionario instructor que al ser sorprendido con tales papeletas de marihuana, el soldado manifestó repetida-

mente que la había conseguido en el fin de semana que tuvo; y dejando la impresión en su declaración de que en la guarnición de Tolemaida se propala el vicio del consumo de la marihuana tanto dentro del personal de detenidos, como entre los soldados que se encuentran en filas, sin que pudiera afirmar categóricamente que él hubiera visto al soldado Mauricio Durán, fumándola.

Los demás testigos, es decir el Cabo 2º Luis Gonzalo Ordoñez Moncayo, el soldado Jesús Galindo Rubio, el Sargento 2º Dagoberto Rodríguez Avila y el civil Julio Geremías Burbano López, declararon en forma armónica que presenciaron el momento en que entre el Sargento Rubiano y el Sargento Rodríguez extrajeron del bolsillo izquierdo de la camisa del soldado Mauricio Durán unas papeletas (17) que se encontraban en una cajetilla de cigarrillos loocky y que resultaron ser de marihuana en vegetal; que ello ocurrió en la enfermería, por que allí fue conducido con maña por el Sargento Rubiano Leguizamón. El Cabo Ordoñez Moncayo manifestó, además, que hacía aproximadamente unos 14 meses conocía de vista al soldado Durán y tenía referencias de que le gustaba ese vicio.

Tanto el denunciante Sargento 2º Rubiano Leguizamón como el Sargento 2º Rodríguez Avila afirman que el soldado les manifestó, cuando lo conducían a la oficina del Comando que no le fueran a dañar la baja; que él no la vendía; que sólo la consumía.

Las papeletas encontradas a Mauricio Durán fueron enviadas al Institu-

to de Medicina Legal en donde fueron examinadas, llegándose a la conclusión de que sí contenían marihuana.

Sometido a indagatoria el procesado manifestó que se encontraba detenido por marihuana; puesto que el día 14 de febrero, a las nueve de la mañana, el Sargento Rodríguez lo había sometido a una requisa dentro de la enfermería, sacándole un paquete que él no sabía que contenía, pero que luego se dió cuenta que se trataba de marihuana, dando a entender que no sabía cómo llegó a su bolsillo el paquete que contenía la hierba; pero finalmente el instructor le preguntó qué destino pensaba darle a la marihuana; contestando que no las tenía para la venta.

También se allegaron a la investigación los documentos demostrativos de calidad de soldado que tiene el procesado.

De modo que, no es escaso en realidad el material probatorio, como lo afirmó el señor Asesor Jurídico en su concepto, previo a la convocatoria del Consejo de Guerra Verbal, sino más que suficiente para que los Vocales se formaran un juicio serio, certero y firme sobre la responsabilidad del procesado.

En señor Fiscal del Consejo de Guerra, en su intervención, solicitó la condena del procesado por encontrarse probado el porte de la marihuana, en lugar público, puesto que en Tolemaida conviven más de cuatro mil personas y el soldado no tenía autorización para portarla.

A su vez, el señor Defensor pidió la absolución del procesado alegando que

alguna persona le pudo haber colocado la marihuana en el bolsillo de la camisa del soldado Durán, con el ánimo de perjudicarlo por que se encontraba ya próximo a ser licenciado.

Pese a las afirmaciones de los Suboficiales en el sentido de que el Soldado Durán les manifestó que la marihuana la tenía para el consumo, la Presidencia del Consejo Verbal formuló cuestionario por porte de marihuana; y está bien que así lo hubiera hecho porque la prueba es más robusta en este sentido y más precisa la norma que tipifica este delito.

En providencia marcada con el número 2.487 del sumario N° 49315, de 6 de junio de 1972, en el caso del soldado Graciliano Moreno la Sala tuvo oportunidad de expresarse sobre este tipo de infracciones en los siguientes términos: (Ponencia Dr **Raúl García Mejía**).

"El delito se encuentra plasmado en el artículo 8° del Decreto 522 de 1971, cuyo tenor es el siguiente:

"El que en lugar público o abierto al público porte substancia 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 cuanto lo puede ser cualquier persona.

"Dos, el hecho doloso genérico consiste en el porte de substancia 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,

"Cuarto, la tenencia de la substancia 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, esto 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 la tipificación del delito en relación con los cuarteles podrá presentar 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 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 son por naturaleza, es decir, aquellos a los cuales está permitido el acceso del

pueblo en forma permanente, como los parques, las calles, las plazas; b) Los que 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 conciertos; y c) los que son por accidente, o sea aquellos que en un momento determinado se ven concurridos por ciertos grupos de personas como los vehículos de transporte y los almacenes. Es público 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 defiende el artículo 247 en el que usan las mismas expresiones de "lugar público o abierto al público" dice que la "publicidad es lo que constituye la índole propia de 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 condicionadora 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 concorra 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" constituyera condición de punibilidad, habría sido fácil re-

dactar la norma con el modo adverbial, de "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 sentido de notorio, patente, manifiesto o sabido por todos; y el modo adverbial "en público", equivale a públicamente, a la vista de todos; podemos terminar esta disquisición gramatical resumiendo que "lugar público", precedido de la preposición "en" puede ser equivalente a o significar sitio, paraje, aldea, ámbito, etc., visto por todos, notorio o patente en contraposición a lugar privado o secreto.

De donde no resulta ser desacertada la consideración de la sentencia de primera instancia al estimar que la guarnición militar de Tolemaida pueda ser o tener lugares públicos, porque en ella convivan o se congreguen muchas personas. Y si realmente el soldado Mauricio Durán transitaba por calles y predios del Fuerte Militar, y vigilaba el aseo que hacía de dormitorio o comedor, cuando despertó las sospechas del Suboficial que le decomisó la marihuana, la condición especificadora de lo público, se dá.

Entonces resulta evidente que el jurado de conciencia acertó el declarar la responsabilidad del reo.

La Fiscalía 2ª solicita de la Sala la confirmación integral de la sentencia condenatoria que se consulta; pero en verdad que la pena de seis meses de

arresto que se impuso resulta exagerada porque Mauricio Durán no registra antecedentes que permitan aumentarle en cinco meses más la pena mínima que trae la norma; ni la modalidad del hecho, ni sus circunstancias lo autorizan; ni el procesado se presenta en un grado de peligrosidad que sea necesario recluirlo por ese lapso. Considera la Sala que con estas consideraciones una pena de tres meses de arresto es la justa.

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

Resuelve:

Refórmase la sentencia de 5 de abril del año en curso proferida por la Presidencia del Consejo de Guerra Verbal que juzgó al soldado **Mauricio Durán**, en el sentido de imponerle la pena de tres meses de arresto, en lugar de la de seis que trae el fallo consultado.

Revócase la pena accesoria de separación temporal impuesta en la misma sentencia.

Ordénase la libertad inmediata e incondicional del soldado Mauricio Durán, por haber cumplido en detención la pena impuesta en esta instancia.

Cópiese, Notifíquese y Devuélvase.

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

Otrosi:

Lugar Público.

El de libre uso o acceso para todos. Los hay exteriores, como los caminos, calles, riberas; e interiores, como los establecimientos públicos (v. ev.), donde la entrada es libre dentro de las horas señaladas para su funcionamiento; y a veces abonando la cantidad fijada, como en las salas de espectáculos. Civilmente, Escriche considera lugares públicos aquellos cuya propiedad pertenece al pueblo; y en cuanto al uso todos y cada uno de los habitantes, por derecho de ciudadanía. Y cada particular tiene derecho a quejarse por aquello que le perjudique (v. Bienes Públicos).

Mercantilmente, son lugares públicos de comercio las bolsas lonjas, mercados, ferias, tiendas.

Procesalmente, el Cd. de Proc. Crim de la Cap. Fed. Arg., 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 (art. 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.).

(Diccionario de Derecho Usual, Guillermo Cabanellas).

Existe, además, la siguiente definición legal:

"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.

Con todo, cuando en sitio abierto al público se establezca recinto de trabajo o de habitación, este se reputa lugar privado.

Terminado el espectáculo o finalizada la tarea diaria en sitio abierto al público, el lugar se torna privado".