

NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

Director

JUAN OBERTO SOTOMAYOR

Coordinador

Leihgabe Prof. Ambos

EDITORIAL

Uso alternativo del derecho: alcances
y posibilidades de aplicación.

Pedro Enrique Aguilar León

42

DERECHO PENAL

- Algunos aspectos dogmáticos de los artículos 32, 33 y 34 de la ley 30 de 1986.

A. Villanueva Garrido

- El derecho penal terrorista.

Álvaro López Dorado

POLÍTICA CRIMINAL

- Principios conspiradores de una nueva política sobre drogas.

José Luis Díez Ripollés

- Proyecto de convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

- Conclusiones de la conferencia sobre las políticas de drogas en Europa Occidental.

- Narcotráfico y drogadicción.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

- Aplicación indebida del estatuto nacional de estupefacientes.

Gustavo Gómez Velásquez

TRIBUNAL SUPERIOR DE ORDEN PÚBLICO

- Delito de rebelión. Inaplicabilidad del decreto 180 de 1988.

Ernesto de Francisco M.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

- Configuración del delito político.

Rodolfo Mantilla Jácome

CO/XIV
F/Z

2345

OCTUBRE



NOVIEMBRE



DICIEMBRE

Licencia 00577 de 1985

Director

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

Coordinador

JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA

Consejo de Dirección

HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ
CARLOS ALBERTO JARAMILLO R.
JESÚS MARÍA VALLE JARAMILLO
J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA
MARIO SALAZAR MARÍN

HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO
FERNANDO VELÁSQUEZ V.
IVÁN GÓMEZ OSORIO
HERNÁN DARÍO BENÍTEZ N.
CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE

Auxiliares

SANDRA CRISTINA MORA S. (U. de Medellín)
MARIO ALBERTO ARENAS (U. de Medellín)
SERGIO UPEGUI KAUSEL (U. Pontificia Bolivariana)
FRANCISCO VALBUENA C. (U. de Antioquia)

NUEVO FORO PENAL

REVISTA TRIMESTRAL



Editorial TEMIS Librería

Bogotá - Colombia

1988

La responsabilidad por las opiniones emitidas en artículos, notas o comentarios firmados, publicados en esta Revista, corresponde a sus autores exclusivamente.

Christliches Seminar
der Universität
Göttingen

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en Talleres Gráficos Nomos.
Carrera 39 B, núm. 17-98, Bogotá.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de esta Revista, por medio de cualquier proceso, reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis, S.A.

Solo se autoriza la reproducción de artículos siempre que se indique que han sido tomados de esta Revista.

Impresa por EDITORIAL NOMOS, Bogotá - Colombia

ÍNDICE GENERAL

EDITORIAL

	PÁG.
Uso alternativo del derecho: alcances y posibilidades de aplicación. Pedro Enrique Aguilar León.	421

DERECHO PENAL

Algunos aspectos dogmáticos de los artículos 32, 33 y 34 de la ley 30 de 1986. Gustavo A. Villanueva Garrido	431
El derecho penal terrorista. Álvaro López Dorado	447

POLÍTICA CRIMINAL

Principios inspiradores de una nueva política sobre drogas. José Luis Díez Ripollés.	459
Proyecto de convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas	477
Conclusiones de la conferencia sobre las políticas de drogas en Europa Occidental	496
Narcotráfico y drogadicción. Comunicado de la Conferencia Episcopal	498

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Aplicación indebida del Estatuto Nacional de Estupefacientes. Gustavo Gómez Velásquez	509
Comentario de Fernando Velásquez V.	516
TRIBUNAL SUPERIOR DE ORDEN PÚBLICO. Delito de rebelión. Inaplicabilidad del decreto 180 de 1988. Ernesto de Francisco M.	519
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Configuración del delito político. Rodolfo Mantilla Jácome	523
Comentario de Hernando León Londoño Berrio	527

BIBLIOGRAFÍA

THE NEW YORK PUBLIC LIBRARY

ASTOR LENOX TILDEN FOUNDATION

500 FIFTH AVENUE, NEW YORK, N. Y. 10017

BOOKS FOR SALE

THE NEW YORK PUBLIC LIBRARY, ASTOR LENOX TILDEN FOUNDATION, 500 FIFTH AVENUE, NEW YORK, N. Y. 10017. BOOKS FOR SALE. THE NEW YORK PUBLIC LIBRARY, ASTOR LENOX TILDEN FOUNDATION, 500 FIFTH AVENUE, NEW YORK, N. Y. 10017.

THE NEW YORK PUBLIC LIBRARY

THE NEW YORK PUBLIC LIBRARY, ASTOR LENOX TILDEN FOUNDATION, 500 FIFTH AVENUE, NEW YORK, N. Y. 10017. BOOKS FOR SALE. THE NEW YORK PUBLIC LIBRARY, ASTOR LENOX TILDEN FOUNDATION, 500 FIFTH AVENUE, NEW YORK, N. Y. 10017.

THE NEW YORK PUBLIC LIBRARY

THE NEW YORK PUBLIC LIBRARY, ASTOR LENOX TILDEN FOUNDATION, 500 FIFTH AVENUE, NEW YORK, N. Y. 10017. BOOKS FOR SALE. THE NEW YORK PUBLIC LIBRARY, ASTOR LENOX TILDEN FOUNDATION, 500 FIFTH AVENUE, NEW YORK, N. Y. 10017.

THE NEW YORK PUBLIC LIBRARY

EDITORIAL

USO ALTERNATIVO DEL DERECHO ALCANCES Y POSIBILIDADES DE APLICACIÓN

Dr. PEDRO ENRIQUE AGUILAR LEÓN *

La concepción del Estado de Derecho, cuyo origen lo podemos encontrar en Alemania como consecuencia del característico compromiso del liberalismo y la tendencia conservadora propia de la época de la restauración que sigue a los movimientos de 1848¹, ha sido un instrumento de interpretación del Estado. En su evolución ha tenido significaciones y contenidos diversos, e incluso se han adoptado con el mismo término posturas antitéticas. Observamos que con el mismo ropaje se han cubierto corrientes ideológicas vinculadas al pensamiento liberal, como el clásico, de la Ilustración, del norteamericano, neocapitalistas del Estado de Bienestar, y también posiciones netamente autoritarias como el nacionalsocialismo y el fascismo.

Su permeabilización no ha permitido ubicar un concepto preciso. A pesar de su origen ambiguo y su utilización ideológica, este principio ha adoptado algunos pensamientos del Iluminismo, razón por la cual se conecta con la tradición liberal, en cuya base se encuentra el individuo. Por tanto, una concepción que corresponda al Estado de Derecho debe tener como núcleo los derechos individuales, los cuales encuentran tutela en normas jurídicas capaces de moderar la acción de la autoridad pública. Otra característica que se le suma es el principio de organización que contiene la doctrina de la separación del poder público en tres ramas: ejecutiva, legislativa y judicial. La colaboración armónica, que genera lo contrario, es la preceptiva de nuestra normatividad.

Son requisitos mínimos que se exigen para conformar un Estado de Derecho. El Estado colombiano formalmente se sustenta en tales principios, propios de un Estado demoliberal. Dentro de este concepto a la rama jurisdiccional le corresponde conocer de los diversos conflictos de intereses, mediante la interpretación de las normas jurídicas pertinentes. Esta explicación que conforma su esencia, es el fenómeno que permite tenerla como la máxima garantizadora de las libertades individuales reconocidas por la Constitución, las leyes y los tratados internacionales². En

* Profesor de Criminología y derecho penal de la Universidad Libre de Bogotá.

¹ ALESSANDRO BARATTA, "El Estado de Derecho. Historia del concepto y problemática actual", en *Revista Sistema*, núms. 17 y 18, Madrid, 1977, pág. 14.

² COLECTIVO "RUPTURA", "La administración de justicia en Colombia". Documento presentado en el Symposium sobre "Administración de Justicia y Justicia Penal", Buenos Aires, mayo 2 a 6 de 1988, pág. 7.

palabras de RADBRUCH: "La garantía de los valores jurídicos fundamentales se encuentra, más que en la ley, en el estamento judicial, tutor por su autonomía de los valores fundamentales de la libertad"³.

Esta introducción es pertinente para nuestro objeto de estudio, pues es necesario demarcar el campo concreto que presupone la aplicación del uso alternativo del derecho, proyectado a la consolidación del Estado de Derecho, en cuya base necesariamente debe estar el individuo. Y a la rama judicial, como garantizadora de los derechos de este, le corresponde la asunción del mecanismo aludido. En la medida que su postura sea abierta, podrá señalarse que cumple su función de garante.

Sobre este presupuesto, el uso alternativo del derecho es un instrumento para la realización del proyecto de una criminología y un derecho penal crítico. En cuanto corresponde a la actuación judicial del derecho supone "una actitud decididamente orientada por vía interpretativa a la ampliación de los posibles espacios democráticos del ordenamiento jurídico, que se proyectan críticamente sobre el actual modelo de inserción del poder judicial en el aparato de Estado y se articula en una serie abierta de proposiciones para la reforma orgánica y la actuación concreta"⁴.

Refleja, además, una sociedad en conflicto que interiormente genera intereses contrapuestos. Estos "son producto de las relaciones antagónicas entre los distintos estratos sociales, de su correlación de fuerzas, de las conquistas democráticas de las clases menos favorecidas en la escala social, etc. ..., es decir, allí se producen toda la gama de contradicciones de una sociedad"⁵.

El uso alternativo del derecho se inscribe así en una coyuntura histórica en crisis. Ahí radica su importancia, por cuanto es un mecanismo dirigido a los aplicadores de normas. Es importante precisar que la acción de estos no se encuentra totalmente subordinada a las decisiones de los legisladores, ordinarios o extraordinarios, por cuanto la normatividad en su conjunto presenta lagunas, fisuras, incoherencias, contradicciones e incongruencias que dan margen legal para la aplicación de algunas directrices propias de la política criminal alternativa, como por ejemplo las referidas a la consolidación de las garantías individuales frente a la actividad punitiva estatal y a la humanización y democratización del sistema penal.

Precisada en su esencia la finalidad de la rama jurisdiccional y el contenido del uso alternativo del derecho, es del caso integrar estos aspectos como conformadores de un mismo problema. Además, la modalidad de su materialización, premisa fundamental: que la administración de justicia tenga contacto con la realidad social, que se nutra de ella, que comprenda que existe 'un mundo', 'una sociedad'; que entienda que la población no es homogénea, que en su interior se agitan grandes e irreconciliables contradicciones que el Estado pretende frenar pero que le resulta imposible solucionar porque es un órgano de dominación de clase⁶. Y es de desta-

³ ALESSANDRO BARATTA, art. cit., pág. 21.

⁴ PIETRO BARCELLONA, "El uso alternativo del derecho", citado por EMIRO SANDOVAL HUERTAS, en *Sistema penal y criminología crítica*, 1985, pág. 121.

⁵ JESÚS ANTONIO MUÑOZ, "Reflexiones sobre el uso alternativo del derecho", sin publicar, pág. 10.

⁶ IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ, Prólogo al libro *Conceptos fiscales. Por los que nacen procesados*, de GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA.

car, porque, como lo señala GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA, quien desde su tribuna como fiscal del Tribunal de Medellín regentó cátedra de derechos humanos, es imperativo que "la justicia sea concreta, no abstracta, que sea física como el pan, fresca, diáfana y sencilla como el agua en tinaja de barro, colectiva como el aire, y como debiera ser el trabajo. No es celestial para repartir infiernos, es tierra cuyos sueños son las realizaciones humanas de cada quien; puede ser parcela para el campesino, pedacito de cielo para los tugurianos y empleados modestos; patria material para todos: profesionales, maestros, dementes, sabios, artesanos, obreros; autonomía y orgullo cultural; greda de los pueblos; oro muisca; fragmentos de historia cuyos artífices seamos todos, trenzando cadenas de fraternidad universal. Pensar así, con humanismo, no hace milagros pero nos hace menos injustos y afirma la fe en un futuro inexorable, que se está construyendo sobre esos mojones de utopía"⁷.

Obviamente, el juez tiene como punto de referencia un complejo normativo. Este, como se dijo, tiene vacíos, fisuras, incongruencias y contradicciones que es necesario resolver en beneficio de la colectividad. Solo de esa manera se proyecta un juez, comprometido con los derechos humanos. Es incompatible con este cometido el juez técnico puro que postula la coherencia y completud del ordenamiento jurídico, pues al afirmarlo lo conduce a decisiones judiciales basadas en operaciones de pura lógica deductiva, sin libertad de elección para el intérprete. Es engañoso ese presupuesto, por cuanto la normatividad es realmente contradictoria, porque contradictoria es la realidad social que la expresa. Aquel sofisma de la justicia técnica que se presenta como garantía de imparcialidad, responde a la ideología tradicional, soporte de la modernización burocrática del poder judicial, dimanadora de la concepción del pretendido apoliticismo de su actividad, que descansa en la figura del juez "*bouche de la loi*" [voz de la ley] y de la jurisdicción como "técnica de la fiel aplicación de la ley"⁸.

Dentro de este marco valorativo, tanto de la norma como de la conducta, corresponde al juez confrontar el derecho positivo, no solamente con el de mayor jerarquía, sino también con los ideales de justicia, igualdad, libertad, solidaridad, legitimidad y dignidad de la comunidad y, si se quiere, de la humanidad; ideales de suyo universales, intemporales y absolutos, nunca agotables, que proporcionan en todo caso los criterios de la ideología personal y social e inyectan a todo derecho, por lo menos, la esperanza de un mundo más justo y seguro⁹.

Ya en concreto, como lo sostiene también FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, es necesario acudir a los valores consagrados en la normatividad nacional, contenidos en el título III de la Constitución Nacional, referidos a los derechos civiles y garantías sociales; a los principios rectores consagrados en los códigos correspondientes,

⁷ GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA, "Ca Ira", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 27, pág. 6.

⁸ SALVATORE SENESE, "Aparato de justicia y lógica de sistema". Publicado en *Política y Justicia en el Estado Capitalista*, Barcelona, 1978, págs. 162 y 163.

⁹ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, "Los derechos humanos como una barrera de contención y criterio autoregulator del poder punitivo", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 39, pág. 84.

v. gr. en el Penal y el de Procedimiento Penal, y a los tratados públicos sobre derechos humanos y garantías penales y procesales, que conforman derecho interno (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU —ley 74 de 1968— y Convención de Derechos Humanos de San José de Costa Rica —ley 16 de 1972—), sin que aquí culmine la crítica del derecho y la política criminal, que prosiguen su vigilancia y confrontación con los ideales (de la comunidad y del crítico) y la gestión de estos mismos.

Tal forma de interpretación de la ley se contrapone a la tradicional, cuya base está en la figura del juez como regulador de intereses generales y abstractos, del cual se desprende el deber de absoluta fidelidad del juez a la ley del Estado, previa aceptación del carácter meramente técnico de la actividad jurisdiccional. Estos postulados entronizan la figura del juez aséptico, aislado en la torre de marfil de su conciencia, por encima de las partes y fuera del mundo. *Este, no ha existido nunca.*

La concepción en referencia proviene de un desgastado mito iluminista, que coloca al juez como “*bouche de la loi*” y a la jurisprudencia como la técnica de la fiel aplicación de la ley. En el fondo se responde a un criterio político, y como tal, su uso refleja una concreta situación política, máxime cuando el modelo de la administración de justicia fomenta ese perfil. Además, esa condición de apoliticidad se ha asumido como sinónimo y presupuesto de imparcialidad e independencia del juez y, por consiguiente, como principio fundamental de su deontología profesional. Correlativamente, “como garantía de apoliticidad e independencia, se afirma la separación del juez de la sociedad civil, entendida como lugar de dinámicas individuales y de intereses privados y particulares; y su integración en el sistema de poderes del Estado, concebida como ámbito de los intereses generales y depositaria del bien común”¹⁰.

La fundamentación no es cierta, porque la apoliticidad lleva implícito su contrario, pues quien diga que la función judicial es apolítica hace política en el ejercicio de sus funciones. Por tanto aquellos postulados son ideológicos, encubridores de una determinada política de justicia y significativa, además, de que la función no está por encima de la política sino que, por el contrario, se genera una aceptación pasiva de los valores políticos e ideológicos determinantes, por cuya virtud el poder es siempre “apolítico”, mientras que “políticas” son solo las oposiciones¹¹. Además, porque entre la creación de la norma y su individualización en el caso concreto, se evidencia la dinámica del juez, quien con su interpretación da un marco político a la decisión, puesto que es la adecuación del esquema teórico a una materialidad dada y porque en esa función interpretativa se ausulta la distancia que puede existir entre los objetivos políticos del sistema y la realidad enfrentada por el juez y su determinación¹².

Nuestro medio responde a la concepción del juez aséptico, apolítico. Por ello, la introducción de una jurisprudencia alternativa, que nace del uso alternativo del derecho, es una labor compleja, pues el condicionamiento mental del juez está definido hacia tal postura. Se requiere como presupuesto para asumir una judicatura que no responda a los lineamientos tradicionales de “una maduración política del juez, que puede obtenerse solo mediante una radical transformación de sus modelos de comportamiento y sus hábitos mentales y culturales. Emancipación política y relación con el exterior son, por consiguiente, las condiciones necesarias para que pueda desarrollarse y progresar una jurisprudencia alternativa”¹³. La asociación de jueces es otro instrumento que propicia ese viraje porque, como lo afirma BERGALLI, “en la medida que las corrientes asociacionistas revelan y traducen nuevas formas de concebir el derecho y la jurisprudencia, el fenómeno en cuestión contribuye al afianzamiento de una auténtica independencia judicial”¹⁴. Además, la cultura jurídica puede contribuir a afirmar la democracia en períodos de crisis, ampliando espacios, ya sea proyectando y realizando prácticas alternativas frente al criterio dominante o generando una cobertura de discusión entre sus mismos componentes, lo cual, a la postre, conduciría a otorgarles más autonomía e independencia a los funcionarios y a su actividad¹⁵.

La praxis alternativa ha tenido poco desarrollo. Ha sido mínima. Las decisiones judiciales con este alcance y contenido son contadas. Esta situación es dicente sobre la urgencia que se tiene de propiciar un proceso de transformación de la rama jurisdiccional hacia aquella en la cual el juez debe ser consciente del alcance político-constitucional de su propia función de garantía. Solo a partir de ahí adquiere compromisos con la democracia, al reconocer como tema central de su actividad la protección de los derechos humanos y de los llamados intereses difusos, valorar los aspectos democráticos e igualitarios de la Constitución y de la legalidad democrática, la desmitificación de la imagen tradicional del juez neutral que oculta la desigualdad que reporta la función judicial, sacrificar lo menos posible al individuo, como postulado propio de un derecho penal liberal, y servir de límite a la acción de las otras ramas del poder público. En otras palabras, el uso alternativo del derecho se asienta en la tutela de los espacios de acción de las mayorías desprotegidas.

No se pretende una desaplicación del derecho ni la libre creación de este, sino aplicación a fundamentales preceptos constitucionales, normas rectoras e internacionales que consagran principios sustanciales y procesales referidos al respeto de los derechos humanos y al individuo, entre otros. Es así como la libertad en todas sus expresiones está garantizada, con poder vinculante, en normas de máximo rango. Si se quiere ser consecuente con la función de garantía de la rama jurisdiccional, se debe partir de la interpretación de esos marcos de referencia para contraponerlos a la ley positiva injusta.

¹⁰ LUIGI FERRAJOLI, “Magistratura democrática y el ejercicio alternativo de la función judicial”, publicado en *Política y Justicia* ..., pág. 198.

¹¹ FERRAJOLI, ob. cit., pág. 201.

¹² ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS, “Terrorismo y poder judicial”. Conferencia dictada en Sevilla (Esp.), diciembre de 1987, pág. 83. Sin publicar.

¹³ FERRAJOLI, ob. cit., págs. 212 y 213.

¹⁴ ROBERTO BERGALLI, “Para qué, por qué y cómo se asocian los jueces”, en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, núm. 12, pág. 145.

¹⁵ COLECTIVO “RUPTURA”, “Hacia una auténtica administración de justicia”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 36, pág. 149.

En esas condiciones, la jurisprudencia alternativa se dirige a la promoción de opciones judiciales que dimanen de la prevalencia de intereses que protejan la colectividad: tutela del derecho de libertad contra razones de orden público y de seguridad nacional, del debido proceso, de favorabilidad, de igualdad, de la función social de la propiedad, etc. Se busca así la concurrencia de una justicia material.

Para materializar estas opciones se requiere, al enfrentar la realidad del hecho, que esta se asuma no bajo la forma de segmentos fraccionados y arrancados del contexto, sino en la efectiva totalidad de sus relaciones, de sus desigualdades y contradicciones, de los impulsos y dinámicas que lo agitan. Se trata así de señalar el uso de la justicia "que pretende someter a juicio de los tribunales solo un fragmento cristalizado del hecho y hacer pasar una brizna de verdad escogida arbitrariamente como «toda la verdad», mientras esta es solo la realidad en toda su amplitud, comprensiva de un orden social discriminatorio, injusto y con frecuencia inhumano, de los impulsos de liberación que él mismo genera, de los mecanismos de represión y de los comportamientos que les hace frente, de la inevitable parcialidad de los aparatos frente a los inconformistas y oponentes y frente a la tendencia inmanente a criminalizar toda manifestación de tal carácter"¹⁶.

Es cierto que para la entronización de una práctica judicial alternativa surgen obstáculos. Entre ellos la carencia de conciencia de los jueces, proveniente de la ideología social dominante, que influye en su pensamiento, la forma como administran justicia, la forma como seleccionan su clientela, el alcance que les dan a las normas de garantía y a las normas de represión, etc.¹⁷. Incluso, se observa una polarización en sentido inverso de los intereses de nuestras grandes mayorías¹⁸.

El solo hecho de plantear esta alternativa y revelar las razones que han estado implícitas en la función judicial, ya son aportes que pueden dar lugar a una reevaluación del problema, máxime cuando la práctica alternativa es un fenómeno propio de una sociedad en crisis.

También se ha planteado como obstáculo el hecho de no tener en nuestro ordenamiento contradicciones que permitan al jurista una práctica judicial alternativa. El aserto nace de la comparación con la normatividad jurídica italiana, donde ha tenido gran desarrollo esta praxis, teniendo en cuenta la aguda contradicción entre el art. 3° de la Constitución, ampliamente democrático, que impone al funcionario la obligación de remover obstáculos que generen desequilibrios sociales, con un conjunto de leyes represivas (Código Penal, ley de Procedimiento Penal, de seguridad pública, reglamento penitenciario, etc.). Así mismo, que solo existen las garantías formales, pero definitivamente insuficientes si buscamos la justicia en las relaciones jurídicas¹⁹.

El método comparativo es importante para desarrollar la aplicabilidad de una teoría, no para desecharla exclusivamente. Es claro que la realidad italiana permite mayor amplitud en la práctica alternativa, pero ello es debido preponderantemente a la participación activa de un sector de la clase judicial italiana organizada a través de la magistratura democrática, que asume una posición crítica y garantizada de los derechos de la colectividad. En nuestro medio no ha sucedido así. La clase judicial se ha caracterizado por ser conservadora. A medida que realice aperturas será posible, al contrastar la normatividad con las garantías formales (que también lo son en Italia y habrían quedado así si no surge la actitud crítica de un sector de la magistratura, cuya misión ha sido difícil), materializar opciones en búsqueda de una justicia material. Se dan pasos en ese sentido. Es posible observar la existencia de pronunciamientos judiciales en los cuales priman aquellas interpretaciones amplias y respetuosas de valores fundamentales del individuo, en contraposición a preceptos desconocedores de estos. A título de ejemplo obran los autos de agosto 25 de 1982²⁰; octubre 3 de 1983²¹; noviembre 22 de 1984²²; abril 23 de 1985²³; septiembre 5 de 1985²⁴; junio 4 de 1986²⁵; abril 3 de 1986²⁶; octubre 29 de 1985²⁷ y marzo 23 de 1985²⁸.

Tal vez aparezca como insuficiente una propuesta de uso alternativo del derecho para el medio colombiano. Pero con los fundamentos esbozados, se considera necesario plantearla a la judicatura, como mecanismo general, atendiendo la presencia de conciencias críticas al interior de la rama jurisdiccional. Y, lo que es más importante, ante la necesidad de que esta asuma su verdadero papel de garante del individuo y de la colectividad, olvidados por el legislador en su frenesí por expedir normas, con fundamento en razones oscuras de orden público y seguridad nacional.

La práctica judicial alternativa ha sido poca y aislada. Es indudable. De todas maneras constituye faro que puede guiar hacia una postura con tal perfil. Es impor-

²⁰ TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, ponente: Dr. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 19, pág. 422.

²¹ JUZGADO SEXTO SUPERIOR DE MEDELLÍN, Dr. CARLOS MEJÍA ESCOBAR, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 25, pág. 427.

²² JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL DE BOGOTÁ, Dr. TOMÁS JORDÁN M., en *Nuevo Foro Penal*, núm. 28, pág. 258.

²³ JUZGADO TERCERO SUPERIOR DE MEDELLÍN, Dr. LAUREANO COLMENARES CAMARGO, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 33, pág. 374.

²⁴ JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE CALI, Dr. LUIS FERNANDO TOCORA LÓPEZ, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 34, pág. 532.

²⁵ JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, Dr. ANDRÉS FERNANDO NANCLARES, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 35, pág. 130.

²⁶ TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA, Dr. LUIS FERNANDO TOCORA LÓPEZ, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 36, pág. 266.

²⁷ JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL DE BOGOTÁ, Dr. PEDRO ENRIQUE AGUILAR LEÓN, en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, núm. 13, pág. 506.

²⁸ TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, ponente: Dr. JORGE A. HERNÁNDEZ ESQUIVEL, en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 26, pág. 267.

¹⁶ VINCENZO ACCATATIS y otros, "Por una magistratura democrática", en *Política y Justicia* ..., pág. 136.

¹⁷ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Entrevista en artículo "El aumento de la violencia delincuencial" con Pastor Acevedo, en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, núms. 16-17, pág. 84.

¹⁸ JESÚS ANTONIO MUÑOZ, ob. cit., pág. 25.

¹⁹ JESÚS ANTONIO MUÑOZ, ob. cit., pág. 22.

tante su asunción porque constituye la única manera de imbricación de las garantías formales consagradas en la norma con el hecho para darle vida al ordenamiento jurídico. La realidad es dinámica. Con los presupuestos señalados hay que sensibilizar la norma, con un protagonista con nombre propio: *El Hombre*. Solo si ello ocurre así podrá enfatizarse un acercamiento a la realización de la justicia a partir de las relaciones jurídicas. De otra manera, las garantías formales serán meros enunciados teóricos.

No creo, además, que la propuesta formulada se inspire en la vana ilusión de cambiar la realidad por el derecho, ni tampoco conforma una manera de ocultar lo que el Estado y el derecho realmente son.

Con las limitaciones propias del derecho, sería ingenuo siquiera pensar que tiene la virtualidad de variar la realidad. Por otro lado, delimitado nuestro objeto y teniendo claro el origen de la práctica alternativa, no se cae en el encubrimiento de la realidad, pues en la base de cualquier aplicación debe existir un enfoque crítico, que a la vez que cumpla la función de desentrañar los contenidos implícitos de la norma (v. gr., por vía de excepción de inconstitucionalidad, atendiendo los principios rectores de la codificación o la normatividad fundamental nacional o internacional), contribuya a restablecer las garantías del individuo violentadas por la ley formalmente válida pero materialmente injusta. Los derechos humanos estarían en la base de la práctica aludida como límite de la intervención penal.

Quedarnos en la postura inmóvil de rechazar cualquier apertura democrática, porque supuestamente propicia un reformismo jurídico, por esencia encubridor, que jamás puede conducir a la realización de los derechos humanos, en verdad es un criterio infantil y obstaculizador de cualquier alternativa. Frente a tal planteamiento hay que decir con ZAFFARONI y LARRANDART "que una administración de justicia que amplíe el acceso de la población a la misma (ejemplo: carrera judicial amplia y participativa, incompatible con la selección clientelista) y que incentive la realización de los derechos humanos, irá planteando una disyuntiva: O bien toda la estructura optimiza sus esfuerzos, o bien deberá quitarse la máscara liberal y adoptar una actitud de sinceridad autoritaria y elitista. Cualquiera de los efectos es dinamizante socialmente y ello es importante. El curso mismo de los acontecimientos irá señalando las tácticas adecuadas para cada momento, que no pueden ni deben preverse desde ahora, cuando de lo que se trata es de acabar con un modelo antidemocrático. Teniendo claros los objetivos, la estrategia está señalada y la táctica democratizante debe establecerse en cada coyuntura, pero en modo alguno pueden formularse previsiones dogmáticas que no pueden abarcar los imponderables de cada una de las coyunturas, pues en esta materia, como en todas, tiene plena vigencia el principio de que «la única verdad es la realidad». La pretensión de establecer tácticas sobre previsiones dogmáticamente aseguradas es peligrosa y suicida para cualquier estrategia, y la pretensión de augurar el fracaso de una táctica y demorar la acción hasta la «revolución» mesiánica, encierra un inmovilismo reaccionario que, en el fondo, es simpático a los partidarios del *status quo*"²⁹.

²⁹ EUGENIO R. ZAFFARONI y LUCILA LARRANDART, "Administración de justicia y reforma constitucional en la Argentina: La necesidad de un modelo", en *Derecho Penal y Criminología*, núms. 27-28, págs. 339 y 340.

Este texto constituye una propuesta de interpretación. Una visión de la aplicación de la ley sustancial y procesal, en cuya base se encuentran los derechos humanos, que en forma cotidiana, dado el período de crisis que atraviesa el país, entran en colisión con el ejercicio de la potestad represiva del Estado.

Va dirigido a todos los aplicadores del derecho positivo, pero en especial a los jueces penales, ya que estos son quienes ejercen la función de garantizar las libertades individuales reconocidas por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes. Y es a ellos a quienes se ofrece la publicación de toda decisión que hayan producido, que responda al concepto del uso alternativo del derecho.

El Colectivo Jurídico Ruptura, que hizo su presentación en la Revista Nuevo Foro Penal N° 36, se encargará de esa realización. En consecuencia, se solicita a los jueces penales que envíen al apartado aéreo 38693 de Bogotá, fotocopia de tales decisiones.

SECCIÓN DE DERECHO PENAL

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 Unico 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".

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 este, 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

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.

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 “violar 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

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

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.

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 trípede 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

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.

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, reiterase, 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-

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

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.

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

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

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 delictuoso 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.

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?

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

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

* Procurador Segundo Delegado ante la Corte Suprema de Justicia.

Que se va dando una antinomia, consistente en que el poder constituido no solamente ha dejado de cumplir con el mandato recibido sino que paulatinamente, con el desarrollo de la historia, se ha ido convirtiendo en el contradictor del constituyente primario, al punto que en los regímenes fascistas, por ejemplo, encontramos que el poder constituido es el enemigo de las mayorías. En esos sistemas se hacen redadas de muerte para acabar con los mendigos, los desocupados y los vagos.

Una parte de los miembros del Estado se arroga la potestad de quitarles el derecho a la vida a otros conciudadanos, por el hecho de que no hayan podido participar en condiciones de igualdad en las circunstancias del desarrollo económico. Lo anterior ha llevado a un divorcio gigante en el país.

En contraposición al estado actual de cosas, recordemos el planteamiento hecho por FLORENTINO GONZÁLEZ, elegido por voto popular procurador general de la Nación, en el año de 1850: los jurados de conciencia deben ser los encargados de calificar el sumario y de dictar sentencia en los procesos penales.

Cuando el derecho nace del constituyente primario, el ingrediente de conciencia impregna la forma jurídica. La historia y el derecho responden al momento concreto que se quiere dilucidar. En cambio, cuando el derecho se lo apropian determinados grupos que no son los mayoritarios, se comete el primer atraco contra las constituciones liberales de nuestro tiempo; entonces el mundo jurídico se va convirtiendo en lo que NOVOA MONREAL llama "El freno al desarrollo histórico de las instituciones sociales". Y cuando el derecho se convierte por arte de estas transformaciones políticas en el freno de la historia, la terminología jurídica se va volviendo el lenguaje de los iniciados, hasta el punto de que el constituyente primario va perdiendo la propiedad que tiene sobre esas herramientas jurídicas, quedando como el ignorante de su derecho o como el convidado de piedra de su propio festejo.

En este punto caemos en lo que podríamos denominar la historia de la paz. ¿Ha existido paz?, me pregunto ... Y la respuesta es: la paz no ha existido. Al menos desde que la historia recuerda, la paz no se ha dado, y lo digo porque quienes transitamos por las aulas universitarias pudimos ver en el lenguaje de MORGAN, BANCHOFEN, de ENGELS y de LENIN después, todo aquel análisis experimental que se hacía sobre una sociedad gentilicia, en el que se afirma, casi que con carácter de dictamen de laboratorio, que no existía la violencia y que por consiguiente había paz. Pero dejemos esto como una elucubración que no nos interesa en este momento.

Digamos que a partir del momento en que se estructura el derecho se termina la paz. ¡Que contradicción! ¿Y por qué se acaba la paz? Porque el derecho para poder existir necesita de un elemento fundamental, sin el cual no subsiste la posibilidad de que sea ejercido: la fuerza. La necesidad del constreñimiento significa que quien maneja el derecho tiene que acumular la cantidad de violencia suficiente para que la norma jurídica pueda ser impuesta a la totalidad de los ciudadanos. Entonces, se impone mediante un estamento armado que debe tener la sociedad. Y ese mecanismo de coerción, necesariamente tiene que generar violencia para que la norma jurídica adquiera vida dentro del conglomerado.

Ya en el plano de nuestra conciencia, desde el día en que nacemos nos acostumbramos a ver al señor de uniforme verde que, portando armas de fuego y otras

contundentes, encontramos en la esquina; siempre lo hallamos patrullando. Y esa figura, como la de la cárcel, como la del juez, como la del magistrado, se convierten en algo muy interno de nuestra propia personalidad. Introyectamos tanto esos criterios, que aprendimos a convivir con este tipo de violencia. Creemos que estamos en paz, a pesar de esos señores que andan con armas, o de las cárceles que nos rodean; a pesar de la existencia del derecho. La respuesta es sí, eso es la paz.

¿Cómo podríamos definir la paz ...? La paz en un Estado normal es eso: un grado mínimo de violencia. Lo cual significa que se formen escuadrones armados, que haya cárceles, que exista coercitividad, derecho. Este vivir violento es el que todos toleramos. La paz completa no la hemos conocido. Estamos viviendo entonces un momento normal, que es el Estado de Derecho, en donde el grado de violencia nos permite a nosotros, la gente del común, decir que estamos en un país pacífico. Este es el *status* que estamos añorando, por lo que estamos peleando.

Mientras tanto, en la sociedad se va planteando un gran debate. Cada grupo social tiene unos intereses concretos que definen su posición, y hace todo lo posible para que la sociedad gire en torno a esos intereses que él define. Nosotros los que estamos empleados, por ejemplo, peleamos por el mejor estar de nuestras familias a través del salario, luchando por su incremento, conquistando la menor carga laboral, etc. Aquellos que en la sociedad tienen empresas o poseen tierras, luchan porque su empresa crezca, porque dé mejores rendimientos, porque su tierra sea más productiva. Y unos y otros, halamos cada uno a nuestro favor. Este empuje, cada uno para su lado, tiene una expresión: el programa político con el que los partidos hacen gobierno y debaten las formas gubernamentales. Sobre todo, controvierten los términos en que debe estar escrita la ley. En estas condiciones se da primero un combate por el poder, por fuera del derecho, y cada uno por mejorar su papel en la sociedad. Esto ha generado que, a pesar de existir el derecho punitivo cuyo pilar fundamental es el castigo, existan sanciones que no pertenecen al derecho penal. Se dan, por ejemplo: las penas familiares, subsisten las canónicas, existe la pena de muerte, encontramos la privación de la libertad por fuera del ordenamiento sancionador, con las cuales se mueve la sociedad. Por consiguiente, el derecho penal es la legalización mínima de unas cuantas penas, por fuera de las cuales coexisten otras, siempre. La cárcel se inventó como las casas de trabajo en Holanda, en donde se regulaba el mercado laboral por medio de la privación de la libertad de grupos humanos: cuando la mano de obra sobraba, se reducía a prisión a los trabajadores; este es el momento precursor de la cárcel actual.

La sociedad soporta la controversia de hecho, en la cual cada sector social empuja para su lado. Y tiene una superestructura jurídica que trata los rigores de la violencia de uno y otro lado. Con el desenvolvimiento de la historia, hay ocasiones en que los grupos que han logrado acumular mayor poder se ven en calzas prietas, porque sienten la angustia de ser muy pocos y de estar asediados por muchos. Entonces echan mano de la norma para tratar de legalizar la mayor cantidad de represión posible a través de ella, y hacer de ese derecho una herramienta que les permita proteger los intereses que están defendiendo. Así se forja el sistema penal, en una controversia profundamente política; para dar una idea de cuán políti-

ca es la controversia del derecho, nada mejor que traer a colación el ejemplo que un magistrado de la Corte propuso en reciente conferencia. Se refería al proceso de Nuremberg, donde se juzgaba a la Alemania nazi derrotada. Se investigaba al almirante que comandó las fuerzas alemanas, con base en un cargo: le sacaron una circular en la cual daba órdenes a las tropas alemanas del mar, diciéndoles que cuando hubiese supervivientes de los barcos de guerra hundidos al enemigo, habrían de ser rematados en el mar, sin prestarles el auxilio que requerían. Era un delito de lesa humanidad. Quedó estupefacto el público que asistía al proceso de Nuremberg cuando con gran serenidad el almirante hizo una defensa extremadamente corta. Consistió en aportar otro pliego idéntico al que le habían endilgado, en el que se daba una orden exactamente igual a la que él habría dado, con la diferencia de que la firmaba el almirante de las tropas aliadas, que en ese momento ocupaba el cargo de juez. El uno quedó condenado y el otro salió impune, en una controversia en la que el fin que se buscaba era cubrir con el manto del derecho esas vías de hecho en las que se debate la sociedad.

Esto nos lleva a preguntarnos por los dos criterios que en el presente momento se están jugando en el ámbito mundial; porque en todos los países el cuestionamiento al derecho punitivo está haciendo carrera. Esos dos polos son: el derecho penal máximo y el mínimo. El primero consiste en que cuando el Estado se encuentra impotente ante determinados procesos sociales, se promulga un estatuto represivo, se criminalizan conductas y se pretende obtener excelentes resultados a través de la pena que se aplica en las figuras o tipos penales que se van creando para conjurar esos fenómenos sociológicos. Por ejemplo, en derecho penal económico, el profesor alemán CLAUS TIEDEMANN dice que los delincuentes financieros son tan ágiles, que el legislador deberá crear tantos tipos penales cuantas en el ajedrez de la mente se puedan imaginar las defraudaciones que estos individuos realicen. Esta es una propuesta de derecho penal máximo contra los delincuentes de cuello blanco.

El expresidente Belaúnde Terry, del Perú, acaba de colocarse como uno de los adalides del terrorismo de Estado en América Latina al decir que guerrilleros y terroristas son una misma cosa, y que por consiguiente lo que se necesita es crear una serie de estatutos monstruosamente represivos que acaben con esa plaga que está minando su sociedad. Nuestra Corte Suprema de Justicia, en reciente y desafortunada providencia que comentaremos más adelante, hizo un pronunciamiento en el mismo sentido.

Esto significa que se elabora y se incrementa el derecho penal en forma tal, que caemos en una especie de estado franquista. Ustedes recordarán que en los últimos días de Franco se creó una institución llamada Tribunal Superior de Orden Público, institución que ha sido copiada en muchos países, sin beneficio de inventario. Franco amplió tanto el derecho penal, que en el Código Penal español existía una figura en la que se decía: "El que hable mal del Tribunal Superior de Orden Público, tendrá una pena de tantos años a tantos otros". Era la expresión máxima del derecho penal máximo; era la forma de manejar a la sociedad mediante la regulación represiva extensa e inhumana.

En Colombia, mientras que nosotros abogamos por la descriminalización de conductas, por la recuperación del derecho penal mínimo, algún jurista propuso, en el seminario sobre derecho penal y deporte celebrado en Bogotá, que se erigiera en delito la conducta de escupir a los árbitros en eventos deportivos.

La escuela del derecho penal máximo tiene como fundamento de la pena la retribución; vivimos en una sociedad que odia tanto, que a quien hace un daño, se le devuelve otro daño: ojo por ojo. Si usted me agravia, yo también lo agravio. ¿A nombre de quién se ataca al vecino, que tiene tanto derecho de dañarme como yo de dañarlo a él? Pues a nombre del poder que tengo en el Estado. Este abuso del poder es una corriente que, aunque posteriormente en el derecho penal fue acabada por las escuelas de la prevención individual y de la prevención general, todavía parece que tiene sus adeptos, y muy fuertes, en nuestros países.

El derecho penal máximo aumenta penas, multiplica figuras delictivas y por consiguiente acaba con un criterio que es fundamental para el derecho penal: su aplicación por la vía de excepción. El sistema represivo solo en forma excepcional y extraordinaria debe ser aplicado. Cuando la represión máxima aparece, entonces se nos dice que el derecho penal lo es todo. A este estado llegó Polonia, por ejemplo. Y hoy en Polonia hay una gran autocrítica contra ese sistema represivo, crítica que dice nos equivocamos cuando a los delitos financieros, en vez de tratarlos con mecanismos adecuados, los tratamos con herramientas penales. ¿Qué ocurre cuando el delito, de excepcional pasa a ser general, porque hay tantos delitos que es muy posible que no haya un solo ciudadano que no delinca? Pues que el derecho penal se vuelve mayoritario, y entonces son las mayorías las que deben ser reinsertadas, porque se han quedado por fuera de la sociedad. Si las penas se van agigantando —como ocurre en nuestro país—, la reinserción de las mayorías deja al Estado sin gente, por un lado, en tanto que, por otro, trae un fenómeno más grande, cual es el de la corrupción.

Si, por ejemplo, en Colombia criminalizamos la conducta de tomar café, porque la cafeína convierte a los consumidores en adictos, entonces toda la población colombiana se vuelve delincuente y al convertirse en tal el Estado se queda sin gente, porque todos están violando la ley; y el derecho penal, de excepcional —como deber ser— pasa a ser tan general que deja de existir; el tomador de café es detenido por el policía de la esquina, y este a su vez se siente tan impotente ante la cantidad de delincuentes, que termina corrompido por aquellos que lo sobornan. Ese es el problema del derecho penal máximo.

El profesor MUÑOZ CONDE, de la Universidad de Sevilla, dice que a la sociedad se la maneja mediante una serie de mecanismos de control social que van desde los elementos culturales, por los que se le enseña a la gente a ser buen ciudadano, hasta su instrucción cívica, el cine, la radio, la televisión, etc. Al final de todo lo cual, él pinta eso como un iceberg. Dice que por sobre el agua aparece solamente la punta: es lo que debe ser el derecho penal; o sea, la culminación mínima de todo un control social por el cual la gente marcha por el camino derecho. Pero para que la comunidad vaya por el sendero social, es necesario que exista una buena administración de justicia. Nos preguntamos entonces si en Colombia hay

administración de justicia, y la respuesta es no. Aquí lo que hay es administración de delitos. Qué hacen los jueces, ¿administran justicia? No. Los jueces administran delitos, porque administrar justicia es un criterio máximo que consiste en darle a cada quien lo que le corresponde. Esto quiere decir que el administrador de justicia tendría que repartir las casas que tenga, las fuentes de trabajo, etc. Así se administra justicia equitativamente entre todos. Pero cuando no tengo eso qué administrar, sino que lo que hay que repartir es la dosis represiva que debe recibir cada ciudadano, lo que soy no es un administrador de justicia, sino un administrador de delitos. Esa es la gran antinomia que se presenta al derecho penal si se lo maximiza.

Y entonces ¿qué ocurre con la administración de justicia? Que mientras más delinquentes haya, la administración de delitos tendrá que ser más y más grande. En un momento dado se llega a un tope como al que se ha llegado en Colombia, vale decir que los jueces ya no pueden administrar más delitos. Y no pueden hacerlo porque el cúmulo de trabajo es tan grande, que por más que los administren, ellos se siguen produciendo porque la vía administrativa del bienestar y la justicia social está negada para las mayorías. La comunidad sale del camino jurídico y se encuentra con que hay una empalizada de delitos por todas partes, y por donde pise delinque. En un Estado como el colombiano, la gente muy fácilmente se encasilla dentro del Código Penal.

Los administradores de delitos tienen tanto que realizar, que empiezan a cansarse. Llegan a no rendir más. Entonces se habla de la impunidad como factor determinante de la gran injusticia que vive el país. A nuestros pobres jueces los ponemos contra la pared, y decimos que ellos son los culpables de todo este caos que estamos viviendo.

En días pasados se celebró el encuentro contra la impunidad, organizado por la Presidencia de la República. En dicho foro se llegó a la conclusión de que los jueces no alcanzan para castigar a la gente, porque nuestro ordenamiento se ha vuelto un derecho penal máximo, cuando la población tiene un bienestar mínimo. En consecuencia, justicia social mínima y penalización máxima dan un cúmulo de expedientes tan grande, que están acabando con la capacidad de trabajo de los jueces probos de Colombia.

Pero hay otro problema más sobrecogedor, y es que en las grandes capitales se está viviendo el fenómeno de la desmoralización, la corrupción y la cobardía de la justicia, que por valiente que sea, ya no puede enfrentarse a las amenazas de la muerte segura. Hemos colocado a nuestros jueces en una posición heroica, y somos un país tan afortunado, que en un 90% todavía están respondiendo, a pesar de la presión a la que se los tiene sometidos.

El profesor MUÑOZ CONDE afirma que el derecho penal debe ser la punta del iceberg del control social, y que mediante diversos mecanismos influye en el superyó social, el cual está constituido por todos aquellos límites morales que hacen que los individuos obren bien. Agrega el autor, que el derecho penal debe servir para motivar esos frenos psicológicos de la sociedad. Concluye diciendo que cuando el derecho penal traspasa las barreras que le son permitidas, es entonces cuando ya no le importa a la gente delinquir y se llega al caos.

Los perjudicados son los dueños del país. Los poseedores de las grandes fortunas de Colombia no se dan cuenta de que se están poniendo su propia soga al cuello, maximizando el derecho penal. Porque el maximizarlo trae por consecuencia la desaparición de ese factor psicológico que refrena el desorden y la exacerbación de los ánimos en la gente. Y si el derecho penal pierde la facultad psicológica de enderezar a los ciudadanos, ¡ay del Estado que llegue a esos momentos!

El profesor LUIS CARLOS PÉREZ trae una cita de STENDAL que dice: "Una revolución no es sangrienta sino en proporción exacta a la atrocidad de los abusos que está llamada a destruir". Para que nuestro Estado subsista, para que podamos seguir viviendo dentro del límite de violencia al que nos hemos acostumbrado, o sea, en el que nacimos y transcurrimos hace muchos años, se necesita bajar el volumen de represividad al derecho penal; así lograremos que se sancionen las conductas, porque los comportamientos típicos deben ser sancionados, pero dentro de un marco que haga posible que siga viviendo el ordenamiento punitivo. No podemos matar la gallina de los huevos de oro del derecho penal para de esta manera preservar la estructura estatal.

En estos días ha hecho carrera en el país un debate que traigo a colación: la Procuraduría Delegada en lo Penal que tengo a mi cargo, con fecha julio 6 de este año, emitió un concepto para la Corte en materia de casación, en el que se hacen algunas precisiones sobre la relación entre las acciones guerrilleras como delitos políticos y el terrorismo como delito común. El concepto nuestro se daba en relación con el caso de unos jóvenes a quienes la Inteligencia Militar sorprendió en posesión de armas, y que confesaron y se les comprobó plenamente que eran miembros de la organización subversiva llamada Ejército de Liberación Nacional. Se les encontró un programa político con el cual pretendían tomarse el poder; se les hallaron brazaletes de su organización; se les incautó literatura abundante sobre las distintas fases del trabajo que deberían realizar para la toma del poder. Pues bien, estas personas habían sido condenadas por el ejército como delinquentes por el delito de tráfico de armas, fallo que fue confirmado por el Tribunal de Bogotá. Sus defensores protestaron en casación, alegando que no se les podía penar por el tráfico de armas, sino por el delito de rebelión, porque el tráfico de armas se hacía con miras a tomar el poder del Estado; es decir, que las armas eran el medio para realizar el programa político de su organización. En el concepto rendido por la Procuraduría Delegada a mi cargo, manifestamos estar de acuerdo con que estas personas estaban incurso en el delito de rebelión. La tesis de los militares era otra: como los jóvenes fueron sorprendidos en momentos en que realizaban la labor familiar de comer, entonces las armas y los programas políticos no debían tenerse en cuenta; eran unos vulgares delinquentes comunes. Nosotros creemos lo contrario: que deben responder por el delito político llamado rebelión.

Este concepto fue acogido por el señor fiscal Tercero del Tribunal de Orden Público en un caso análogo, y la tesis fue aceptada por dicho Tribunal.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia en auto de septiembre 15 de 1988 rechaza estos planteamientos, al dirimir una colisión de competencias negativa provocada por el Juzgado Primero Superior de Orden Público de Bogotá al Juzgado

de Instrucción Criminal, en el caso de la toma de la sede del CELAM. El juzgado de orden público consideró que se trataba de un delito de rebelión, y que por consiguiente debía ser investigado y fallado por el juez ordinario.

La Corte Suprema, al tratar el tema de la conexidad, dice: "es igualmente muy probable que la conexidad se presentara con los denominados delitos políticos, porque de manera casi que necesaria las actividades terroristas andan de la mano de los delitos políticos, porque en realidad aquellos son los medios instrumentales utilizados para conseguir los fines últimos de la actividad política subversiva, esto es la toma del poder, y el cambio de la estructura constitucionalmente establecida...".

Esto significa, en buen romance, que la Corte Suprema declaró abolido el delito político en el país; que los delincuentes políticos deberán ser juzgados como delincuentes comunes, "por conexidad". A partir de esta jurisprudencia, los rebeldes que porten armas de fuego de uso privativo de las fuerzas militares deberán ser sancionados como terroristas, con pena hasta de 20 años de prisión. El Estatuto para la Defensa de la Democracia, o mejor, el Estatuto Antiterrorista, deberá aplicarse indiscriminadamente y con todo su rigor a quienes participen en paros cívicos reclamando elementales servicios públicos, como en el caso de Tumaco, y también al estudiante universitario que arroje una piedra contra la fuerza armada.

¿Por qué? Porque la Corte hace un análisis de abogado en el que dice que, como el estatuto para la democracia trae todo un listado de delitos y termina con "y conexos", pues la rebelión es conexa con la tenencia de armas; en consecuencia, estos señores que quieren tomarse el poder, no pretenden en realidad derrocar al gobierno, sino que buscan simplemente tener las armas o hacer malabares con ellas y por lo tanto son delincuentes comunes.

El derecho penal colombiano, de ser una guía para la gente, se está convirtiendo, ¡ójigase bien!, en derecho penal terrorista. Derecho penal terrorista se define en la doctrina internacional como aquel que no se hace para guiar a la gente, sino para causar pánico. Como consecuencia de este fallo, surge algo muy curioso: para nuestra Corte Suprema de Justicia es más grave portar fusil que intentar destruir el Estado, y esto va contra los intereses de las clases pudientes del país. Nuestra Corte mira que el bien jurídico —y al hablar de él los penalistas entienden que es un criterio eminentemente político— en el delito de porte de armas es más importante que el bien jurídico protegido al defender la integridad misma del Estado. Nosotros creemos que es mucho más grave el hecho de que el Estado se menoscabe, que el de que un señor porte un fusil. La Corte ha entendido lo contrario: que es más grave llevar un fusil que desbaratar al Estado. A tal punto llega esto, que si formulamos a la Corte una pregunta, diciéndole: yo deseo cometer el delito de rebelión, dígame ¿cómo puedo hacer para realizarlo?, la Corte no tendrá respuesta, porque ella acaba de derogar el Código Penal por vía jurisprudencial, y en Colombia ya no se puede cometer el delito de rebelión, pues en toda esa actividad que se despliega, lo fundamental es el porte de armas, considerada como conducta terrorista. Y si es una actividad de esa índole, nadie en Colombia puede cometer el delito de rebelión, aunque se lo proponga y el Código Penal así lo haya dispuesto.

Estamos asistiendo a la hipertrofia del derecho penal. Y no solo el problema es colombiano. Ya decíamos que el expresidente Belaúnde Terry está confundiendo también estos criterios en el Perú.

En estas condiciones tenemos que la maximización del derecho penal va a crear una vergüenza internacional para nuestro país, porque en un Estado donde no exista el delito político y en donde al delincuente no se lo trate como tal, no merece llamarse democrático. El país en donde quede abolido el delito político para convertirlo en terrorismo, va abandonando paulatinamente las formas del Estado de Derecho. Y con la maximización del derecho penal se termina la capacidad para reingresar en la buena sociedad, que todos deseamos, en forma pacífica. Si alguien es condenado a 2 años de prisión, tiene oportunidad para meditar acerca de su reinserción en la sociedad; pero si lo condenan a 15 años, esta persona ya no tiene posibilidad de pensar en reingresar; debe optar por la vía contraria, porque obligatoriamente el Estado le ha cerrado las puertas.

Y ¿qué decir de nuestro sistema carcelario, que según el Código Penal ha sido estatuido para rehabilitar, y que todo lo consigue menos eso? La cárcel es una escuela del delito.

Y hay otras formas más en el derecho penal que muestran su crecimiento desmedido. En días pasados, en concepto rendido por la delegada a mi cargo, solicitamos la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad del art. 92 del Código Penal. Esta norma dispone que la rehabilitación de los derechos de los ciudadanos que han sido condenados no podrá pedirse sino hasta 2 años después de ejecutoriada la sentencia, si no es una pena privativa de la libertad; o 2 años después de haber cumplido la pena, si ella era privativa de la libertad. ¿Qué quiere decir esto? Que si a un individuo lo condenan a una pena principal de 2 años de prisión y a las accesorias del art. 42, por ejemplo, suspensión de la patria potestad o interdicción de derechos y funciones públicas, después de cumplir los 2 años de prisión que le impuso el juez, más los 2 años de pena accesoria que los cumple simultáneamente, tiene que esperar 2 años más, condenado esta vez no por el juez, sino por el legislador. El art. 23 de la Constitución Nacional nos dice que en Colombia nadie podrá ser reducido a prisión, ni molestado en su persona, sino con el requisito de una orden escrita de autoridad competente, dictada con las formalidades legales. Es decir, que nuestra Carta prevé que únicamente en la sentencia, legalmente proferida, puede imponerse una pena. Sin embargo, el juez lo condena a 2 años y el legislador le da 2 años más sobre la condena judicial. Es otro exabrupto que se plantea en la legislación máxima penal.

Para terminar, queremos proponer una gran cruzada nacional con miras a encontrar límites más cercanos a la paz. La paz completa es muy difícil de alcanzar y sería un sueño, el más hermoso sueño que la humanidad pudiera ver realizado, pero todavía estamos muy lejos. Frente a las formas jurídicas, debemos conseguir al menos que el derecho penal se cumpla, como dice el profesor CLAUS ROXIN: "El derecho penal nunca podrá exceder en su pena a la culpabilidad de cada persona". ¡Ay de aquel derecho penal que en su pena exceda a la culpabilidad. Al delincuente

común, que lo traten como delincuente común y al político que se lo castigue como tal. Es lo mínimo que puede pedir la sociedad colombiana!

BIBLIOGRAFÍA

- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Derecho penal y control social*, Ed. Fundación Universitaria de Jerez, 1985, págs. 28 a 47.
- PÉREZ, LUIS CARLOS: *Derecho penal*, partes general y especial, t. III, Bogotá, Edit. Temis, 1985, págs. 146 a 181.
- ROXIN, CLAUDIUS: "Sentido y límites de la pena estatal", en *Problemas básicos del derecho penal*, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, Edit. Reus, S. A., 1976, págs. 11 a 47.
- KAUFMANN, HILDE: "Derecho penal de culpabilidad, concepto de la pena y ejecución orientada por el tratamiento", en *Nuevo pensamiento penal*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1974, págs. 110 a 120.
- BARATTA, ALESSANDRO: "Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal", en *Poder y Control*, núm. 0, Barcelona, España, 1986, Ed. PPU, págs. 76 a 92.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

M. P. Dr. EDGAR SAAVEDRA: Auto de Septiembre 15/88 Sala de Casación Penal.

SECCIÓN DE POLÍTICA CRIMINAL

PRINCIPIOS INSPIRADORES DE UNA NUEVA POLÍTICA SOBRE DROGAS *

Dr. JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS **

I. En el ámbito dentro del cual nos movemos debe partirse de un concepto de "drogas" referido a sustancias cuya característica fundamental, al margen de eventuales daños directos a la salud, sea la creación de dependencia respecto a ellas en quienes las consumen. Es esta consecuencia lo que otorga especificidad y autoriza un tratamiento separado al fenómeno social del tráfico y consumo de ciertas sustancias. Los instrumentos de política legislativa y social españoles, tanto centrales como autónomos, así como la doctrina penal española, han asumido con convicción tal punto de partida¹. No puede decirse lo mismo del convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971, cuyo artículo 2.4.a)II da pie a la inclusión de sustancias de las que no esté probado su efecto de dependencia, como de hecho está sucediendo²; ni del Informe Stewart-Clark, que dio origen a la postura del Parlamento europeo³, y ello pese a que las definiciones de la OMS siguen girando en torno a la nota de dependencia.

Procede asimismo diferenciar, por la variada entidad de sus efectos, entre las que producen dependencia física y psíquica, o solo esta última. Entre las primeras hay que incluir a los opiáceos, el alcohol y los barbitúricos; entre las segundas a las anfetaminas, inhalantes y derivados de la coca; tienen un descenso notable

* El presente trabajo es la versión en lengua española del artículo "Drugs Policies in Western Europe. Spanisch paper. II", presentado en el Congreso Internacional sobre "Política de drogas en Europa Occidental" celebrado en Tilburg (Holanda), y que se va a publicar próximamente en lengua inglesa. El trabajo a su vez está fundado en una publicación más extensa que apareció en el *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* en 1987, si bien contiene informaciones y opiniones nuevas que no estaban incluidas en el artículo del anuario.

** Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Málaga, Málaga (España).

¹ Así, en el *Plan Nacional sobre Drogas* aprobado el 24 de julio de 1985 y actualmente en aplicación (véase en "Legislación sobre drogas", Madrid, Edit. Tecnos, 1986, págs. 800-801), y en la *Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña* de 25 de julio de 1985 (véase en *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 572, de 7-8-85, Preámbulo y art. 3), así como la práctica totalidad de la doctrina española, recogida en DíEZ-RIPOLLÉS, "La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987, pág. 373.

² Por ejemplo, véase el fundamento de las propuestas de inclusión en el convenio de cinco nuevas sustancias, contenidas en el documento E/CN.7/1987/11 de 2 de diciembre de 1986, de la Comisión de estupefacientes de Naciones Unidas.

³ Véanse apartados 30-34, 45, 54-56, 119, 246 del *Informe* (Documento A 2-114-/86 serie A, de fecha 2 de octubre de 1986. Documentos de sesión. Parlamento europeo. Comunidades europeas).

y aun no aparece la dependencia psíquica en el tabaco, derivados del cannabis y alucinógenos. Distinciones similares a la acabada de realizar son frecuentes en la doctrina penal española⁴, mientras que el Informe Stewart-Clark evita sacar conclusiones a tenor de la mayor o menor dependencia creada por la droga, y menos aún las Naciones Unidas⁵.

II. Las reiteradas alusiones a normalizar y racionalizar el trato social con las drogas se quedan con frecuencia a medio camino: no basta con una actitud resignada, derivada de la comprobación del enraizamiento del consumo de drogas en todas las culturas, y de la convicción de que nunca desaparecerá por completo de nuestras sociedades⁶. Es preciso desarrollar la distinción entre el uso y el abuso de drogas, considerando al primero como un comportamiento susceptible de valoración positiva en la medida que fomente la autorrealización personal y las posibilidades de comunicación intersubjetivas⁷.

III. La política sobre drogas debe dejar de distinguir, lo más rápidamente posible, entre drogas legales e ilegales. Tal distinción no está justificada por su capacidad adictiva, ni por su nocividad para la salud. Tampoco se aprecia una relevante diversidad en las pautas vitales que favorecen unas u otras, más allá de las vinculadas al hecho diferenciador de la prohibición. Las alegaciones basadas en el enraizamiento cultural de ciertas drogas en nuestras sociedades han dejado de tener peso tras la internacionalización de la política de drogas, reclamada por todos: la distinción se convierte en una nueva forma de opresión cultural y económica de los países poderosos que, simultáneamente, obligan a reprimir el tráfico y consumo de drogas connaturales a ciertas culturas pero ajenas a la suya propia, mientras fomentan el consumo de nuevas drogas propias de la cultura occidental. Por otro lado, las evidentes similitudes entre ambos tipos de drogas dificultan la eficacia de cualquier política preventiva que pretenda mantener la distinción. Las diferentes consecuencias respecto a la integración social de los consumidores en unas u otras proceden simplemente de su diverso trato legal. Este planteamiento unificador va haciendo progresos en los documentos regionales europeos⁸ y en los

⁴ Véase a Díez RIPOLLÉS y la doctrina por él citada, *op. cit.*, pág. 374.

⁵ Véanse apartados 30-34, 246, 45, 54-56, 119, del "Informe Stewart-Clark", *op. cit.*, y su análisis, así como el de los recientes documentos de Naciones Unidas sobre este punto en Díez RIPOLLÉS, *op. cit.*, págs. 348 y ss., 358.

⁶ Estado de ánimo muy generalizado en los documentos del Parlamento europeo ("Informe Stewart-Clark", *op. cit.*, apartado 248, y opinión minoritaria en pág. 96), instancias oficiales españolas (*Plan Nacional sobre Drogas*, *op. cit.*, pág. 800) y doctrina española (véase la doctrina citada por Díez RIPOLLÉS, *op. cit.*, págs. 374-375).

⁷ En la misma línea, BERISTAIN IPIÑA, "Delitos de tráfico ilegal de drogas", en *la reforma del Código Penal de 1983*, t. v, vol. 2, Madrid, Edit. Edersa, 1985, pág. 803; PRIETO RODRIGUEZ, *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1986, págs. 3-4, 44.

⁸ Así, claramente la opinión minoritaria del "Informe Stewart-Clark", *op. cit.*, pág. 96, y diversas intervenciones de representantes de los grupos parlamentarios de izquierda en el debate que tuvo lugar con motivo del citado informe en el pleno del Parlamento europeo el día 7 de octubre de 1986 (*Débats du Parlement européen*. Documento núm. 2-343).

españoles⁹, pero aún no se ha concretado debidamente en todos los sectores legislativos y ejecutivos.

La tendencia al trato unificado acarrea el riesgo de que se tome como modelo de actuación el seguido hasta ahora con las drogas ilegales, generalizándose, si no la represión penal, al menos duras medidas de control de tráfico y consumo de drogas legales, algo que comienza a esbozarse especialmente en ciertas comunidades autónomas¹⁰, e incluso últimamente en el plano nacional¹¹. La postura debiera ser la inversa: es la política preventiva respecto a las drogas legales seguida con éxito en diversos países la que debiera condicionar una política unificada hacia las drogas.

IV. Comparto la opinión extendida de que el fenómeno de la droga solo podrá abordarse con éxito en el marco de una política integrada, que incida sobre todas las fases, desde su producción o cultivo hasta el consumo. En cuanto al modo de incidir en todo ese proceso, estimo que la política represiva hasta ahora fundamentalmente seguida, al margen de objeciones de otro tipo, ha demostrado claramente su fracaso. Procede poner el énfasis sobre la demanda de drogas, y no sobre la oferta, como ha venido sucediendo con la política represiva. Con ello no hago más que recoger un estado de ánimo muy difundido en los foros europeos¹² y en las diversas esferas españolas analizadas¹³. El citado enfoque choca frontalmente con la actual política de las Naciones Unidas, claramente orientada a la represión de la oferta¹⁴. Su influencia se ha dejado sentir en el ámbito europeo y español,

⁹ Así, "Informe de la Comisión especial de investigación sobre el tráfico y consumo de drogas en España". *Boletín de las Cortes Generales*. Senado. II Legislatura. Serie 1, núm. 206, de 25-11-85, págs. 8276-8278. En la doctrina española (véanse citas en Díez RIPOLLÉS, *op. cit.*, pág. 378) resulta frecuente aludir a los efectos distorsionadores para la prevención que causa el tratamiento diferenciado de unas u otras drogas.

¹⁰ En especial, *Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña* de 25 de julio de 1985, arts. 15 y ss. y *Proyecto de ley* sobre prevención, asistencia y reinserción en materia de drogodependencia que se está tramitando en la actualidad en el *Parlamento Vasco* (véase en *Boletín Oficial del Parlamento Vasco*, II Legislatura, Serie A, núm. 15 [a] de 23 de febrero de 1988).

¹¹ Véase el R. D. 192/1988, de 4 de marzo.

¹² Así, "Informe Stewart-Clark", *op. cit.*, apartados 153 y 24; numerosas intervenciones de representantes de todos los grupos al debatir el citado informe en el pleno del Parlamento (*Débats du Parlement européen*, Doc. cit.), lo que se plasmó en una mención expresa en el punto 12 del proyecto de resolución sometido al Consejo de Ministros de las Comunidades europeas mediante "Resolución sobre el problema de la droga" adoptada por el Parlamento europeo el 9 de octubre de 1986 (*Diario Oficial de las Comunidades europeas*, núm. C283, de 10-11-86).

¹³ Así, "Informe de la Comisión especial de investigación sobre el tráfico y consumo de drogas en España", *op. cit.*, págs. 8279-8281; "Comisión de Sanidad y Seguridad Social del Senado. Comparecencia del Delegado del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas". *Diario de sesiones del Senado*. Cortes Generales. III Legislatura, núm. 7, de 4-11-86, págs. 8, 12, 18, 19. La opción por la primacía del enfoque preventivo frente al represivo está generalizada en la doctrina española. Véanse las citas recogidas por Díez RIPOLLÉS, *op. cit.*, pág. 376.

¹⁴ Al respecto resulta muy ilustrativo seguir los documentos que, en cumplimiento de la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 39/141 de 14 de diciembre de 1984, están emanando

reforzando a los sectores de opinión y a los países europeos que poseen una actitud más matizada respecto a la colocación en un lugar secundario de la política represiva.

En España, el reforzamiento de las tendencias represivas de Naciones Unidas ha coincidido con un momento de especial esperanza en las opciones preventivas, plasmada en aspectos prácticos en el Plan Nacional sobre Drogas. La paulatina recepción en nuestro país de tales corrientes internacionales¹⁵, unida a ciertos equívocos y reproches injustos dirigidos contra la legislación española en foros europeos¹⁶, han sido los directos causantes del retroceso de la opción preventiva, claramente apreciable en la reciente reforma penal, en un país donde aún no se había experimentado a fondo la alternativa preventiva ni se habían recogido sus frutos acreditados en otros países con anterioridad. La citada reforma implica, dada la íntima conexión entre los diferentes aspectos involucrados, poner en peligro los logros que se venían obteniendo con las actuaciones preventivas y asistenciales desarrolladas en el plan nacional de drogas, con frecuencia no compatibles con una intensa represión como la que se establece.

V. Con respecto al contenido de la mayor parte de las medidas preventivas y asistenciales recayentes sobre la demanda hay amplio acuerdo en las diversas

de la Comisión de Estupefacientes del Consejo Económico y Social, con miras a la elaboración de una nueva convención contra el narcotráfico. Muy significativos hasta el momento son los titulados "Iniciación de la elaboración de un proyecto de convención contra el narcotráfico" (Documento E/CN.7/1985/19 de 14 de enero de 1985) y "Aplicación y elaboración de instrumentos internacionales sobre la fiscalización de estupefacientes y sustancias psicotrópicas" (Documento E/CN.7/1987/2 de 17 de junio de 1986), que contiene un proyecto preliminar de nueva convención contra el narcotráfico, el cual ha sido objeto de revisión por un grupo de expertos, cuyo resultado consta especialmente en los Documentos E/CN.7/1988/2 Part. II y IV. Solo en los últimos documentos comienzan a surgir algunas referencias a la posibilidad de actuaciones rehabilitadoras (art. 2.2 del texto revisado de proyecto de convención).

¹⁵ En el plano oficial tal recepción encuentra inequívoca plasmación en las afirmaciones del ministro de Sanidad y Consumo expuestas en su comparecencia ante la Comisión de Política Social y de Empleo del Congreso de los Diputados el 14 de mayo de 1987 (*Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*. Cortes Generales, III Legislatura, núm. 133, págs. 4982 y ss.), que hacen continua referencia al cambio en la política legislativa sobre drogas registrada en especial en los órganos de Naciones Unidas y del Consejo de Europa, que apuestan claramente por la represión, cambio al que las instancias oficiales españolas desean diligentemente adaptarse (véanse en especial págs. 4985, 4986, 4989, 4990, 4991, 4995, 4997, 5001, 5002, 5015).

¹⁶ Así, el Informe Stewart-Clark y los grupos parlamentarios de la derecha en el debate que sucedió a la presentación de tal Informe centraron sus críticas en la política sobre drogas española y holandesa. Véase una recopilación de ellas en Díez RIPOLLÉS, *op. cit.*, págs. 361-362. El delegado del gobierno para el Plan Nacional de Drogas, en su comparecencia al Senado en noviembre de 1986 ("Comisión de Sanidad y Seguridad Social del Senado", *op. cit.*, págs. 20-21) reconoce la mala imagen que la política sobre drogas española tiene, en muchos casos debido a informaciones equivocadas, ante otros gobiernos europeos. Por el contrario, en mayo de 1987, una vez producido el cambio de política sobre drogas en España, el ministro de Sanidad y Consumo, en su comparecencia en el Congreso de los Diputados, niega que alguna vez se hayan producido tales recelos en Europa (*Comisión de Política Social y de Empleo*, *op. cit.*, pág. 4997).

instancias europeas y españolas, fruto de la experiencia acumulada en diversos países. No debe olvidarse en cualquier caso que la eficacia en la reducción de la demanda está directamente relacionada con la capacidad para integrar el problema dentro de una oferta de modelos vitales edificada sobre la autonomía personal, con el grado de actividad no institucional desarrollada por la sociedad civil, al margen de con la mejora general de las condiciones de vida¹⁷. Hay ciertas medidas, en cualquier caso, que resultan polémicas: deben rechazarse enérgicamente las pretensiones de realizar una labor educadora preventiva intensa en edades muy tempranas, necesariamente basada casi exclusivamente en componentes emocionales, por el abuso que ello supone de la capacidad de autodeterminación personal, aún no desarrollada ni siquiera en grados mínimamente operativos, sin contar los posibles efectos contraproducentes para la vida futura de esas personas¹⁸. Es preciso igualmente fijar con esmero los límites hasta donde se puede llegar en las actividades de asistencia, sean desintoxicadoras o rehabilitadoras: entre ellos, debe encontrarse la observancia del derecho a la diferencia, rechazando el uso de pautas valorativas más allá de las estrictamente necesarias para salir de la dependencia¹⁹. En esa misma línea, debe prestarse atención a los modos de actuar, en ocasiones al parecer demasiado presionantes, de las comunidades terapéuticas²⁰. Deben evitarse interpretaciones demasiado rígidas del concepto de asistencia, la cual deberá incluir información o suministro de útiles para asegurar un consumo lo menos nocivo posible de drogas, sin que ello suponga su promoción²¹.

En cualquier caso, la política preventiva y asistencial actualmente diseñada en España está acompañada, en líneas generales, con las más modernas corrientes europeas.

VI. Más allá del mayor o menor énfasis colocado en actuaciones preventivas o asistenciales frente a las represivas, cuestión adicional es la de la conveniencia de prescindir del enfoque represivo penal o cambiar sustancialmente su configuración. Aquí ya no solo se trata de lograr una mayor eficacia sino, igualmente, de razones de principio. El tema, como era de esperar, no ha encontrado eco en los órganos de las Naciones Unidas, atentos solo a un incremento de la represión, pero ocupa un importante lugar en las preocupaciones del Parlamento europeo²².

¹⁷ Así, "Informe Stewart-Clark", *op. cit.*, apartado 44 y opinión minoritaria, pág. 99; "Informe de la Comisión Especial de Investigación sobre el Tráfico y Consumo de Drogas en España", *op. cit.*, págs. 8280, 8282; "Plan Nacional sobre Drogas", *op. cit.*, págs. 802-804.

¹⁸ Tal propuesta fue recogida, sin embargo, entusiásticamente por el "Informe Stewart-Clark", *op. cit.*, apartados 155-157.

¹⁹ Así claramente, el "Informe de la Comisión Especial ...", *op. cit.*, pág. 8288; "Plan Nacional sobre Drogas", *op. cit.*, págs. 805-806; *Proyecto de ley* en tramitación en el Parlamento Vasco.

²⁰ Así, "Informe Stewart-Clark", *op. cit.*, apartados 211 y ss.; "Informe de la Comisión Especial ...", *op. cit.*, pág. 8289.

²¹ En este sentido la opinión minoritaria del "Informe Stewart-Clark", *op. cit.*, pág. 99.

²² Así, el "Informe Stewart-Clark" (*op. cit.*, apartados 116-123) se plantea tal posibilidad, que la resuelve en sentido negativo, aunque propone seguir discutiendo sobre ella, mientras que la opinión

Desgraciadamente los planteamientos globales de despenalización son expresamente rechazados en la actualidad por las instancias oficiales españolas²³, y tienen una escasa representación en las doctrinales²⁴. Ello se explicaba hasta hace poco por la sensación de acoso internacional que se vivía en España tras la clara primacía otorgada al enfoque preventivo y asistencial y la limitada liberalización, claramente exagerada y malinterpretada en los foros europeos, realizada en 1983; la reciente opción oficial española por la primacía de la represión explica la ausencia de pronunciamientos oficiales en este sentido.

La despenalización en dicho foro europeo se plantea en términos de eficacia: se ha comprendido que la problemática de la droga en la actualidad no reside solo o principalmente en los daños derivados de su consumo, sino en el surgimiento de poderosas organizaciones de narcotraficantes que afectan o van a afectar a la organización institucional de muy diversos Estados y aun de todo el mundo democrático, idea también frecuente en los órganos de las Naciones Unidas²⁵. La cuestión en el Parlamento europeo se centra en reflexionar si la despenalización no disminuiría drásticamente los beneficios de los narcotraficantes, privándolos consecuentemente de su poderío económico e institucional. La alternativa se ha rechazado por el momento de forma mayoritaria, aunque sin tomar una decisión definitiva²⁶.

Discrepo de buena parte de los argumentos que fundamentan o pronostican la ineffectividad de tal medida: afirmar que la despenalización no contribuiría a disminuir el número de consumidores sino todo lo contrario, supone olvidar que tal opción politicocriminal va dirigida básicamente a privar de su poderío a los

narcotraficantes y no a reducir el consumo, meta esta que se procura lograr por medio de disposiciones preventivas, que cabe incluso imaginar serán a la larga más eficaces si ya no están lastradas por un trasfondo represivo o por campañas contrapuestas de promoción bien dotadas económicamente por parte de los narcotraficantes. La descalificación de las limitadas experiencias despenalizadoras realizadas en países como Holanda, tropieza con valoraciones opuestas²⁷. En el fondo, lo que frena tal alternativa es la ausencia de la suficiente energía política para explicar a la población las ventajas que a medio y largo plazo se derivarían de la opción despenalizadora del tráfico y preventiva del consumo, y para afrontar con la suficiente capacidad de convencimiento los previsibles períodos de impaciencia que surgirían en la sociedad hasta el momento en que se comenzaran a apreciar los efectos de tal opción, con el coste político que implicarían.

Pero la problemática no debe analizarse exclusivamente en términos de eficacia, es preciso entrar en cuestiones de principio. Para ello hay que preguntarse cuál sea el bien jurídico que se pretende proteger. En una sociedad pluralista no procede considerar tal la salud moral de los ciudadanos, como sin embargo se señala en los actuales convenios internacionales y se repite en los órganos de las Naciones Unidas²⁸, por más que se mire en compañía de otros bienes; si el problema radicara solo en eso no habría dudas respecto a la despenalización y, todo lo más, la introducción de ciertas medidas blandas de presión social (alta fiscalidad, restricciones espaciales) como, en mi opinión discutiblemente, se está haciendo respecto a ciertos comportamientos tolerados pero no aceptados plenamente por la sociedad (pornografía, juegos ilícitos).

La opinión más extendida de que lo que se protege especialmente es la salud pública, debe ser reconsiderada²⁹: en primer lugar, porque la protección penal de la salud pública está basada, con la única excepción del delito de tráfico de drogas, sobre la idea de no causar menoscabos o impedir mejoras en la salud de una pluralidad de personas que no quieren sufrir aquellos o dejar de obtener estas. Por lo demás, resulta una analogía inaceptable con las enfermedades infecciosas afirmar que estamos ante un problema de salud colectiva alegando que el consumo de drogas es contagioso, en cuyo caso sería irrelevante el consentimiento en el daño del agente propagador. Como en cualquier caso estamos ante sustancias similares a las contenidas en los restantes delitos contra la salud pública, deberían estar sometidas en este punto a un trato penal semejante, tendente a asegurar el control administrativo de su producción y venta, así como a controlar su calidad, en línea con lo señalado

²⁷ Lo que se aprecia de modo especial en las diversas intervenciones registradas en el Pleno del Parlamento europeo (véase *Débats* ..., doc. cit.) y también en el "Informe Stewart-Clark" (op. cit., apartados 118-119).

²⁸ Véanse los preámbulos de la convención única de 1961 y del convenio de sustancias psicotrópicas de 1971, en "Legislación sobre drogas", op. cit., págs. 201, 267. Asimismo las resoluciones 39/141 y 39/142 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

²⁹ La consideración de la salud pública como bien jurídico predominante está muy extendida entre la doctrina española (véase Díez Ripollés, op. cit., pág. 378).

minoritaria ("Informe Stewart-Clark", op. cit., págs. 95, 96, 98), más inclinada a esa solución, propone la convocatoria de una conferencia internacional que estudie la viabilidad de una política antiprohibicionista ligada a campañas informativas sobre los riesgos del consumo de drogas. La discusión a favor o en contra de la legalización del tráfico de drogas se prolongó en el Pleno del Parlamento europeo (véase "Débats du Parlement européen", op. cit.), y dio lugar a que en el proyecto de resolución sometido para su aprobación al Consejo de Ministros de las Comunidades Europeas se estipulara el compromiso de convocar una conferencia europea para "estudiar todos los efectos e implicaciones del consumo de drogas a fin de evaluar, entre otras cosas, las actividades de las organizaciones delictivas y, en particular, las consecuencias físicas y sociales de las drogas" (véase "Resolución sobre el problema de la droga", op. cit.).

²³ Si en el "Informe de la Comisión Especial del Senado" y en el "Plan Nacional de drogas" (op. cit.) llamaba la atención la ausencia de referencias a la alternativa de la despenalización, en la comparecencia del ministro de Sanidad y Consumo ante la Comisión de Política Social y Empleo del Congreso de los Diputados, (op. cit., págs. 4989, 50001) ya hay manifestaciones explícitas en contra, en línea con el cambio de política registrado.

²⁴ Véanse opiniones en tal sentido recogidas en Díez Ripollés, op. cit., págs. 376-377.

²⁵ Así, "Informe Stewart-Clark", op. cit., apartado 6; y opinión minoritaria, op. cit., pág. 95. Igualmente "Iniciación de la elaboración de un proyecto de convención ...", op. cit., Preámbulo.

²⁶ Véase "Informe Stewart-Clark", op. cit., apartados 116 a 123; y opinión minoritaria, op. cit., pág. 98. La cuestión fue también ampliamente debatida en el Pleno del Parlamento europeo (véase *Débats du Parlement européen* ..., doc. cit.).

recientemente por algún otro autor español³⁰ y con el tipo agravado basado en la adulteración de la droga, acabado de introducir en el Código Penal español³¹.

En segundo lugar, porque progresivamente se va afianzando la idea de que lo decisivo no es el daño directo a la salud sino la pérdida de autonomía personal del consumidor. Esta evolución hacia su consideración como delito contra la libertad individual, aunque también presente en Europa, es especialmente rastreable en España, donde el propio concepto de droga, los criterios de distinción entre blandas y duras, los tipos agravados referidos a menores e incluso a determinados centros, las nuevas agravaciones referidas a personas carentes o con disminución de la imputabilidad, o sometidas a procesos de desintoxicación o rehabilitación, la impunidad del consumidor ... se construyen en torno a la pérdida de libertad. Aunque la doctrina³² y ciertos círculos oficiales³³ son conscientes de esta dimensión, solo algún autor aislado ha propuesto actuaciones político-criminales consecuentes con ella³⁴. En mi opinión, más allá del tratamiento penal propuesto en el párrafo anterior, debieran integrarse en los delitos contra la libertad individual unos tipos que castigaran el tráfico de drogas entre personas carentes de la suficiente libertad de decisión, en las que, por consiguiente, su consentimiento ha de considerarse ineficaz. Allí debiera aludirse a los menores de edad, pero también a adultos con imputabilidad ausente o disminuida, colocados en determinadas situaciones de prevalimiento o intensa presión psíquica, sometidos a procesos de desintoxicación o rehabilitación, o que se encuentran de forma manifiesta sometidos a las consecuencias de la dependencia física y mientras esa situación perdure. Cabría establecer distinciones o supuestos de impunidad a tenor de la clase e intensidad de la dependencia producida por la sustancia. En cualquier caso supone dejar impune todo tráfico entre adultos libres^{34 bis}. Sin duda estos tipos penales influirían básicamente sobre las fuentes de tráfico más cercanas a los consumidores.

Los niveles altos del narcotráfico precisan de un tratamiento penal diverso. Ante todo, ellos serán los más directamente afectados por los tipos de control encuadrados entre los delitos contra la salud pública. Pero además es necesario sacar las debidas consecuencias de la extendida opinión en los foros internacionales sobre la amenaza institucional que suponen las organizaciones de narcotraficantes.

Ello implica trasladarse al ámbito de los delitos contra el orden socioeconómico³⁵. Conocida es la polémica mantenida en España respecto a lo que deba entenderse por orden socioeconómico como objeto de protección en el ámbito jurídicopenal³⁶; para nuestros fines es irrelevante, pues incluso partiendo del concepto más estricto resultan fácilmente encuadrables los comportamientos a los que estamos aludiendo. En efecto, se trata de actuaciones monopolísticas u oligopolísticas que inciden sobre todos los ámbitos de la libre competencia, desde los mecanismos de formación o determinación de los precios hasta la salvaguarda de los derechos de los consumidores, y que implican una violación masiva de las leyes de contrabando y control de cambios, por no citar los efectos, más genéricos, producidos sobre todo el sistema financiero. Procede por consiguiente habilitar instrumentos penales que contemplen los comportamientos delictivos de las organizaciones de narcotraficantes desde este punto de vista, en lugar de conformarse con inoperantes agravaciones en ámbitos jurídicopenales que no responden a las auténticas características de esta criminalidad.

Mi propuesta supone una despenalización en principio del tráfico controlado de drogas, que deberá seguir penándose en la medida en que atente contra la libertad individual o el orden socioeconómico. Tal opción satisface tanto las necesidades de protección de bienes jurídicos como la búsqueda de soluciones más eficaces al problema.

VII. Si, abandonando planteamientos globales sobre la posible configuración de la alternativa represiva, partimos de la situación actual y nos ocupamos de posibles modificaciones parciales, llama la atención la frontal oposición entre los órganos de Naciones Unidas, que están proponiendo una ampliación del concepto de *cannabis*, o de estos y la mayoría del Parlamento europeo, que se niegan a distinguir entre droga blanda y droga dura³⁷, y la actitud minoritaria del citado Parlamento así como la de las entidades oficiales y doctrinales españolas que abogan con energía por el mantenimiento de la distinción³⁸, llegando en ocasiones, en especial órganos

³⁵ Así, GARCÍA-PABLOS MOLINA, "Bases para una política criminal de la droga", en *La problemática de la droga en España*, Madrid, Edit. Edersa, 1986, pág. 376; BÉRISTAIN IPIÑA, "Dimensiones histórica, económica y política de las drogas en la criminología crítica", en *Delitos contra la salud pública*, Universidad de Valencia, 1977, pág. 59; BOIX REIG-MIRA BENAVENT, "La reforma penal en relación con la problemática de la droga", en *Drogas: Aspectos jurídicos y médico-legales*, Facultad de Derecho, Palma de Mallorca, 1986, pág. 15.

³⁶ Véase una recopilación de los diferentes pronunciamientos doctrinales en DÍEZ RIPOLLÉS, *op. cit.*, pág. 392.

³⁷ Respecto a lo primero, véase el art. 1 e) del proyecto preliminar de nueva convención (*Documento E/CN.7/1987/2*), y la modificación propuesta por el grupo de expertos que, aunque elude la mención expresa a tal ampliación, la posibilita al sustituir el término "drogas" por el de "sustancias" en relación a las listas de la convención de 1961 (*Documento E/CN.7/1988/2 (Part. II)*). Respecto a lo segundo, véase la ausencia de referencias a la distinción en los documentos de Naciones Unidas, y la negativa a distinguir entre el tráfico de drogas duras y blandas en el "Informe Stewart-Clark" (*op. cit.*, apartados 119-122), corroborada por la actitud de los grupos parlamentarios de la derecha en el Pleno del Parlamento europeo (véase *Débats* ..., doc. cit.).

³⁸ Así, opinión minoritaria del "Informe Stewart-Clark", *op. cit.*, pág. 98; igualmente grupos parlamentarios de izquierda en el Pleno del Parlamento europeo (véase "Débats ...", *op. cit.*, pág.

³⁰ Así, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal*, parte especial, Barcelona, Edic. Ariel, 1986, pág. 278.

³¹ Véase nuevo art. 344 bis a) 5º del Código Penal español.

³² Véase la doctrina española en este sentido recogida por DÍEZ RIPOLLÉS, *op. cit.*, pág. 379.

³³ Así, "Informe de la Comisión Especial ...", *op. cit.*, pág. 8280; "Plan Nacional sobre Drogas", *op. cit.*, pág. 802.

³⁴ Así, BUSTOS RAMÍREZ, *op. cit.*, págs. 277-278.

^{34 bis} La reforma del Código Penal español de 1988 ha introducido o consolidado tipos agravados que atienden a algunas de esas situaciones de ausencia de libertad (véase art. 344 bis a)), pero sin renunciar a la penalización del tráfico entre adultos libres.

oficiales holandeses e importantes sectores doctrinales españoles³⁹, a poner parcialmente en práctica o solicitar la despenalización del tráfico de *cannabis*. Estimo que la distinción entre drogas de una y otra clase se ajusta no solo al diverso contenido de lo injusto de las conductas de tráfico, sino también al planteamiento realista, desligado de exageraciones e irracionalidades, que se demanda para tener éxito en la prevención. Por lo demás, la distinción, dado que gira en torno a la producción de dependencia, así como la despenalización de las drogas blandas que se estime no producen una dependencia de entidad, va en la línea antes apuntada de adaptación al menos de parte de estos tipos a la idea de protección de la libertad individual.

VIII. La persistencia de los círculos oficiales, jurisprudenciales y doctrinales españoles en el mantenimiento de la impunidad del consumo y de las actividades directamente ligadas a él, compartida por algún país europeo y por la postura minoritaria del Parlamento europeo⁴⁰, la considero plenamente acorde con los bienes jurídicos dignos de protección en este ámbito: ni puede negarse el derecho al uso de la droga, ni debe actuarse sobre la víctima de la promoción del abuso de la droga. Por lo demás, el tratamiento diferenciado del consumidor, toxicómano o no, es una idea y una práctica generalizadas, con diferente intensidad, como mínimo, en todo el ámbito europeo.

En la medida en que el traficante actúe para satisfacer sus necesidades derivadas de la dependencia, debe ser tratado en la misma forma que el consumidor toxicómano. De todos modos la trascendencia de su actuación sobre otras personas, salvo reformas legales de más largo alcance que discriminen según el tipo de personas a las que dirige su actividad, aconseja una penalización no demasiado intensa pero rica en la oferta de substitutivos penales que giren en torno a la superación de la dependencia. Por diversas vías, a esta conclusión han llegado también los medios oficiales y doctrinales españoles, plasmándose en la última reforma, así como las propuestas del Parlamento europeo, sin faltar en ambos ámbitos propuestas

8283); "Plan Nacional sobre Drogas", *op. cit.*, pág. 804; y la gran mayoría de la doctrina, que señala además que la jurisprudencia desde hace tiempo venía practicando tal distinción en la medición de la pena (véase a Díez RIPOLLÉS, *op. cit.*, págs. 380-381).

³⁹ Respecto a España, véanse a los numerosos penalistas contrarios a la penalización del tráfico de *cannabis*, incluso con análisis de *lege lata*, no secundados por la jurisprudencia, y de *lege ferenda*, en Díez RIPOLLÉS, *op. cit.*, pág. 381.

⁴⁰ Así, "Informe de la Comisión Especial ...", *op. cit.*, pág. 8283; comparecencia del delegado del gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, ante la Comisión de Sanidad y Seguridad Social del Senado, *op. cit.*, pág. 21; muy decidida y prácticamente unánime en este punto es la doctrina española, que ha sido secundada por la jurisprudencia desde los años 70 como mínimo (véase a Díez RIPOLLÉS, *op. cit.*, págs. 383-384). En la misma línea, la opinión minoritaria del "Informe Stewart-Clark" (*op. cit.*, pág. 98), y los grupos parlamentarios de izquierda en el Pleno del Parlamento europeo (véase "Débats ...", *op. cit.*).

meramente despenalizadoras⁴¹. Los substitutivos penales han tardado en aparecer en los proyectos de nuevo convenio de las Naciones Unidas⁴².

IX. Las pretensiones de las Naciones Unidas de ampliar el concepto de lo que debe entenderse como "tráfico" van más allá de lo aconsejable, en cuanto pretenden incluir comportamientos que carecen de las características propias de toda actividad mercantil⁴³. La regulación española, que tras la reforma de 1983 tenía especial cuidado en dejar fuera actividades no mercantiles, ha introducido en 1988 una nueva redacción tipificadora que permite castigar toda clase de conductas que promuevan, favorezcan o faciliten el consumo de drogas, dando una amplitud desmesurada a la punición y atentando además contra el principio de seguridad jurídica⁴⁴. Lo adecuado sería partir de un concepto de tráfico que corresponda a los actuales procedimientos de la mercadotecnia, lo que supone incluir tanto desplazamientos onerosos como gratuitos realizados con el fin de crear o ampliar mercado. Los restantes desplazamientos gratuitos son impunes. Las actividades de propaganda que no utilicen el mecanismo de la donación son difícilmente incluibles en el concepto de tráfico, aunque podría forzarse una interpretación en ese sentido.

Una regulación acorde con las propuestas político-criminales arriba expuestas penaría el cultivo y la fabricación solo en la medida que dieran lugar por su forma de realización a atentados contra el orden socioeconómico o contra el control penal de la salud pública. Lo mismo sucedería con el tráfico, donde, consecuentemente, no debiera olvidarse la punición de las técnicas de publicidad engañosa, además de incluirse tipos protectores de la libertad individual en el sentido antes explicado.

X. Las nuevas figuras delictivas propuestas por los órganos de Naciones Unidas merecen una especial reflexión⁴⁵.

En primer lugar la configuración como delito autónomo de los actos preparatorios de fabricar, distribuir o poseer materiales o equipos *destinados* a la producción

⁴¹ Así, "Informe de la Comisión Especial ...", *op. cit.*, pág. 8283; "Plan Nacional sobre Drogas", *op. cit.*, pág. 805; Díez RIPOLLÉS (*op. cit.*, pág. 385) recoge la numerosa doctrina española en esta línea. Tales pretensiones han encontrado eco en la reforma de 1988; a tenor del art. 93 bis. También "Informe Stewart-Clark" (*op. cit.*, apartados 10, 108, 110, 111) y su opinión minoritaria. (*Ibidem*, pág. 98).

⁴² Ello no había sucedido hasta la reformulación del proyecto de convenio por un grupo de expertos en octubre de 1987 (véase texto revisado del proyecto en documento E/CN.7/1988/2, Part. II, en concreto art. 2.2 c)).

⁴³ Véanse las alusiones a "delivery on any terms whatsoever" y a "facilitating of the aforementioned operations or activities" en el art. 1.i del proyecto preliminar de convención (Documento E/CN.7/1987/2), o a la primera expresión y a la con ella relacionada, de "possession of any controlled substance for the purpose of any of the foregoing activities", mencionadas en el proyecto revisado del grupo de expertos (Documento E/CN.7/1988/2 (Part. II)).

⁴⁴ Véase el art. 344 del Código Penal tras la reforma del 1988.

⁴⁵ Utilizaremos los documentos que contienen el proyecto preliminar de convención y el texto revisado de tal proyecto realizado por un grupo de expertos (Documentos E/CN.7/1987/2 y E/CN.7/1988/2 (Part. II, IV)).

o fabricación ilícitas de estupefacientes o sustancias psicotrópicas⁴⁶ es susceptible ante todo de las críticas propias de toda tipificación *sui generis* de actos preparatorios: su manifiesta lejanía de la lesión del bien jurídico, de forma que difícilmente puede hablarse de que se esté poniendo de algún modo en peligro; además, la poca concreción de las exigencias subjetivas y las dificultades de prueba que cabe esperar del variado destino a que pueden ser asignados tales materiales o equipos (piénsese en una máquina de encapsular), hace temer que no se respeten en la aplicación de tal precepto los principios de seguridad jurídica y legalidad. En cualquier caso, no deja de ser disfuncional el castigo de tales actos preparatorios mientras una fase intermedia entre estos y la producción o fabricación de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, es decir, la producción, distribución o posesión de los precursores químicos a partir de los cuales se obtienen los estupefacientes o sustancias psicotrópicas solo esté sometida a medidas de fiscalización administrativa⁴⁷; el contraargumento de su utilidad para la obtención de productos lícitos es igualmente válido para los materiales o equipos sobre los que se quiere establecer la penalización; una prueba de que se puede ser más consecuente la da el propio Proyecto de Convención respecto a la *cannabis* al querer ampliar su concepto hasta incluir las semillas, imprescindibles para su cultivo⁴⁸. Por todo lo dicho, no ha de extrañar el escaso eco de esta propuesta ampliatoria de la punición en los foros europeos y aun fuera de ellos. Por lo que respecta a España, su introducción iría en contra de la opinión generalizada de que la posesión de semillas, plantas, materias primas, etc., para cultivar o fabricar drogas es y debe seguir siendo impune en nuestro ordenamiento jurídico⁴⁹.

Respecto a las nuevas conductas cercanas a la receptación propuestas consistentes en la adquisición, posesión, transferencias o blanqueo del producto derivado directa o indirectamente del tráfico ilícito, hay que reconocer la favorable acogida que han tenido en el ámbito europeo, siempre que se asegure que el receptor deba conocer que el producto procede del tráfico ilícito⁵⁰. Una tal receptación

⁴⁶ Véanse art. 2.1 b) del proyecto preliminar, y 2.1.A)ii, b)ii del texto revisado. Este último texto restringe la conducta prohibida al exigir que el sujeto conozca el destino ilícito de tales materiales y equipo.

⁴⁷ Así en el proyecto preliminar, art. 8°.

⁴⁸ Véase art. 1.e) del proyecto preliminar y del texto revisado, y *supra* nota 37. El grupo de expertos ha caído en la cuenta de esta contradicción y ha incluido en el concepto de tráfico ilícito, en el último momento, el "traffic in specific chemicals contrary to article 8° of the present Convention" (véase texto revisado art. 1.h)), lo que no parece ser la forma adecuada de resolver esta contradicción. Lo procedente sería eliminar el castigo autónomo de estos actos preparatorios.

⁴⁹ Así CONDE PUMPIDO ("El tratamiento penal del tráfico de drogas: Las nuevas cuestiones", en *La problemática de la droga en España*, Madrid, Edit. Edersa, 1986, pág. 125), en un análisis anterior a la reforma de 1988, pero que puede mantenerse sin dificultad tras esta.

⁵⁰ Véanse arts. 2.1 c) del proyecto preliminar, y 2.1.A)iii, b)i del texto revisado, en los que ya se alude al elemento subjetivo citado.

En cuanto a Europa, países muy significados presentaron observaciones al proyecto preliminar, precisamente aceptando estas nuevas figuras delictivas siempre que se introdujera el correspondiente elemento subjetivo (véanse Documentos E/CN.7/1987/2/Add.1 y 2). Acepta también estas medidas

tiene las siguientes peculiaridades, respecto al concepto habitualmente manejado de receptación propia en nuestra legislación: en primer lugar, deberá responder en un buen número de ocasiones al supuesto, no abarcado en el 546 bis a), de la receptación sustitutiva, ya que en lo que se está pensando no es solamente en la receptación de los "efectos" del delito, es decir, de las sumas monetarias obtenidas del tráfico de drogas, sino también de la de los bienes obtenidos con ese dinero; en esa línea está la referencia a que se derive directa o indirectamente del tráfico⁵¹. Por otra parte, el bien jurídico protegido no es el mismo que el del delito de cuyos efectos se aprovecha el receptor, pues no cabe pensar que con esta receptación se esté lesionando la salud pública⁵². Asimismo, no se respetaría el límite de que el delito base fuera "contra los bienes", pues hoy por hoy lo es contra la salud pública, y solo un concepto muy amplio de aquellos permitiría tal cosa⁵³. Todo lo anterior no ha impedido la introducción en el Código Penal español de 1988 de un precepto que en buena parte recoge las propuestas de Naciones Unidas en este punto, dando lugar a un supuesto de receptación específica⁵⁴. En cualquier caso la necesidad que se siente de crear un tipo cercano a la receptación, así como las dos últimas diferencias que se originan frente al 546 bis a), nos recuerdan la inadecuada calificación de estas conductas, cuando se trata de los niveles altos de tráfico, como delitos contra la salud pública y no contra el orden socio-económico.

Por otra parte, y al margen de la ampliación que supone la receptación sustitutiva, será habitual en este tipo de conductas que la receptación propia o conjunta

el "Informe Stewart-Clark" (*op. cit.*, apartados 103-106), y se consideran convenientes en diversas intervenciones realizadas en el Pleno del Parlamento europeo ("Débats du Parlement européen", *op. cit.*), hasta el punto de que se alude expresamente a ellas en la "Resolución sobre el problema de la droga" que, tras los debates, adopta el citado Parlamento (véase "Diario Oficial de las Comunidades europeas", *ob. cit.*).

⁵¹ El concepto de "producto" desaparece en el texto revisado, pero la descripción de las conductas prohibidas supone una profundización en la idea de abarcar las conductas de ocultación de las ganancias derivadas del tráfico.

En general, en contra de la receptación sustitutiva en España, BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de derecho penal*, parte especial, II, 1987, pág. 334; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, parte especial, 9ª ed., 1983, pág. 546; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal*, parte especial, Barcelona, Edit. Ariel, 1986, pág. 249.

⁵² Este requisito de la relativa equivalencia de ambos bienes jurídicos lo exigen, entre otros, BAJO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 391-392; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, parte especial, Universidad de Sevilla, 1985, pág. 314.

⁵³ Rechazarían tal inclusión BAJO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 334; RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pág. 545; MARTOS NÚÑEZ, *El delito de receptación*, Montecorvo, 1985, págs. 195 y ss.; RODRÍGUEZ MOURUILLO, *Comentarios al Código Penal*, t. I, Edic. Ariel, 1976, pág. 921. Podrían quizás aceptarla, BUSTOS RAMÍREZ, *op. cit.*, págs. 249-250; MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, pág. 316.

⁵⁴ Véase el nuevo art. 546 bis f) del Código Penal español.

se haya pactado de antemano, por lo que la jurisprudencia no aplicará el nuevo tipo sino autoría o participación en el tráfico de drogas⁵⁵.

Queda, por último, lo relativo a la nueva regulación que se propone de los grados de participación y ejecución en estos delitos, y que implica un desmesurado adelantamiento de las barreras de protección penal. En primer lugar se propone el castigo del mero "consejo para cometer delito", como algo distinto de los restantes actos preparatorios, conspiración y provocación, también penados, y sin integrarse en los diversos grados de participación, asimismo castigados. En segundo lugar, al referir todos estos comportamientos tanto al delito de tráfico de drogas como a los delitos autónomos que recogen ciertos actos preparatorios o la receptación, el ámbito de lo punible se potencia extraordinariamente. Por otra parte, tal referencia no podría hacerse, sin más, remitiendo a las reglas genéricas del Código sobre grados de ejecución o participación, pues en virtud del art. 55 no cabe aceptar el castigo de actos preparatorios configurados de modo autónomo, o el encubrimiento de un encubrimiento tipificado expresamente, aunque sí cabe la participación en actos preparatorios autónomos, o diversos grados de ejecución en supuestos de participación autónomos⁵⁶; de nuevo habría que forzar los principios generales del Código creando tipos específicos. Pese al escaso eco que ha tenido esta propuesta de Naciones Unidas en cualesquiera ámbitos, alegándose que bastan las reglas genéricas de participación y ejecución⁵⁷, la reforma española de 1988 de modo indirecto la ha aceptado al acentuar con su nueva redacción de las conductas típicas, en especial con la inclusión de los términos "promover, favorecer o facilitar", el castigo de comportamientos muy alejados de la lesión al bien jurídico de la salud pública.

XI. El endurecimiento de las penas ya existentes, propuesto por los órganos de Naciones Unidas, ha recibido un apoyo matizado⁵⁸. Efectivamente, las referencias a que las multas deben ser proporcionadas a la cuantía de los beneficios obtenidos y a que las penas de prisión deben ser suficientemente intimidatorias, son

⁵⁵ Véase postura jurisprudencial en MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, pág. 314; BAJO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 338.

⁵⁶ Véanse las propuestas de punición de estas conductas en los arts. 2.1 d) del proyecto preliminar y 2.1.b) del texto revisado.

Sobre lo que supone el art. 55 de nuestro Código Penal, véase a RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, t. I, págs. 140 y 162, y t. II, pág. 240. No obstante, aun sin ser un caso exactamente igual, pues pone en relación dos delitos autónomos, se acepta por doctrina y jurisprudencia la receptación de la receptación: RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pág. 544; BAJO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 334; MARTOS NÚÑEZ, *op. cit.*, págs. 199-202.

⁵⁷ Véanse observaciones de diversos países al proyecto preliminar de convención (Documentos E/CN.7/1987/2/Add.1 y 2).

⁵⁸ La propuesta de endurecimiento se encuentra en los arts. 2.2 del proyecto preliminar y 2.2 y 2.4 del texto revisado.

Véase un resumen de las observaciones de los diferentes países al proyecto preliminar en este punto, en Díez RIPOLLÉS, *op. cit.*, pág. 355.

Asimismo, "Informe Stewart-Clark", *op. cit.*, apartados 10, 108 y ss.; y diversas intervenciones en el Pleno del Parlamento europeo (véase *Débats du Parlement européen*, doc. cit.).

procedentes en los niveles de tráfico alto y medio, por más que el volumen de ganancias que actualmente se consigue es tal que resulta difícil que cualquier pena intimide, y constituye un argumento más a favor de un nuevo enfoque de la represión, en el sentido por nosotros indicado. Lo que ya no parece tan justificado es la pretensión de considerar a todos los comportamientos de tráfico de drogas como delitos graves, pasibles de penas correspondientes, o excluidos de los habituales sustitutivos penales o beneficios penitenciarios; tal actitud, rechazada acertadamente por numerosos países europeos⁵⁹, supone no valorar adecuadamente el diverso contenido de lo injusto de tales conductas y es, incluso, poco eficaz. La regulación específica del sistema de prueba para los delincuentes toxicodependientes introducida en España en 1988 refleja esa actitud diferenciada propia de los países europeos⁶⁰.

Pero la discusión se ha centrado en la propuesta de introducir una amplia regulación del embargo y comiso de los bienes producto del tráfico ilícito⁶¹. Ello supondrá, ante todo, crear un concepto específico de confiscación, distinto del contenido en el art. 48 del Código Penal que no incluye el provecho o la ganancia obtenida con la comisión del delito, en actitud similar a la adoptada en el art. 393⁶². Tal ampliación, sostenida de modo general para todo comiso por algún autor⁶³, chocará en estos supuestos con los importantes recelos que toda norma que pueda aproximarse a la confiscación general de bienes suscita en nuestro ordenamiento jurídico⁶⁴, recelos que explican el que ni siquiera con la actual regulación estricta del comiso se agoten, ni con mucho, todas sus posibilidades⁶⁵. Sin duda, un comiso así entendido permitirá vincular las medidas procesales que los órganos de Naciones Unidas denominan "congelación" e "incautación", a la figura del embargo contenido en los arts. 589 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que se tratará de asegurar las responsabilidades del autor, cuando menos las penales, derivadas del comiso⁶⁶.

Los temores que suscita esta discutible ampliación del concepto de comiso y embargo se ven notablemente reforzados, como se ha podido ver en las reacciones

⁵⁹ Véanse las referencias europeas de nota anterior.

⁶⁰ Véase art. 93 bis introducido en la reforma penal española de 1988.

⁶¹ Véanse las propuestas en tal sentido en art. 3 del proyecto preliminar y del texto revisado.

⁶² Véase a MANZANARES SAMANIEGO, *Las penas patrimoniales en el Código Penal español*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1983, págs. 265-267; a CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, t. II, Ariel, 1976, pág. 196; y a LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, Edit. Tecnos, 1985, pág. 114.

⁶³ Véase a MANZANARES SAMANIEGO, *op. cit.*, pág. 352.

⁶⁴ Sobre el comiso como una especie del género confiscación, en concreto la confiscación especial, véase a MANZANARES SAMANIEGO, *op. cit.*, pág. 251.

⁶⁵ Sobre el desuso del comiso en muchos supuestos susceptibles de aplicación, véase a CÓRDOBA RODA, *op. cit.*, pág. 198; LANDROVE DÍAZ, *op. cit.*, pág. 113.

⁶⁶ En cualquier caso no debe olvidarse la nueva alteración que la regulación propuesta implica sobre los conceptos de comiso y embargo, al abarcar el concepto de "producto" objeto del decomiso también elementos estrictamente pecuniarios, y al tener que referirse el embargo antecedente no solo a "responsabilidades pecuniarias", como ahora dice nuestra ley procesal.

de determinados países europeos⁶⁷, al comprobar las escasas garantías que se establecen en su aplicación: se pretende que el embargo lo puedan decretar autoridades no judiciales, y que este y el comiso se puedan imponer por autoridades judiciales civiles; se acepta un amplio uso de presunciones o la inversión de la carga de la prueba para demostrar si el producto procedía del tráfico ilícito y si el interesado lo conocía, etc.; y por si fuera poco, se admite el comiso respecto a bienes o derechos de personas que no han sido condenadas, ni siquiera procesadas, si el tribunal estima que hay pruebas suficientes de que conocían el origen del producto. Todas estas posibilidades alejan definitivamente a la propuesta de principios básicos relativos al comiso y el embargo como, por citar algunos, la imposibilidad de que el comiso se aplique a persona no responsable del delito, o que no pueda bastar para su imposición el que no esté acreditada la pertenencia del bien a un no responsable criminalmente⁶⁸.

Subsanada la falta de garantías anterior, quizás estemos ante una sanción penal adecuada a los niveles altos y medios del tráfico. Así lo ha entendido el legislador español de 1988, quien ha sido respetuoso de los principios básicos del comiso y del embargo acabados de aludir⁶⁹.

XII. Por lo que se refiere al reforzamiento de otros mecanismos procesales, más allá del embargo, como el afianzamiento del principio de justicia mundial, el establecimiento de plazos de prescripción disuasorios, o el ablandamiento de los principios limitadores de la extradición, propuestos por las Naciones Unidas, se observan en el conjunto europeo fuertes reticencias respecto a los dos últimos⁷⁰. En concreto, por lo que concierne a la extradición, se es consciente de la necesidad de armonizar su práctica y aumentar su frecuencia en el ámbito europeo, pero lógicamente no parece haber disposición a pasar por alto los principios trabajosamente establecidos en el convenio europeo de extradición⁷¹. En España el principio de justicia mundial para estos delitos está aceptado en el art. 23.4 de la ley orgánica del poder judicial, mientras que el socavamiento de los principios limitadores de

la extradición antes mencionados iría en contra de la reciente ley de extradición pasiva de 1985⁷².

XIII. Un mecanismo de actuación policial especialmente debatido en estos momentos es el de la "entrega vigilada". La propuesta de Naciones Unidas ha sido objeto de suspicacias entre bastantes países, en primer lugar porque se quiere asegurar que la iniciativa y el control los lleve el país en cuyo territorio en cada momento se están realizando los hechos, y en segundo lugar, porque tropieza con determinadas dificultades legales en el denominado sistema jurídico continental⁷³. Efectivamente, la abstención policial en estos casos supone en principio la violación de determinados deberes de la policía, contenidos en las leyes procesales penales y orgánicas⁷⁴, que incluso podrían dar lugar, en casos en que pudieran evitar el delito, a una complicidad por omisión, si se estima que es posible en general y que concurre la posición y deber de garante⁷⁵. Ahora bien, si razones de eficacia lo aconsejasen y se exigiera la autorización judicial para ello, no hay o al menos no debería haber obstáculos legales insalvables para su introducción en nuestro ordenamiento. En cualquier caso no estamos ante un supuesto de provocación policial, que debería ser resuelto por otras vías, pues resulta discutible aceptar de modo general, y más en este caso, la inducción por omisión⁷⁶.

Las propuestas de abordaje en alta mar de buques de pabellón extranjero se miran, comprensiblemente, con mucho recelo por países temerosos de los abusos de que podría ser víctima la soberanía nacional si no se arbitra un procedimiento que, sin perder eficacia, procure garantizar suficientemente tal extremo⁷⁷.

La reiterada afirmación de las instancias oficiales españolas de que es necesario acosar al pequeño traficante, dados el rechazo social que suscita su aparente impunidad y el preciso mantenimiento de la seguridad ciudadana⁷⁸, además de ser susceptible de críticas referidas al auténtico objeto de protección en el tráfico de drogas y ya mencionadas, supone, si se persevera en tal modo de actuar, una utilización

⁶⁷ Véanse las observaciones al proyecto preliminar presentadas por diversos países, en Documentos E/CN.7/1987/2/Add. 1 y 2, y su sistematización en DÍEZ RIPOLLÉS, *op. cit.*, pág. 355.

⁶⁸ Frente a lo propuesto en el proyecto preliminar, el texto revisado ha abierto la posibilidad de que las partes mantengan, si así lo exige su legislación interna, todas las actuaciones en el marco de la jurisdicción penal y ha eliminado las presunciones, aunque no la inversión de la carga de la prueba, ni, con la suficiente claridad, el comiso de bienes de personas no condenadas o ni siquiera procesadas. (Véase art. 3º del texto revisado).

Recuerdan los principios básicos del comiso citados en texto, MANZANARES SAMANIEGO, *op. cit.*, págs. 278-280, 353; y CÓRDOBA RODA, *op. cit.*, pág. 199.

⁶⁹ Véase art. 344 bis e) del Código Penal español, tras la reforma de 1988.

⁷⁰ Véanse arts. 2.7 y 4 del proyecto preliminar, y 2.5, 2 bis y 4 del texto revisado.

Véanse las observaciones de países europeos a las propuestas del proyecto preliminar en documentos E/CN.7/1987/2/Add. 1 y 2.

⁷¹ Véase un análisis de estos en CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*, parte general, t. I, Introducción, Teoría jurídica del delito, 3ª ed., 1985, págs. 221-233.

Véase igualmente el "Informe Stewart-Clark", *op. cit.*, apartados 92 y 93, y la "Resolución sobre el problema de la droga" (*op. cit.*) del Parlamento Europeo.

⁷² Véase a CEREZO MIR, *op. cit.*, págs. 234-239.

⁷³ Véanse arts. 1 d) y 7 del proyecto preliminar, observaciones de diversos países a la introducción de tal técnica (Documentos E/CN.7/1987/2/Add. y 1 2) y arts. 1 d) y 7 del texto revisado, en los que se relativiza en gran medida la introducción de esta técnica al reformularse, en relación con el proyecto preliminar, de un modo muy genérico.

Apoya el sistema de la entrega vigilada el "Informe Stewart-Clark", *op. cit.*, apartados 132 y 133.

⁷⁴ Véanse arts. 282, 284 y 492, en relación con el 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como art. 5 de la Ley de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, entre otras.

⁷⁵ Véase, sobre complicidad por omisión, a JESCHECK y MIR PUIG, en *Tratado de derecho penal*, parte general (vol. II, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1981, págs. 858, 863, 967 y 976-977), con abundantes referencias bibliográficas y jurisprudenciales alemanas y españolas.

⁷⁶ Véase *ibidem*, págs. 961-962, 975; y MIR PUIG, *Derecho penal*, parte general, 1985, págs. 345-347.

⁷⁷ Véanse tales propuestas en art. 12 del proyecto preliminar y del texto revisado. Véanse asimismo las observaciones de muchos países en este punto en Documentos E/CN.7/1987/2/Add. 1 y 2.

⁷⁸ Así, "Informe de la Comisión Especial ...", *op. cit.*, págs. 8286-8287; "Plan Nacional sobre Drogas", *op. cit.*, págs. 829-831; "Comisión de Política Social y de Empleo del Congreso de Diputados", *op. cit.*, pág. 4989.

tosca de los mecanismos de prevención general, y, en último término, la creación de un círculo vicioso, ya que la problemática de inseguridad ciudadana y de marginación social está estrechamente ligada a una persecución penal sobredimensionada del tráfico de drogas y sus repercusiones en los niveles más bajos de este y del consumo.

XIV. En cuanto a nuevas medidas de control y fiscalización, al margen del derecho penal, las técnicas de sustitución de cultivos no pueden desarrollarse, como sin embargo se ha propuesto repetidamente en el Parlamento europeo, a través de medios coactivos encubiertos⁷⁹. Ello supone olvidar la cuota de responsabilidad de los países consumidores en la difusión de tales cultivos y, lo que es más importante, en la generalización en tales países de las denominadas drogas legales, además de atentar contra su cultura, por no citar su soberanía, argumentos todos ellos ya mencionados en el Parlamento europeo⁸⁰.

La propuesta de imponer sanciones a portadores comerciales que no tomen precauciones razonables para impedir la utilización de sus medios de transporte para el tráfico ilícito, formulada por Naciones Unidas, ha sido acogida con muchas reservas. En efecto, no queda suficientemente claro que son sanciones administrativas, no penales, y puede suponer el inicio de una penalización por imprudencia del tráfico de drogas⁸¹.

La fiscalización del comercio de materiales y equipos susceptibles de ser destinados a la fabricación de drogas, que se propone *ex novo* por Naciones Unidas, ha sido rechazada por los países industrializados, y supone, aunque ahora en el ámbito administrativo, reforzar la progresiva atención prestada a actos preparatorios cada vez más alejados de la lesión al bien jurídico⁸².

⁷⁹ Así, el "Informe Stewart-Clark" (*op. cit.*, apartados 63, 69, 70, 72) y los grupos parlamentarios de la derecha en el Pleno del Parlamento europeo al discutir el Informe (véase "Débats du Parlement européen", *op. cit.*).

⁸⁰ Véase la opinión minoritaria del "Informe Stewart-Clark" (*op. cit.*, pág. 97) y lo afirmado por representantes de los grupos parlamentarios de izquierda en el Pleno del Parlamento europeo. (*Ibidem*).

⁸¹ Véase art. 11 del proyecto preliminar, observaciones de diferentes países a tal artículo (Documentos E/CN.7/1987/2/Add. 1 y 2), y consiguiente reformulación en el texto revisado eludiendo referencias específicas a las sanciones (art. 11).

⁸² Véase art. 9 del proyecto preliminar y del texto revisado.

PROYECTO DE CONVENCIÓN CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS *

1. INTRODUCCIÓN

1. En el párrafo 2 de su resolución 39/141 de 14 de diciembre de 1984, cuyo anexo se titula "Proyecto de convención contra el tráfico de sustancias estupefacientes y sicotrópicas y actividades conexas", la Asamblea General pidió

"al Consejo Económico y Social que, teniendo en consideración el párrafo 3 del artículo 62, y el párrafo 1 del artículo 66 de la Carta de las Naciones Unidas y la resolución 9(1) de 16 de febrero de 1946 del Consejo, solicite a la Comisión, de Estupefacientes que, en su 31º período de sesiones que ha de celebrarse en febrero de 1985, comience con carácter prioritario la elaboración de un proyecto de convención contra el narcotráfico que contemple en conjunto los aspectos del problema y, en particular, los no previstos en los instrumentos internacionales existentes".

El Consejo Económico y Social pidió oficialmente a la Comisión de Estupefacientes, por su decisión 1985/104 de 8 de febrero de 1985, que comenzara la elaboración del proyecto de convención.

2. En su 31º período de sesiones (11 a 20 de febrero de 1985), la Comisión, en respuesta a la petición de la Asamblea General, adoptó la resolución 1(XXXI) de 20 de febrero de 1985 titulada "Iniciación de la preparación de un proyecto de convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas".

3. En el párrafo 1 de dicha resolución, la Comisión pidió al secretario general "que solicite a los Estados Miembros de las Naciones Unidas y a los Estados Partes en la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, en esa Convención enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y en el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971 que formulen, para antes del 1º de julio de 1985, observaciones y propuestas sobre los elementos que desearían que se incorporasen en un proyecto de convención en cumplimiento del mandato establecido en la resolución 39/141 de la Asamblea General".

* El presente Proyecto fue presentado como Informe del secretario general de las Naciones Unidas, en el 32º período de sesiones, celebrado en Viena (Austria) del 2 al 11 de febrero de 1987; creemos de suma utilidad su difusión entre nosotros. Mientras se imprimía el presente número ha sido aprobada, en diciembre de 1988, la Nueva Convención de Estupefacientes en Viena habiéndose contado con nuestro país que ahora se dispone a incorporarla a su ordenamiento jurídico; con posterioridad haremos la publicación respectiva (nota del coordinador).

Con este fin, también pidió al secretario general que distribuyera los 18 documentos especificados en el mismo párrafo dispositivo de la resolución de la Comisión, distribución que se realizó mediante una nota de fecha 15 de marzo de 1985.

4. En el párrafo 2 de su resolución 1(xxxi), la Comisión pidió al secretario general

“que recopile y unifique, dentro de los límites de los recursos disponibles, las observaciones recibidas de los gobiernos y otros estudios pertinentes y que prepare un informe, que se distribuirá entre los Estados Miembros de las Naciones Unidas y otros Estados a más tardar el 1° de noviembre de 1985, en el que se identificarán los elementos que se habrán de examinar con miras a su inclusión en un proyecto de convención, en cumplimiento del mandato establecido en la resolución 39/141 de la Asamblea General”.

5. En su noveno período extraordinario de sesiones (10 a 14 de febrero de 1986), la Comisión de Estupefacientes tuvo ante sí el informe del secretario general titulado “Observaciones y propuestas recibidas de los gobiernos en relación con un proyecto de convención contra el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y sicotrópicas” (E/CN.7/1986/2 y Corr. 1 y 2 y Add. 1-3). El informe del secretario general, que contenía un análisis sistemático de las respuestas de 46 gobiernos y otro material pertinente, individualizaba los elementos que muchos gobiernos consideraban apropiado incluir en el proyecto de convención, así como otros elementos que parecían exigir un estudio más detenido antes de tomar una decisión sobre su inclusión.

6. Después del debate del tema¹, teniendo en cuenta el informe del secretario general, el 14 de febrero de 1986 la Comisión adoptó la resolución 1(S-IX) titulada “Orientación sobre la elaboración de una convención internacional contra el tráfico de drogas”. En el párrafo 3 de dicha resolución la Comisión recomendó la incorporación de 14 elementos en un primer proyecto de convención. Estos elementos son los siguientes:

“a) Definiciones, según proceda, para los fines de la convención;

“b) Identificación, localización, congelación y confiscación del producto del tráfico de drogas;

“c) Fortalecimiento de las obligaciones en materia de extradición por delitos relacionados con el tráfico de drogas;

“d) Medidas para supervisar y fiscalizar sustancias químicas, solventes, y precursores específicos que se utilizan en la elaboración y fabricación ilícitas de drogas sometidas a fiscalización;

“e) Medidas para garantizar que los portadores comerciales no sean utilizados para transportar estupefacientes y sustancias sicotrópicas ilícitas, incluido el establecimiento de un sistema de sanciones;

“f) Medios de cooperación entre países, en particular entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley, para el intercambio de información así como

para el establecimiento de mecanismos de comunicación conjuntos, el suministro de asistencia con fines de formación y el intercambio de expertos, incluida la asignación de funcionarios de enlace en materia de drogas según proceda, teniendo en cuenta los problemas especiales de los Estados de tránsito;

“g) Fortalecimiento de la cooperación entre los países para prestar asistencia mutua jurídica y judicial en casos relacionados con el tráfico de drogas, y promoción de la asistencia mutua en asuntos de investigación y procesamiento;

“h) Entrega vigilada;

“i) Idoneidad de las sanciones por delitos relacionados con el tráfico de drogas;

“j) Fortalecimiento de la cooperación mutua entre los Estados para la supresión del tráfico ilícito de drogas en alta mar;

“k) Medidas para reducir el cultivo ilícito y no fiscalizado de las plantas de las que se extraen estupefacientes, y en particular la prevención, la sustitución y la erradicación de los cultivos;

“l) Ampliación de la fiscalización en las zonas y puertos francos;

“m) Prevención de la recepción, posesión y transferencia de equipo para la fabricación, la composición o la elaboración ilícitas de estupefacientes y sustancias sicotrópicas;

“n) Prevención de la utilización de los servicios postales para el transporte ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”.

7. En el párrafo 4 de la resolución 1(S-IX) la Comisión pidió al secretario general “que prepare un proyecto preliminar de convención que contenga los elementos especificados en el párrafo 3 y que distribuya dicho proyecto entre los miembros de la Comisión y otros gobiernos interesados antes del 15 de agosto de 1986”. El proyecto preliminar del secretario general, que refleja los 14 elementos individualizados por la Comisión para su incorporación en el proyecto de convención, figura en el capítulo II del presente documento.

8. El párrafo 5 de la resolución 1(S-IX) invita “a los miembros de la Comisión y a otros gobiernos interesados a que presenten al secretario general, antes del 30 de octubre de 1986, sus observaciones acerca del proyecto y/o propuestas para modificar su texto”. En la nota mediante la que ha distribuido este documento a los Estados miembros de las Naciones Unidas y a otros Estados no miembros, el secretario general pidió que las observaciones acerca del proyecto y/o propuestas para modificar su texto le llegaran en el plazo indicado en la resolución de la Comisión.

9. En el párrafo 6 de la resolución 1(S-IX), se pidió al secretario general “que reúna esas observaciones y/o propuestas de modificación del texto y que las distribuya para su examen en el 32° período de sesiones de la Comisión, de forma que esta pueda impartir orientaciones acerca del desarrollo ulterior del proyecto de convención”. Una vez recibidas las respuestas de los gobiernos, el secretario general reunirá las observaciones y propuestas para modificar su texto recibidas de los gobiernos y las distribuirá en una adición al presente documento para su examen en el 32° período de sesiones de la Comisión.

¹ Véase el Informe del noveno período extraordinario de sesiones, E/1986/23, párrafos 5 a 32.

10. El proyecto presentado en el capítulo II está compuesto de 14 artículos que corresponden a los elementos recomendados para su incorporación por la Comisión, y que sistematizan su contenido sustancial. La secuencia de los artículos corresponde a criterios conceptuales cuya finalidad es lograr una agrupación ordenada de las disposiciones jurídicas pertinentes, pero se reconoce que los artículos pueden seguir otro orden. Al pie de cada artículo se señala la relación entre los artículos y los correspondientes elementos individualizados por la Comisión.

11. En esta etapa preliminar y hasta que la Comisión no formule las orientaciones del caso, se consideró prematuro tratar de redactar las disposiciones del preámbulo y los artículos sobre medidas y mecanismos de aplicación. Las sugerencias y propuestas concretas que quizá los gobiernos deseen incluir en sus observaciones al presente proyecto, serán debidamente recogidas en la adición a este informe y se les tendrá en cuenta en la etapa siguiente de redacción, según disponga la Comisión en su 32º período de sesiones.

12. En lo que se refiere a las cláusulas finales de la convención, serán elaboradas oportunamente teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes que existen en los instrumentos de las Naciones Unidas recientemente aprobados y de conformidad con las indicaciones que la Comisión pueda formular para esta convención en particular.

2. PROYECTO DE CONVENCIÓN CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTROPICAS

Artículo 1 *

TÉRMINOS EMPLEADOS

Salvo indicación expresa en contrario, o que el contexto exija otra interpretación, los siguientes términos de esta Convención tendrán el significado que seguidamente se indica:

a) Por “Junta” se entiende la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes;

b) Por “porteador comercial” se entiende una empresa pública o privada dedicada al transporte remunerado de personas o bienes;

c) Por “Comisión” se entiende la Comisión de Estupefacientes del Consejo;

d) Por “entrega vigilada” se entiende el paso a través del territorio de una o más partes, con el conocimiento y bajo la vigilancia de sus organismos de represión, de expediciones ilícitas de sustancias fiscalizadas, con objeto de vigilar su traslado y de identificar y poner a disposición de la justicia a los individuos, sociedades u otras entidades jurídicas que hayan participado en su envío, transporte, entrega, ocultación o recepción;

* Se refiere al elemento a).

e) Por “sustancias fiscalizadas” se entiende cualquiera de las drogas incluidas en las Listas I y II de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, y de esa Convención enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, todas las partes de la planta de cannabis que no figuran en la Lista I de dichas Convenciones, todas las sustancias que figuran en las Listas I, II, III y IV del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas 1971, y las sustancias químicas específicas incluidas en la Lista A y en la Lista B de esta Convención;

f) Por “Consejo” se entiende el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas;

g) Por “confiscación” se entiende la privación de la propiedad del producto por orden judicial;

h) Por “congelación” se entiende la prohibición de trasladar, convertir, disponer o mover el producto en virtud de la orden de un tribunal o de otra autoridad competente;

i) Por “tráfico ilícito” se entiende el cultivo, producción, fabricación, extracción, preparación, oferta en general, oferta de venta, distribución, posesión con la intención de distribuir, compra, venta, entrega en cualquier condición, corretaje, despacho, despacho mediante el correo, despacho en tránsito, transporte, importación y exportación de cualquier sustancia fiscalizada no conforme a las disposiciones de esta Convención. La organización, administración, financiación o facilitación de las operaciones o actividades antes mencionadas se consideran también tráfico ilícito a los efectos de esta Convención;

j) Por “blanqueo” se entiende el acto de ocultar o encubrir la naturaleza, origen, disposición, movimiento o propiedad verdaderos del producto, e incluye el movimiento o conversión del producto por transmisión electrónica;

k) Por “tercero de buena fe” se entiende toda persona, sociedad u otra entidad jurídica que, actuando de buena fe y sin conocimiento de las circunstancias incriminantes, ha adquirido legítimamente el derecho de propiedad, uso, control o posesión del producto;

l) Por “Lista A” y “Lista B” se entienden las listas de sustancias químicas específicas que con esa denominación se anexan a la presente Convención, con las modificaciones que se introduzcan periódicamente en las mismas según lo dispuesto en el artículo 8 de esta Convención;

m) Por “Parte” se entiende un Estado que ha aceptado las obligaciones que entraña esta Convención y para el cual la Convención está en vigor;

n) Por “producto” se entiende los bienes habidos del tráfico ilícito e incluyen la propiedad de cualquier tipo material o inmaterial, mueble o raíz, física o intangible, y las escrituras e instrumentos que prueben un derecho sobre dicha propiedad o un interés en ella;

o) Por “Secretario General” se entiende el secretario general de las Naciones Unidas;

p) Por "incautación" se entiende el asumir la custodia o el control del producto con arreglo a una orden de un tribunal o de otra autoridad competente;

q) Por "sustancias químicas específicas" se entiende una sustancia que figure en la Lista A o en la Lista B de esta Convención, utilizada en la elaboración o fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas;

r) Por "localización" se entiende la determinación de la naturaleza, fuente, disposición, movimiento o propiedad verdaderos del producto;

s) Por "Estado de tránsito" se entiende un Estado que, aunque no sea productor, fabricante o consumidor importante de estupefacientes o sustancias sicotrópicas, se ve, sin embargo, afectado negativamente por el tráfico ilícito en tránsito a través de su territorio.

Artículo 2 *

DISPOSICIONES PENALES - IDONEIDAD DE LAS SANCIONES

1. A reserva de lo dispuesto por su Constitución, régimen jurídico y legislación nacional, cada una de las partes se obliga a adoptar las medidas necesarias para definir como delitos graves en virtud de su Código Penal:

a) El tráfico ilícito;

b) La fabricación, distribución o posesión de materiales o equipos destinados a la producción o fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas;

c) La adquisición, posesión, transferencia o blanqueo del producto derivado del tráfico ilícito o utilizado en este tráfico;

d) La participación deliberada, la confabulación para cometer, la tentativa de cometer, la ayuda, la incitación y el consejo para cometer cualquier delito mencionado en los incisos a), b) y c).

2. Los delitos enumerados en el párrafo 1 de este artículo serán susceptibles de sanciones adecuadas, incluidas las siguientes:

a) Prisión u otras formas de privación de libertad durante un período de tiempo importante;

b) Sanciones pecuniarias o multas proporcionadas a la naturaleza y gravedad del delito;

c) Confiscación de todos los bienes o propiedades involucrados en la perpetración del delito;

d) Confiscación del producto según se dispone en el artículo 3 de esta Convención.

3. Cuando sea posible, las partes considerarán circunstancias agravantes de los delitos enumerados en el párrafo 1 de este artículo:

* Se refiere al elemento i).

a) La participación de bandas organizadas de delinquentes;

b) El uso de armas de fuego o el recurso a la violencia;

c) El hecho de que el delincuente ocupe un cargo público;

d) La victimización de menores.

4. Cada uno de los delitos enumerados en el párrafo 1 de este artículo, si se comete en diferentes países, se considerará como un delito distinto.

5. Las sentencias pronunciadas en el extranjero por los delitos enumerados en el párrafo 1 de este artículo, serán computadas para determinar la reincidencia.

6. Los delitos enumerados en el párrafo 1 de este artículo cometidos tanto por nacionales como por extranjeros serán juzgados por la parte en cuyo territorio se haya cometido el delito, o por la parte en cuyo territorio se encuentre al delincuente.

7. Al examinar la posibilidad de conceder pronto la libertad o la libertad provisional a las personas condenadas por los delitos enumerados en el párrafo 1 de este artículo, las partes tendrán en cuenta la gravedad de esos delitos, y se esforzarán por establecer disposiciones convenientes que regulen la ley de prescripción aplicable a los delitos relacionados con el tráfico ilícito a fin de disuadir a los posibles delinquentes de dedicarse a este tipo de actividad criminal.

8. Las partes, de conformidad con su régimen jurídico, adoptarán las medidas del caso para que la persona acusada de uno de los delitos especificados en el párrafo 1 de este artículo, o cuya extradición se trata de obtener en virtud del artículo 4 de esta Convención, esté presente en las actuaciones requeridas. A este respecto, al fijar la fianza, las partes tomarán en consideración las grandes sumas de dinero de que disponen los traficantes.

Artículo 3 *

IDENTIFICACIÓN, LOCALIZACIÓN, CONGELACIÓN, INCAUTACIÓN Y CONFISCACIÓN DEL PRODUCTO DEL TRÁFICO ILÍCITO

1. Las partes se comprometen a impedir y reprimir la adquisición, posesión, transferencia o blanqueo del producto derivado del tráfico ilícito o utilizado en ese tráfico. Para tal fin:

a) Adoptarán las medidas legislativas y administrativas nacionales del caso para facilitar la identificación, localización, congelación, incautación y confiscación del producto;

b) Facilitarán una acción coordinada eficaz a escala nacional;

c) Se prestarán mutuamente la asistencia necesaria.

2. A reserva de lo dispuesto por su Constitución, cada una de las partes considerará como delito la adquisición, posesión, transferencia o blanqueo del producto cuando tengan conocimiento de que este producto se ha obtenido o derivado directa o indirectamente del tráfico ilícito, sea cual fuere el lugar donde haya tenido lugar este tráfico.

* Se refiere al elemento b).

3. Teniendo debidamente en cuenta sus sistemas constitucional, jurídico y administrativo, cada una de las partes:

a) Dará autorización para que un tribunal de la jurisdicción penal o civil u otra autoridad competente dicte, por petición propia o en nombre de otra parte, una orden de congelación e incautación del producto, cuando el tribunal o la autoridad competente considere que existen pruebas suficientes de que se ha cometido en alguna jurisdicción uno de los delitos a que se hace referencia en el párrafo 2 de este artículo, y cuando el producto se encuentre dentro de su jurisdicción. Las órdenes de congelación o incautación:

i) Prohibirán la transferencia, conversión, disposición o movimiento del producto;

ii) Pueden dictarse antes de que se formule la acusación, pero dentro de un plazo razonable;

iii) Pueden modificarse cuando las circunstancias así lo exijan, en virtud de un recurso interpuesto por cualquier persona que tenga un interés en el producto;

iv) Pueden disponer el nombramiento de un administrador o fiduciario autorizado para vender, fiscalizar o administrar el producto;

v) Pueden dictarse aun si el producto forma parte de otras propiedades o haberes adquiridos de otras fuentes legítimas.

b) Dará autorización para que un tribunal de la jurisdicción penal o civil disponga la confiscación del producto, esté o no dicho producto sometido a una orden de congelación o incautación:

i) En el caso de una persona condenada en alguna jurisdicción por alguno de los delitos a que se refiere el párrafo 2 de este artículo y el tribunal considere que el producto procede directa o indirectamente del tráfico ilícito;

ii) Aunque no exista ningún enjuiciamiento o condena, cuando el tribunal, a petición de la parte o de otra parte, considere que hay pruebas suficientes de que el propietario sabía que el producto procedía directa o indirectamente del tráfico ilícito en alguna jurisdicción o de que era utilizado para dicho tráfico en alguna jurisdicción.

c) Velará por que en cualquier proceso penal o civil relacionado con los delitos a que se refiere el párrafo 2 de este artículo, o para dictar la orden de congelación o incautación a que se refiere el párrafo 3 a) de este artículo, o para dictar la orden de confiscación a que se refiere el párrafo 3 b), el tribunal, cuando trate de probar que el producto procedía directa o indirectamente, y con conocimiento del interesado, del tráfico ilícito, tome en consideración las pruebas que demuestren:

i) Que una persona, asociación de personas, sociedad u otra entidad jurídica estaba relacionada con uno de los delitos a que se refiere el párrafo 2 de este artículo;

ii) Que por ese mismo tiempo o con poca diferencia, la persona, asociación de personas, sociedad u otra entidad jurídica adquirió algún producto;

iii) Que en relación con el valor del producto, la persona, asociación de personas, sociedad u otra entidad jurídica no contaba con fuentes legítimas visibles de ingresos que justificaran su adquisición.

d) Se asegurarán de que todo proceso penal o civil en materia de los delitos a que se refiere el párrafo 2 de este artículo, o para dictar la orden de congelación

o incautación a que se refiere el párrafo 3 a) de este artículo, o para la orden de confiscación a que se refiere el párrafo 3 b) de este artículo, no se verá obstaculizado por el hecho de que el producto derivado del tráfico ilícito o utilizado en este tráfico forme parte de propiedades o haberes adquiridos de fuentes legítimas. La confiscación puede limitarse solo a aquella porción del producto procedentes del tráfico ilícito o utilizada en este tráfico.

4. Las disposiciones de este artículo no podrán interpretarse de manera que prejuzguen los derechos o intereses de terceros de buena fe.

Artículo 4 *

EXTRADICIÓN

1. Este artículo se aplicará a los delitos enumerados en el párrafo 1 del artículo 2 de esta Convención.

2. Cada uno de los delitos a los que se aplica el presente artículo se considerará incluido entre los delitos que den lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre las partes. Las partes se comprometen a incluir tales delitos como casos de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro.

3. Si una parte, que subordine la extradición a la existencia de un tratado, recibe de otra parte, con la que no tiene tratado, una solicitud de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica necesaria para la extradición referente a todo delito al que se aplica el presente artículo.

4. Las partes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos a los que se aplica el presente artículo como casos de extradición entre ellas, sujetos a las condiciones exigidas por el derecho de la parte requerida.

5. Una solicitud de extradición referente a cualquiera de los delitos a los que se aplica el presente artículo no será denegada:

a) Porque la persona buscada es nacional de la parte requerida, a menos que dicha denegación sea exigida por la Constitución de la parte requerida;

b) Porque el delito fue cometido fuera del territorio de la parte requirente, si se quiso que el delito tuviera o tuvo efectos dentro del territorio de la parte requirente;

c) Porque el delito fue de carácter político o tuvo motivación política.

6. En caso de denegar la extradición, la parte requerida tendrá jurisdicción sobre el delito y juzgará, sin retardo injustificado, a la persona cuya extradición fue denegada de la misma manera que en el caso de un delito cometido en su territorio.

7. La parte en cuyo territorio se encuentre al delincuente tendrá también jurisdicción sobre los delitos cometidos fuera de su territorio cuando la parte en cuyo territorio fue cometido el delito no pida la extradición, siempre que el delito sea, en principio, de los que dan lugar a extradición y que esta parte tenga pleno conocimiento del paradero del delincuente, o cuando la extradición se haya ofrecido, aunque sin efecto, a esa parte.

* Se refiere al elemento c).

8. Las partes convienen en que la existencia de pruebas que ofrezcan motivos razonables para creer que la persona cuya extradición se solicita cometió cualquiera de los delitos a los que se aplica el presente artículo, será considerada base suficiente para apoyar una solicitud de extradición.

9. En los casos de jurisdicción concurrente de las partes requirente y requerida sobre un delito al que se aplica el presente artículo, la extradición no será denegada si la parte requirente está en mejores condiciones de probar los hechos pertinentes y de enjuiciar al delincuente.

10. Las partes examinarán la posibilidad de suscribir acuerdos bilaterales y regionales para lograr o mejorar la efectividad de la extradición como medio de poner a disposición de la justicia a las personas acusadas de los delitos a los que se aplica el presente artículo.

Artículo 5 *

ASISTENCIA MUTUA JURÍDICA

1. Teniendo debidamente en cuenta sus sistemas constitucional, jurídico y administrativo, las partes se prestarán reciprocamente, previa petición y de conformidad con las disposiciones del presente artículo, la más amplia asistencia mutua jurídica en todas las investigaciones, procesamientos y otras actuaciones judiciales referentes a los delitos enumerados en el párrafo 1 del artículo 2 de la Convención que correspondan a la jurisdicción de la parte requirente.

2. Las partes se comprometen a adoptar, dentro de sus respectivos sistemas jurídicos nacionales, las medidas legislativas y administrativas que se estimen necesarias para asegurar que la asistencia efectiva prevista en el presente artículo pueda prestarse a otras partes a petición de estas.

3. La asistencia mutua jurídica incluirá, entre otras cosas, lo siguiente:

- a) La práctica de pruebas;
- b) La comunicación de documentos y registros judiciales;
- c) La ejecución de mandamientos de registro e incautación;
- d) El examen de objetos y lugares;
- e) La localización o identificación de testigos, personas sospechosas u otras personas;
- f) El intercambio de información y objetos;
- g) La consulta de documentos y registros pertinentes, incluso registros bancarios, financieros, empresariales y comerciales.

4. Las partes examinarán favorablemente la posibilidad de:

- a) Transferirse mutuamente las actuaciones de enjuiciamiento penal cuando dicha transferencia pueda contribuir a asegurar que se ponga a disposición de la justicia a todas las personas que cometen delitos punibles en virtud de esta Convención;

* Se refiere al elemento g).

b) Trasladar, con fines de deposición testimonial, a personas bajo custodia cuyas declaraciones son sustanciales para un enjuiciamiento u otro procedimiento judicial.

5. Cada una de las partes designará una autoridad competente que facilite o apruebe las solicitudes de asistencia mutua jurídica. Por intermedio del secretario general se notificará a todas las demás partes la autoridad designada por cada parte con este fin.

6. Las autoridades designadas establecerán entre ellas contactos directos para llevar adelante las solicitudes formuladas en virtud de las disposiciones del presente artículo. La autoridad designada nombrará, cuando fuere necesario, un organismo para aplicar dichas solicitudes.

7. La autoridad o el organismo de la parte requirente presentará por escrito las solicitudes de asistencia mutua jurídica a la autoridad de la parte requerida.

8. Las solicitudes de asistencia mutua jurídica deben incluir la información que la parte requerida pueda necesitar, en particular:

- a) El título de la autoridad que formula la solicitud;
- b) El objeto y la razón de la solicitud;
- c) Una descripción de todos los requisitos de procedimientos que son esenciales para la parte requirente;
- d) Cuando sea necesario, el requisito de confidencialidad.

9. La solicitud debe ser aplicada de conformidad con el derecho de la parte requerida y, en la medida en que no lo excluya la ley de la parte requerida, con arreglo a los requisitos de procedimiento especificados en la solicitud.

10. La parte requirente no dará a conocer ni utilizará la información ni las pruebas proporcionadas por la parte requerida para otros fines que no sean los expuestos en la solicitud sin el previo consentimiento de la parte requerida. La parte requirente puede exigir que la parte requerida mantenga el carácter confidencial de la sustancia de la solicitud, excepto en la medida en que sea necesario para la aplicación de dicha solicitud.

11. La asistencia mutua jurídica puede ser denegada:

- a) Si la solicitud no se ajusta a las disposiciones del presente artículo; o
- b) Si la parte requerida considera que la aplicación de la solicitud puede perjudicar su soberanía, su seguridad u otros intereses fundamentales.

12. Se puede diferir la asistencia mutua jurídica si esta interfiere en una indagación o enjuiciamiento en curso. En tal caso, la parte requerida debe consultar con la parte requirente para determinar si se puede prestar la asistencia en la forma y en las condiciones que estime necesarias la parte requerida.

13. Las partes cumplirán sus obligaciones en virtud de las disposiciones del presente artículo de conformidad con todos los tratados de asistencia mutua jurídica que existan entre ellas y, cuando fuere necesario, examinarán la posibilidad de suscribir acuerdos bilaterales o regionales que contribuyan a los propósitos de las disposiciones del presente artículo y les den cumplimiento práctico.

Artículo 6 *

COOPERACIÓN Y CAPACITACIÓN EN MATERIA DE REPRESIÓN

1. Teniendo debidamente en cuenta sus sistemas constitucional, jurídico y administrativo, las partes colaborarán estrechamente entre sí con el propósito de incrementar la eficacia de las medidas de represión encaminadas a eliminar el tráfico ilícito. En particular:

a) Establecerán y mantendrán canales de comunicación entre los organismos de represión, incluidos los servicios aduaneros, a fin de facilitar el intercambio seguro y rápido de información sobre:

i) La identidad, el paradero y las actividades de traficantes conocidos o sospechosos;

ii) Los métodos empleados por los traficantes;

iii) El movimiento del producto que pueda proceder del tráfico ilícito o utilizarse en ese tráfico;

iv) La propiedad y la utilización de los medios de transporte de los que se sospeche que se emplean en el tráfico ilícito.

b) Se prestarán asistencia mutua en la realización de indagaciones o en la obtención de pruebas durante la investigación de casos de tráfico ilícito. Cuando el caso lo requiera, se considerará la posibilidad de enviar rápidamente muestras de las sustancias fiscalizadas a efectos probatorios o de análisis.

2. En la medida necesaria, las partes iniciarán, ampliarán o mejorarán los programas de capacitación destinados a su personal de represión, al personal aduanero o de otro tipo encargado de eliminar el tráfico ilícito. En particular, estos programas se ocuparán de:

a) Los métodos utilizados en la detección del tráfico ilícito;

b) Las nuevas rutas y técnicas utilizadas por los traficantes, en particular en los Estados de tránsito, y las medidas adecuadas de lucha contra el tráfico ilícito;

c) La vigilancia de la importación y exportación de sustancias fiscalizadas;

d) La detección y vigilancia de movimiento del producto procedente del tráfico ilícito o utilizado en ese tráfico;

e) Los métodos utilizados para el blanqueo de este producto;

f) El acopio de pruebas.

3. Las partes se ayudarán mutuamente en la planificación y ejecución de programas de capacitación encaminados a compartir conocimientos, en especial sobre:

a) Los métodos del tráfico ilícito;

b) Los métodos utilizados en el blanqueo del producto procedente del tráfico ilícito o utilizado en ese tráfico;

c) Las técnicas de represión, por ejemplo, la entrega vigilada, las técnicas de registro, la contabilidad forense, la vigilancia electrónica y el análisis químico.

* Se refiere al elemento f).

4. Las partes facilitarán una coordinación eficaz entre sus respectivos organismos de represión y, en particular, estudiarán la posibilidad de destacar dentro de sus fronteras, a funcionarios de enlace procedentes de otras partes y de promover el intercambio de personal y de otros expertos en materia de tráfico ilícito.

5. Las partes se esforzarán, directamente o mediante las organizaciones internacionales competentes, por organizar programas de cooperación técnica en beneficio de todas las partes, teniendo debidamente en cuenta las necesidades especiales de las partes que son Estados de tránsito, mejorar los canales de comunicación, y prestar ayuda técnica cuando les sea solicitada.

6. Las partes estudiarán la posibilidad de suscribir acuerdos bilaterales y regionales para fomentar la cooperación destinada a eliminar el tráfico ilícito.

7. Las partes considerarán la posibilidad de organizar periódicamente conferencias y seminarios regionales e internacionales destinados al personal de represión, al personal aduanero o de otro tipo, a fin de estimular la cooperación, permitir el análisis de los problemas de interés mutuo, en particular los problemas especiales de los Estados de tránsito, e intercambiar información sobre nuevas tendencias del tráfico ilícito y los métodos utilizados para su eliminación.

Artículo 7 *

ENTREGA VIGILADA

1. Teniendo debidamente en cuenta sus sistemas constitucional, jurídico y administrativo, las partes adoptarán las medidas necesarias para autorizar el empleo adecuado de la técnica de entrega vigilada, con el fin de identificar y poner a disposición de la justicia a los individuos, sociedades u otras entidades jurídicas que participen en el envío, transporte, entrega, ocultación o recepción de envíos ilícitos de sustancias fiscalizadas.

2. Con miras a garantizar una coordinación nacional e internacional eficaz del uso de la técnica de entrega vigilada, las partes considerarán la posibilidad de designar una autoridad competente encargada de dicha coordinación. Por intermedio del secretario general se notificará a todas las demás partes la autoridad designada por cada parte con este fin.

3. La decisión de emplear la técnica de entrega vigilada deberá adoptarse con arreglo a las circunstancias de cada caso.

4. Para asegurar que en el transcurso de toda la entrega vigilada se mantiene la seguridad requerida, las partes adoptarán las medidas necesarias para que:

a) La remesa esté bajo vigilancia permanente;

b) La parte en cuyo territorio exista algún riesgo inmediato de pérdida intervenga según sea necesario;

* Se refiere al elemento h).

c) Toda medida que adopten los organismos de represión de la parte requirente esté sujeta a la autorización previa de la parte que tiene jurisdicción sobre el territorio en que tiene lugar la entrega vigilada;

d) La totalidad o parte de las sustancias fiscalizadas de la remesa ilícita sean sustituidas, cuando sea posible, por sustancias inocuas.

5. Las partes convienen en que las autoridades competentes del país de origen y de todo país de tránsito suspenderán el enjuiciamiento de los delitos derivados de la remesa ilícita cometidos dentro de su jurisdicción, a condición de que el país de destino inicie el enjuiciamiento por los delitos cometidos dentro de su jurisdicción en un plazo razonable después de la terminación de la entrega vigilada. El país de destino proporcionará todas las pruebas de que disponga y sean necesarias para el enjuiciamiento en el país de origen, o en cualquier país de tránsito, por los delitos cometidos dentro de la jurisdicción de estos países.

Artículo 8 *

MEDIDAS PARA SUPERVISAR O FISCALIZAR SUSTANCIAS QUÍMICAS ESPECÍFICAS QUE SE UTILIZAN EN LA ELABORACIÓN O FABRICACIÓN ILÍCITA DE ESTUPEFACIENTES O SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS

1. Las partes adoptarán, dentro de sus respectivos territorios, todas las medidas necesarias para evitar la desviación del tráfico de las sustancias químicas específicas que se utilizan en la elaboración o fabricación ilícitas de estupefacientes o sustancias sicotrópicas, y colaborarán mutuamente de conformidad con las disposiciones del presente artículo.

2. Cuando una parte posea información que, a su parecer, pueda exigir la inclusión de una sustancia en la Lista A o en la Lista B como sustancia química específica utilizada en la elaboración o fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas, lo notificará al secretario general, proporcionándole la información que sustenta dicha notificación.

3. El secretario general transmitirá esta notificación y toda la información que considere pertinente a las partes y a la Comisión. Las partes enviarán al secretario general sus observaciones sobre la notificación, y adjuntarán toda la información complementaria que pueda servir a la Comisión para tomar una decisión.

4. La Comisión, teniendo en cuenta las observaciones presentadas por las partes y tomando en consideración todos los factores que considere pertinentes, puede decidir, mediante el voto mayoritario de dos tercios de sus miembros, incluir una sustancia en la Lista A o en la Lista B.

5. Toda decisión de la Comisión tomada de conformidad con el presente artículo será comunicada por el secretario general a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, a todos los Estados no miembros que sean partes en esta Conven-

* Se refiere al elemento d).

ción, y a la Junta. Dicha decisión entrará plenamente en vigor para cada Parte 180 días después de la fecha de la mencionada comunicación.

6. a) Las decisiones de la Comisión tomadas en virtud del presente artículo estarán sujetas a la revisión del Consejo a petición de cualquier Parte que se haya presentado dentro de los 180 días siguientes a la fecha de notificación de la decisión. La petición de revisión se enviará al secretario general juntamente con toda la información pertinente en que se base la petición de revisión;

b) El secretario general remitirá copias de la petición de revisión y de toda la información pertinente a la Comisión y a todas las Partes, invitándolas a presentar sus observaciones dentro del plazo de 90 días. Todas las observaciones recibidas se someterán al Consejo para su examen;

c) El Consejo puede confirmar, modificar o anular la decisión de la Comisión. La notificación de la decisión tomada por el Consejo se transmitirá a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, a los Estados no miembros que sean Partes en esta Convención, a la Comisión y a la Junta.

7. El procedimiento descrito en los párrafos 2 a 6 del presente artículo, también se aplicará, *mutatis mutandis*, cuando una Parte posea información que aconseje la eliminación de una sustancia química específica de la Lista A o de la Lista B.

8. Las Partes estudiarán la conveniencia de adoptar medidas que estén de acuerdo con su legislación nacional, para introducir un sistema de licencias o de otra índole para fiscalizar la fabricación y el uso de determinadas sustancias químicas dentro del país, inclusive la prohibición de dicha fabricación o utilización cuando no existan necesidades lícitas de dichas sustancias.

9. Por lo que se refiere a las sustancias químicas específicas de la Lista A, cada Parte:

a) Limitará su importación y exportación a las necesidades lícitas;

b) Exigirá que su importación y exportación sean autorizadas por las autoridades competentes;

c) Informará por anticipado a las Partes a las que van destinadas las exportaciones, sobre la naturaleza, cantidades y consignatarios de dichas exportaciones;

d) Exigirá que los importadores y exportadores mantengan, por lo menos durante cinco años, un registro de las importaciones y exportaciones, al que tengan acceso las autoridades competentes con fines de inspección;

e) Exigirá un etiquetado correcto de las remesas;

f) Alentará a los productores, importadores, exportadores y usuarios finales a que informen a las autoridades sobre cualquier importación o exportación sospechosa;

g) Notificará a la Parte de destino de un envío cuando haya motivos para sospechar que el envío será utilizado para la elaboración o fabricación ilícitas de estupefacientes o sustancias sicotrópicas;

h) Decomisará las importaciones y exportaciones ilícitas.

10. Con respecto a las sustancias químicas específicas de la Lista B, cada Parte:

a) Exigirá que las importaciones y exportaciones estén debidamente etiquetadas y documentadas. La documentación incluirá la denominación común internacional de las sustancias químicas específicas que se importen o exporten, la cantidad impor-

tada o exportada, el nombre y dirección del importador, del exportador y del consignatario final, y el plazo en que debe realizarse la importación o exportación;

b) Exigirá que los importadores y exportadores a que se refiere el inciso a) mantengan, por lo menos durante cinco años, un registro de las importaciones y exportaciones al que tengan acceso las autoridades competentes con fines de inspección;

c) Alentará a los productores, importadores, exportadores y usuarios finales a que informen a las autoridades sobre cualquier importación o exportación sospechosa;

d) Vigilará el comercio para identificar las operaciones sospechosas;

e) Notificará a la Parte de destino de un envío cuando haya motivos para sospechar que el envío será utilizado para la elaboración o fabricación ilícitas de estupefacientes o sustancias sicotrópicas;

f) Decomisará cualquiera de estas sustancias químicas específicas si existen suficientes pruebas de que están destinadas a un uso ilícito.

11. Las Partes notificarán a la Junta todos los casos que detecten de fabricación ilícita, consumada o pretendida, de estupefacientes o sustancias sicotrópicas e incluirán información sobre los tipos y cantidades de las sustancias químicas específicas decomisadas o utilizadas, su origen si es conocido, y el proceso de fabricación utilizado.

Artículo 9 *

MATERIALES Y EQUIPO

1. Las Partes colaborarán en la tarea de eliminar el comercio de materiales y de equipo destinados a la fabricación de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

2. Las Partes exigirán que se declare por anticipado a una autoridad competente la intención de exportar una máquina para hacer tabletas o cápsulas. Cuando una máquina de este género deba exportarse a otra Parte, la autoridad de la Parte de origen notificará a la Parte de destino los detalles de la transacción.

3. Las Partes examinarán la posibilidad de exigir:

a) El registro ante la autoridad competente de las máquinas para hacer tabletas y cápsulas;

b) La notificación a la autoridad mencionada de la venta interna u otra forma de disposición de dichas máquinas.

Artículo 10 **

MEDIDAS PARA ELIMINAR EL CULTIVO ILÍCITO DE PLANTAS DE LAS QUE SE EXTRAEN ESTUPEFACIENTES

1. Las partes adoptarán las medidas necesarias para impedir el cultivo ilícito y desarrollarán una acción efectiva para erradicar las plantas de adormidera, los

* Se refiere al elemento m).

** Se refiere al elemento k).

arbustos de coca y las plantas de cannabis que se cultiven ilícitamente en sus territorios. Tendrán debidamente en cuenta las consideraciones biológicas y ecológicas.

2. Las Partes colaborarán a fin de incrementar la eficacia de las actividades de erradicación, inclusive con las técnicas de sustitución de cultivos y de desarrollo rural integrado, teniendo en cuenta los diferentes tipos y la magnitud de los recursos de que disponen, así como las circunstancias socioeconómicas que prevalecen en las zonas de cultivo ilícito. Las Partes con fronteras comunes tratarán de cooperar en programas de erradicación en las zonas situadas a lo largo de esas fronteras.

Artículo 11 *

PORTEADORES COMERCIALES

1. Las Partes se comprometerán a incrementar la seguridad de los puertos internacionales y a garantizar, adoptando medidas adecuadas, que los medios de transporte utilizados por los porteadores comerciales no son utilizados para el tráfico ilícito. Entre estas medidas figurará la inspección minuciosa de todos los medios de transporte de que se sospeche que contienen pruebas de tráfico ilícito.

2. Las Partes exigirán a los porteadores comerciales que tomen precauciones razonables para impedir el uso de sus medios de transporte para el tráfico ilícito, y les impondrán las correspondientes sanciones en el caso de que no lo hagan. Entre las sanciones figurará la posible incautación del medio de transporte si se prueba que el porteador comercial tenía conocimiento de que era utilizado para el tráfico ilícito. En cambio, si ha adoptado todas las precauciones razonables del caso, el porteador comercial no será responsable cuando el consignador ha encubierto el carácter ilícito del envío.

3. Las partes tratarán de asegurar que los porteadores comerciales:

a) Impartan a su personal la capacitación apropiada para identificar a las personas o los envíos sospechosos;

b) Restrinjan la entrada a los medios de transporte y a la carga en los puertos internacionales;

c) Fomenten la integridad moral de los empleados;

d) Siempre que sea posible, presenten los manifiestos de carga con anterioridad a la llegada al puerto;

e) Siempre que sea posible, planifiquen la llegada de los medios de transporte para facilitar un trámite aduanero efectivo;

f) Utilicen en los contenedores sellos infalsificables de verificación individual.

4. Las Partes convienen en que no se considerará irrazonable retrasar la salida de un avión comercial cuando se trate de realizar una inspección a fondo en busca de pruebas de tráfico ilícito. Las inspecciones se realizarán con la ayuda de personal calificado de mantenimiento cuando ello sea necesario para mantener la capacidad de vuelo.

* Se refiere al elemento e).

5. Ninguna de las disposiciones del presente artículo se interpretará en el sentido de que impide que un porteador comercial concierte acuerdos especiales con un organismo aduanero o de represión para evitar o eliminar el tráfico ilícito.

Artículo 12 *

TRÁFICO ILÍCITO EN EL MAR

1. Las partes colaborarán en todo lo posible para eliminar el tráfico ilícito de sustancias fiscalizadas en el mar.

2. Una parte que tenga motivos razonables para sospechar que un buque de su matrícula es utilizado para el tráfico ilícito de sustancias fiscalizadas, puede solicitar la asistencia de otras partes para eliminar su uso para ese fin. Las partes a quienes se solicitara dicha asistencia, la prestarán dentro de los medios de que dispongan.

3. Una parte que tenga motivos razonables para creer que un buque se dedica al tráfico ilícito y que se encuentra en alta mar, según se define en la parte VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, podrá abordar, inspeccionar y confiscar dicho buque si:

- a) El buque es de su matrícula; o
- b) Dicha parte pida y obtenga autorización de la parte donde está matriculado el buque; o
- c) El buque carece de pabellón o de signo de matrícula.

4. Toda parte responderá rápidamente a las peticiones de otra parte para que determine, a efectos de lo dispuesto en el párrafo 3 del presente artículo, si un buque es de su matrícula, y a las solicitudes de autorización que se presenten en virtud de las disposiciones de dicho párrafo. Cada parte designará una autoridad encargada de recibir dichas solicitudes y de decidir al respecto. Por intermedio del secretario general se notificará a todas las demás partes la autoridad designada por cada parte con este fin.

5. Cuando se encuentren pruebas de tráfico ilícito, la parte que tenga en custodia el buque adoptará medidas apropiadas respecto del buque y de las personas a bordo, de conformidad con:

- a) Sus propios requisitos judiciales si el buque es de su matrícula; o
- b) Los tratados bilaterales vigentes, en caso de que sean aplicables, o cualquier otro acuerdo o convenio a que se haya llegado en el momento de la incautación con la parte a cuya matrícula pertenezca el buque.

6. El derecho de recusar la naturaleza o el efecto del acuerdo o convenio a que se refiere el párrafo 5 b) del presente artículo, corresponderá exclusivamente a la parte donde esté matriculado el buque.

7. Las partes considerarán la posibilidad de suscribir acuerdos bilaterales y regionales para llevar a la práctica o mejorar la eficacia de las disposiciones del presente artículo.

* Se refiere al elemento j).

Artículo 13 *

ZONAS Y PUERTOS FRANCOS

1. Para eliminar el tráfico ilícito de sustancias fiscalizadas en las zonas y puertos francos, las Partes adoptarán medidas prácticamente equivalentes a las que se aplican en otras partes de su territorio, o más estrictas que estas.

2. Las Partes se esforzarán por:

a) Vigilar el movimiento y transbordo de bienes en las zonas y puertos francos, para cuyo fin autorizarán a las autoridades competentes a inspeccionar los buques de entrada y de salida, incluidos las embarcaciones de recreo y los barcos pesqueros, así como los aviones y vehículos;

b) Establecer un sistema de detección para identificar las sustancias sospechosas en tránsito por estas zonas o fuera de ellas;

c) Mantener patrullas en las zonas del puerto y de los muelles, en los aeropuertos y en los puntos limítrofes de control de estas zonas;

d) Dar formación especial a los funcionarios que tienen a su cargo la fiscalización en estas zonas.

Artículo 14 **

PREVENCIÓN DE LA UTILIZACIÓN DE LOS SERVICIOS POSTALES PARA EL TRÁFICO ILÍCITO

1. De conformidad con sus obligaciones en virtud de las convenciones de la Unión Postal Universal, y teniendo debidamente en cuenta sus sistemas constitucional, jurídico y administrativo, las Partes adoptarán medidas para eliminar el uso de los servicios postales para el tráfico ilícito y colaborarán entre ellas con ese propósito.

2. Entre las medidas a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo figurarán, entre otras, las siguientes:

a) Una acción preventiva y represiva coordinada que dificulte el uso de los servicios postales para el tráfico ilícito;

b) La introducción y el mantenimiento de técnicas indagatorias encaminadas a detectar sustancias fiscalizadas en los servicios postales;

c) Medidas legislativas destinadas a permitir el uso de los medios adecuados para allegar las pruebas necesarias para iniciar actuaciones judiciales.

* Se refiere al elemento l).

** Se refiere al elemento n).

CONCLUSIONES DE LA CONFERENCIA SOBRE LAS POLÍTICAS DE DROGAS EN EUROPA OCCIDENTAL *

Las drogas legales e ilegales tienen diversas similitudes fundamentales. Las distinciones establecidas hoy entre ellas son el resultado de condiciones históricas diferentes, y no están basadas en el carácter innato de tales sustancias. El alcohol, el tabaco, algunos medicamentos y muchas otras drogas pueden crear serios problemas de salud en nuestras sociedades, y es importante controlar su uso.

Los resultados de los sistemas de prohibición y de las severas medidas penales contra la totalidad de sustancias prohibidas, son pobres comparadas con los costos. Los "costos de control" son elevados y amenazan la paz interna y la preservación de los valores centrales de los derechos humanos en muchos países. Ejemplos de los "costos de control" son: la consolidación del crimen organizado, el deterioro de los principios de legalidad y del debido proceso y la desviación de los escasos recursos legales. Las enormes sumas de dinero circulante en el comercio de las drogas amenazan la economía internacional y la estabilidad política.

En vista de esta situación, los participantes en el Seminario pensamos que la sociedad internacional debe comenzar ahora la labor de analizar la posibilidad de poner fin a las políticas de prohibición, y crear en lugar de ello sistemas de control similares a aquellos empleados frente a otras sustancias potencialmente dañinas. El énfasis debe ser puesto, en lugar de ello, en la prevención por medio de una educación general y el fomento de una vida sana.

Como medida temporal el Grupo sugiere una reducción considerable de los niveles de castigo. El empleo de la pena capital para combatir el comercio de drogas, debería ser inmediatamente eliminado; el uso personal y la posesión con tal finalidad no debería ser castigado. Los tratados internacionales deberían promover la creación de formas alternativas de control diferentes de las que son aplicadas hoy con un éxito limitado y a tan altos costos.

* La conferencia fue organizada por la Universidad de Tilburg (Tilburg, Holanda) en cooperación con el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional (Friburgo de Brisgovia, República Federal de Alemania), y se celebró en la Universidad de Tilburg entre el 30 de mayo y el 2 de junio de 1988. Concurrieron representantes de países como Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Estados Unidos de América, Francia, Gran Bretaña, Holanda, Italia, Noruega, República Federal Alemana, Suecia y Suiza. Agradecemos al Profesor JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS el habernos suministrado el texto de lo tratado en dicha conferencia. La traducción del original inglés ha corrido a cargo de Genoveva Velásquez V. (Nota del coordinador).

— Recomendaciones relativas a la situación internacional en general

1) Las drogas legales e ilegales tienen diversas similitudes básicas. Las distinciones establecidas hoy entre ellas son el resultado de condiciones históricas diferentes, y no están basadas en el carácter innato de las diversas sustancias. Afirmamos que solo ciertas sustancias han llegado a arraigarse profundamente en nuestra sociedad, ya no con gran influencia, debido a la internacionalización del uso de las mismas.

2) Las políticas represivas básicamente utilizadas hasta ahora, han demostrado claramente su fracaso. El énfasis debería hacerse sobre la política de prevención (no la represión) y las ofertas de asistencia que afectarían la demanda y no el abastecimiento, como ha estado ocurriendo con la política de represión.

3) El principal problema de la droga hoy, no es el daño causado por el consumo; es más el surgimiento de poderosas organizaciones de traficantes de droga, lo que afecta o podría afectar la organización institucional de muchos Estados.

4) La despenalización podría reducir drásticamente los beneficios obtenidos por los traficantes de drogas y así privarlos de sus poderes económico e institucional. Las medidas de prevención podrían ser más eficientes a largo plazo si esto no fuera contrarrestado con la represión.

5) Recomendamos la despenalización como principio en el control de la distribución de drogas. El tráfico debería ser castigado solo si atenta contra la libertad individual o el orden económico-social.

— Medidas que pueden ser tomadas inmediatamente en el ámbito nacional

6) Las legislaciones nacionales deberían por lo menos hacer una distinción entre drogas blandas y fuertes. El uso de drogas y todo acto relacionado con él no debería ser castigado.

7) Las alternativas de punición deberían ser pensadas para personas que hayan cometido un crimen como resultado de su dependencia.

8) Las diversas garantías procesales, así como los derechos civiles deben ser observados en los casos de droga, tanto como lo son en otras causas criminales. El uso de los recursos del derecho de excepción debe ser restringido y regulado. La utilización de testigos anónimos o de testigos a la sombra, o su equivalente, debe ser prohibido en los casos de drogas.

9) Recomendamos que la política de la Organización de las Naciones Unidas y de los organismos internacionales en la celebración de convenios esté ceñida a los principios del debido proceso y de legalidad.

NARCOTRÁFICO Y DROGADICCIÓN *

Comunicado de la Conferencia Episcopal

1. Apremio pastoral ineludible nos lleva a denunciar, una vez más, el flagelo del narcotráfico que causa drogadicción. En 1984 el pronunciamiento fue clamor de alarma, ahora es convocatoria ha decidido salvamento. El narcotráfico, la subversión y la injusticia social configuran el triángulo de las desgracias que desestabilizan y hacen casi desesperada la situación nacional, que a todos maltrata y confunde.

1. SITUACIÓN

2. Los datos e información que dan los organismos especializados son escalofrantes y nos aproximan a hechos que definen la sociedad actual como peligrosamente enferma y necesitada de tratamientos radicales. El fenómeno del narcotráfico se concreta hoy en un proceso de producción, comercio y consumo de estupefacientes.

3. El dinero producido por el comercio internacional de estupefacientes supera las ventas mundiales de petróleo; el narcotráfico es una de las más grandes empresas transnacionales.

4. El consumo de alucinógenos en América Latina se remonta a nuestros indígenas que lo empleaban con fines curativos tradicionales, como fermento de algunas bebidas y como soporte de actividades pesadas en el campo. El uso como estupefacientes estaba reducido a ciertos estratos. A mediados de la década del 70 se pudo detectar un aumento preocupante hacia fines ilícitos, que actualmente es desbordante.

5. El consumo global de estupefacientes en Colombia alcanza cifras alarmantes: además de ser país productor, hemos llegado a ser país consumidor.

6. Causas del narcotráfico:

- Estructura social desequilibrada e injusta, en que se comprueba desocupación, falta de vivienda, hambre, marginalidad.
- Alta demanda por parte de consumidores en el extranjero.
- Oportunidad de enriquecimiento fácil y rápido.
- Enormes ventajas económicas derivadas de este negocio.
- Inversión de valores en una humanidad que esquivo toda norma y toda ley.

7. Causas de la drogadicción:

Los analistas señalan hoy las siguientes:

- Ambiente consumidor, de bienestar simplemente material, de felicidad superficial y artificial.

- Apetencia de tranquilizantes ante el agobio de problemas.
- Facilismo en que se refugia el hombre moderno.
- Sujeción incondicional a la moda que opta siempre por modelos vacíos y precarios.

— Trastornos de personalidad frente a sí mismo por fallas de identidad; frente a la familia por desajustes afectivos, desarmonías, incomprensiones; y frente al grupo social por presión, rechazos y conflictos entre iguales.

8. Como en todos los fenómenos sociológicos, no hay causa única, sino que normalmente es cadena de factores con alguno decisivo o detonante. A estas causas de carácter social es necesario agregar, y no como secundaria, la crisis moral tan aguda y global que venimos padeciendo.

Desde 1981 denunciemos la inversión funesta de valores, el dinero como fin del hombre, la absolutización del valor del poder y del placer. Tales idolatrías han llevado a la pérdida del sentido de Dios, del sentido del pecado y aún del sentido de la vida.

2. DOCTRINA MORAL

9. Situación tan dolorosa reclama, ante todo, claridad de principios y de criterios para iluminar la conciencia, guiar las actuaciones e inspirar decisiones frente a ella.

Idolatría del dinero

10. La mentalidad presente en la elaboración, venta y consumo de tales productos está centrada en el afán del lucro, en el consumismo, en el círculo vicioso de tener más, y no en lo que dignifica y valora a la persona humana.

11. La adoración del becerro de oro, gran pecado de idolatría e infidelidad del pueblo de Israel, se actualiza hoy en el negocio siniestro del narcotráfico. La bíblica historia de un pueblo que se libera de los ídolos, muestra dramáticamente cómo le cuesta al hombre desprenderse del endiosamiento de sí mismo y del culto a las creaturas (Ex.:32, 1-6).

12. Puebla denuncia esta idolatría en nuestro continente: "Los bienes de la tierra se convierten en ídolo y en serio obstáculo para el Reino de Dios, cuando el hombre concentra toda su atención en tenerlos o aún en codiciarlos" (Puebla, 493). "La riqueza absolutizada es obstáculo para la verdadera libertad. Los crueles contrastes de lujo y extrema pobreza, tan visibles a través del continente, agravados, además, por la corrupción que a menudo invade la vida pública y profesional, manifiestan hasta qué punto nuestros países se encuentran bajo el dominio del ídolo de la riqueza" (Puebla, 494).

13. El pecado básico del narcotráfico es hacer del comercio de la droga el ídolo al que se sacrifican vidas, honras, dignidad.

14. La vida humana es sagrada como don de Dios, y el hombre está llamado a realizarse a su imagen y semejanza. La dignidad de la persona humana se exalta cuando el mismo Verbo de Dios se hace carne y asume un cuerpo viviente.

* Publicado en el periódico "El Catolicismo" del 24 de julio de 1988. Bogotá.

15. El hombre no es dueño absoluto de su vida y al recibirla adquiere el deber de desarrollarla hasta su plenitud, darle creciente calidad, pues toda vida es vocación al desarrollo, al progreso, como enseñó Pablo VI en la *Populorum Progressio* (15).

16. Envenenar el cuerpo o la mente con drogas es grave desorden moral: es el pecado de los adictos y de quienes las experimentan, que al ir malogrando su vida física, psicológica y moral, terminan en un parasitismo social.

17. Los narcotraficantes, por su parte, pecan contra la vida destruyéndola y malogrando generaciones enteras. Son verdaderos responsables de genocidios disimulados y lentos. El Papa Juan Pablo II los llama "traficantes de la muerte".

18. No concluye aquí el pecado del narcotráfico. Para proteger su comercio infame se consideran dueños de la vida.

Establecen escuelas de crimen, de sicarios sin alma. Hacen sacrificar autoridades insignes, personas representativas y valiosas en la sociedad, personas humildes instrumentalizadas para el mal. Las retaliaciones, las venganzas entre personas y grupos son caudal de sangre que clama al cielo, como el fratricidio de Caín.

Corrupción y escándalo

19. Estas muertes físicas, por su gravedad, cantidad y calidad, configuran un espectro de terror social y de crimen incalculable. Pero la muerte moral que están dando a los individuos y a la sociedad constituye una tragedia social e histórica de proporciones inmensas. La corrupción de tantas personas, que van desde de humildes labriegos que caen en la seducción de cultivar las plantas letales, hasta trabajadores de laboratorio, transportadores, intermediarios, autoridades del sector financiero y comercial, agentes de policía, militares, jueces, congresistas y altos políticos.

Se conforma así una cadena de oprobio, de maldad, de delito que contamina y envilece nuestra débil y acongojada sociedad.

20. A la perversa inducción del narcotráfico, hay que sumar los artificios comerciales de hacer caer a jóvenes, y aun a niños, con pruebas gratuitas y experiencias disimuladas con que atropellan la ingenuidad y libertad de los mismos; para asegurar el mercado nefando.

Atentado contra la economía social

21. No termina aquí la sombría responsabilidad de cuantos dedican sus vidas al "negocio de muerte" del narcotráfico. La situación de pobreza vivida por muchas de nuestras comunidades, que reviste con frecuencia aspectos dramáticos de miseria absoluta, frente a la concentración de recursos excesivos en manos de pocos; se ve agravada por la opulencia y sobreabundancia escandalosa de los poseedores llamados "carteles" de Medellín, Cali y, al parecer, otros.

22. La economía nacional se perturba con graves daños sociales por la llamada "ventanilla siniestra", la concentración de tierras en manos de narcotraficantes, el encarecimiento artificial de bienes inmuebles, la inflación que golpea especialmente a los más pobres, el "lavado de dólares" y la toma de negocios, antes prósperos,

equilibrados y beneficiosos socialmente. Aun sociedades deportivas, que serían oxígeno y sanidad nacional, han sido contaminadas.

23. La normal y progresista agricultura de bienes de consumo legítimo se ve perturbada con graves daños sociales por la siembra de plantas que genera las falsas bonanzas "marimberas" y "coqueras", que concluyen arruinando personas y cultivos necesarios para el desarrollo y prosperidad de la comunidad.

24. No son pecados leves estos problemas creados a la economía de una sociedad maltrecha y pobre. La moral, justamente, ha revisado sus criterios y principios para enseñarnos que los pecados de tipo social son muy graves, por cuanto causan desequilibrios sociales irreparables y llevan a creciente miseria a los más necesitados, como lo ha enseñado Juan Pablo II en su última Encíclica sobre la cuestión social (cfr. *Solicitud Rei Socialis*, 36-37).

Pecado de complicidad

25. El pecado de complicidad constituye un nuevo agravante contra la patria y contra el bien social. La asociación llamada "narcoguerrilla", el tráfico de armas, grupos de autodefensa financiados por el mismo narcotráfico, configuran una perniciosa conspiración de enemigos de la paz y de la moral pública, con horrenda acumulación de crímenes, que los identifican como suma desgracia y amenaza total para el bien público.

26. El pecado de complicidad adquiere suma gravedad y envuelve corrupción social cuando alcanza a los círculos de la autoridad pública, sin cuyo concurso el comercio de la droga no podría prosperar tan amplia y descaradamente. Cuando quien ejerce el poder público, de enemigo que debe ser del delito, se convierte en cómplice del mismo, socialmente es más criminal y peligroso que los delincuentes profesionales.

27. Otro crimen de complicidad es suprimir la libertad de los individuos o comunidades imponiendo o comprando forzosos silencios para ocultar la serie de delitos que abarca el narcotráfico. No obstante, personas y entidades no pueden considerarse eximidas de responsabilidad por la amenaza, porque hay silencios y omisiones culpables que estimulan la espiral del crimen.

Denuncias morales autorizadas

28. Las denuncias proferidas contra el mal del narcotráfico no son sentencias improvisadas, sino invitación, con vigor profético, a la conversión de los culpables.

29. Con razón el Papa Juan Pablo II, en su visita a Colombia, advirtió: "Hoy, como en el siglo XVII en que vivió Pedro Claver, la ambición de dinero se enseñorea del corazón de muchas personas y las convierte, mediante el comercio de la droga, en traficantes de la libertad de sus hermanos a quienes esclavizan con una esclavitud más terrible, a veces, que la de los esclavos negros. Los tratantes de esclavos impedían a sus víctimas el ejercicio de la libertad. Los narcotraficantes conducen a las suyas a la destrucción misma de la personalidad. Como hombres libres a quienes Cristo

ha llamado a vivir en libertad, debemos luchar decididamente contra esa nueva forma de esclavitud que a tantos subyuga en tantas partes del mundo, especialmente entre la juventud, a la que es necesario prevenir, a toda costa, y ayudar a las víctimas de la droga a liberarse de ella" (JUAN PABLO II, *Mensajes*, 714).

30. El mismo Sumo Pontífice nos dice: "El uso de la droga y el abominable crimen del narcotráfico están impidiendo a este pueblo que saque a relucir sus mejores reservas de fe y de humanidad, para erradicar esas lacras sociales que no corresponden a vuestros más auténticos sentimientos humanos y cristianos" (JUAN PABLO II, *Mensajes*, 753).

31. Nosotros también hemos dado nuestro veredicto cuando afirmamos: "Los narcotraficantes de estupefacientes, que se enriquecen con la ruina física y espiritual de otras personas, cometen un crimen abominable que reviste características de genocidio" (*Compromiso Moral del Cristiano*, 1221).

3. ACCIONES

32. Frente a un problema social de tal magnitud, que amenaza valores fundamentales de nuestro pueblo, inclusive la convivencia democrática, es preciso que la comunidad nacional, en particular sus dirigentes, tomen la decisión de resolverlo con voluntad política eficaz.

33. Nadie puede marginarse, porque a todos afecta. No se puede ser simplista, ni unilaterales; ante la complejidad del problema cada quien debe comprometer al máximo su competencia y posibilidades.

34. La alternativa de solución debe comprender: las diferentes dimensiones del problema, con soluciones apropiadas para cada una; comprometer a toda la comunidad, como sujeto de su propio cambio; atacar el problema no solamente como actitud o vicio, sino como factor de descomposición social; coordinar empeños de sectores oficiales y privados para una causa común; procurar programas integrales tanto de prevención como de erradicación; concertar acciones de carácter internacional.

En el ámbito internacional

35. Por cuanto el fenómeno desborda la realidad nacional, la solución tiene que partir de convenios internacionales, en los que no prevalezcan los criterios de los poderosos sino la equidad y la justicia entre naciones. Es inútil la represión de la producción y oferta si no obran simultáneamente las acciones restrictivas del consumo.

En el ámbito nacional

Responsabilidad de la autoridad civil

36. La ley 30 de 1986 y los decretos reglamentarios anexos parecen estatuto adecuado para controlar los estupefacientes, pero se requiere voluntad política en

el ejecutivo para concertar acciones firmes, constantes y responsables, que suprima la complicidad y supere la inercia burocrática que hace nugatoria las mejores leyes.

No caben vacilaciones, ni falsos temores; es urgente un compromiso total con la salud de la patria.

37. También en el poder legislativo es indeclinable el deber en Colombia de superar etapas de indecisión ante el problema, para emprender, sin nuevos plazos, una legislación más acorde con la necesidad de salvar la patria.

38. La presente coyuntura le exige al poder judicial una cuota mayor de valor, para poner freno al crimen desbordado.

Debe superar los casos de fallos complacientes por miedo o venalidad que conducen a la impunidad. Corresponde a los otros poderes de la República y a toda la comunidad, rodear a los jueces de las ayudas necesarias para que lleven a cabo una acción que hoy requiere mayor presupuesto y seguridad.

Responsabilidad de la Iglesia

39. Los pastores asumimos decididamente un empeño evangelizador denodado, que lleve a la comunidad, y a las personas en particular, a tomar conciencia de la gravedad del mal, de sus repercusiones morales y sociales y del deber correspondiente de actuar, sin pausa, para contener semejante problema moral y social.

40. Apoyaremos y estimularemos los esfuerzos realizados para afrontar este problema: plan nacional de prevención de la drogadicción, hospitales, comunidades terapéuticas, clínicas siquiátricas, tratamientos interdisciplinarios, grupos de apoyo y el programa de la Comisión Episcopal de Pastoral Social y Caritativa.

41. Pedimos a los jóvenes que, con "conciencia de poder social" (Puebla, 1172) y como cristianos, comprometan todas sus energías en su liberación de tal flagelo. En este sentido, impulsaremos una pastoral juvenil que integre los esfuerzos realizados en la prevención de este mal.

42. La pastoral familiar deberá replantear sus programas de preparación al matrimonio y las orientaciones sobre la misión de la familia ante este problema específico, para asumir respuestas adecuadas de orientación y prevención.

43. Cada creyente, en su idoneidad científica, técnica, política y social, debe asumir las tareas que le corresponden en este frente de salvación nacional.

44. Cada comunidad cristiana debe asumir, en forma solidaria y firme, el rechazo del narcotráfico y la atención, la prevención y recuperación de quienes han caído en el nefasto consumo de la droga.

45. El único diálogo posible de la Iglesia con los narcotraficantes es el que lleva a la conversión y salvación, en el ámbito profundo de la conciencia y del perdón, como lo recuerda el profeta Isaías: "Buscad al Señor mientras se le encuentra, invocadlo mientras está cerca; que el malvado abandone su camino, y el criminal sus planes; que regrese al Señor, y Él tendrá piedad, a nuestro Dios, que es rico en perdón" (Is.:55, 6-7).

46. Todo hombre verdaderamente arrepentido y que da pruebas de estarlo, puede regresar, como el hijo pródigo, a la casa del padre misericordioso.

47. Diversa es la acción y la obligación del Estado en el cumplimiento de la ley, y en el análisis de las fórmulas conducentes a afrontar actualizaciones extremas de orden económico, político y social.

Responsabilidad de la familia

48. En la complejidad de causas y factores del problema de la drogadicción aparece la familia con destacada responsabilidad, por graves omisiones o errores funestos en su tarea educadora.

49. La ausencia de uno de los progenitores, culpable o inculpable, ocasional o permanente, los ejemplos negativos, los conflictos internos, la falta de afectividad, los yerros y vacíos de educación hogareña son frecuentemente causas próximas de que un joven se precipite en la drogadicción.

50. En el niño y en el joven hay que desarrollar su personalidad impulsando los siguientes aspectos: creatividad; autoestima; capacidad para tomar decisiones, resolver problemas y asumir responsabilidad de sus actos; capacidad de renunciar a lo superfluo para ser más libre y responder a exigencias más nobles y profundas; capacidad de comunicación con los demás; capacidad de servicio social y de compromiso con la solución de los problemas comunitarios; participación organizada y responsable en lo comunitario; identidad cultural; hacerse agente de su propio proceso educativo; asimilación práctica de los valores religiosos y morales.

Responsabilidad de los educadores

51. Deben, ante todo, conformar verdadera comunidad educativa. Considerarse no protagonistas sino subsidiarios y auxiliares de los padres de familia, con quienes actuarán en estrecha coordinación, integración y acción.

52. Lejos de contentarse con llenar un programa oficial, han de empeñarse en transfundir a su labor docente los factores arriba indicados, como elementos que fragüen las personas de sus educandos.

53. Inculcar responsabilidad individual y autodisciplina, proporcionando criterios sobre lo bueno y lo malo, fundados en un testimonio personal.

54. Estar informados sobre el problema de la drogadicción y determinar los alcances del mismo en el plantel educativo, a fin de establecer los correctivos necesarios.

55. Crear y fortalecer organizaciones juveniles creativas, fomentar las organizaciones de padres de familia e impulsar investigaciones de carácter participativo y diseñar programas adecuados para empleo del tiempo libre.

56. La mejor prevención que pueden y deben ofrecer los educadores es la aplicación del proyecto educativo católico.

Medios de comunicación social

57. Conscientes del poder informativo y de inducción que tienen quienes los poseen y manejan, deben asumir una labor próxima y complementaria a la de

los educadores, a fin de que mediante documentales, audiovisuales, leyendas e imágenes apropiadas, contribuyan a liberar a la humanidad, y especialmente a la juventud, de la servidumbre de la drogadicción y del comercio respectivo.

58. Cuidarán celosamente de que las noticias e informes sobre el particular no se conviertan, por error o imprudencia, en inducción y propaganda del mal.

Instituciones especializadas

59. En consideración a la gravedad y la extensión crecientes del fenómeno, hay que crear y promover instituciones con recursos científicos, técnicos, psicológicos, religiosos y morales para asegurar la prevención y lograr la rehabilitación de las víctimas de este azote.

4. LLAMAMIENTO PASTORAL

60. A fin de que el hombre, magna obra del Creador, no se malogre, a fin de que se rescate a la humanidad del naufragio de la droga, llamamos con amor y esperanza:

61. A las autoridades, para que estén a la altura de este desafío histórico con acciones oportunas, eficaces y decididas, sin ahorrar costos, pues se defiende la integridad de la persona humana.

62. A los padres de familia y a los educadores, para que redescubran la responsabilidad delante de los niños y jóvenes en el campo de su formación integral.

63. A la juventud, para que asuma cómo podrá salvarlos y a ella los convocamos de todo corazón para su propia liberación. Se juega su futuro, su vida y su destino.

64. A los narcotraficantes, a fin de que renuncien a este comercio nefando y se reconcilien con Dios y con la humanidad. Repasen el cúmulo de males de que son responsables conforme al juicio moral que arriba pronunciamos a la luz de la fe. Si creen en Dios, no pueden permanecer en tan grave alejamiento de Él y de sus leyes sacrosantas. Solo la conversión real de la mente, del corazón y de sus acciones podrá salvarlos y a ella los convocamos de todo corazón.

65. Mientras perseveren en el narcotráfico no hay obra de beneficencia o de piedad que descontamine su vida y sus acciones. Nunca en tal situación serán moralmente aceptables sus donaciones y limosnas y pesará sobre ellos, inexorable, la sentencia del apóstol: "Perezca tu dinero y tú con él" (Hech.: 8, 20).

66. Ellos tienen padres e hijos que por su fe en Dios y piedad sincera pueden encaminar a los suyos a la reconciliación. A estos los invitamos a obrar incansable y decididamente hasta obtener la conversión efectiva de sus seres queridos, comprometidos infelizmente en el "comercio de la muerte".

67. Dejemos decididamente las idolatrías del poder, el dinero, el placer y la violencia. Comprometámonos con la justicia social, la reconciliación y la solidaridad.

68. Particularmente, en este Año Mariano Internacional, suplicamos a Nuestra Señora del Rosario de Chiquinquirá, Patrona de Colombia, nos alcance de su hijo Jesucristo la superación de nuestros problemas y el establecimiento de la justicia y la paz.

Bogotá, 14 de julio de 1988.

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

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. 1º del art. 33 del E. N. E. sino en el inc. 2º. 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 inexecutable 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 sicológica. 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 la 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 severas 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 del *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 síquica, 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 disminuciones 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 estupefacientes, debe abordarse la cuestión que interesa principalmente a este pronunciamiento.

A este respecto se anota:

1. La ley diferencia y no combina las puestas 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 diminuyente 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 disminuyentes 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-se 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 psiquiátrico, 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 plantearemos 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-

ñaló que su actividad básica dentro del movimiento subversivo, era la de hacerle propaganda por diversos medios, actividad que desarrollaba especialmente dentro de la Universidad Nacional por su condición de alumno de ese centro docente, siendo el secuestro del señor V. A. la primera vez que se le destinaba una función diferente.

M. A. E. B. adoptó una posición contraria, es decir, negó lo afirmado en su primera versión en lo relacionado a su vinculación directa con el M-19, optando por hacer un recuento incoherente e ilógico de sus actividades previas al momento de la captura.

De otra parte, el caudal probatorio recaudado, que incluye el material propagandístico del grupo insurgente, encontrado en el automotor donde se transportaba al secuestrado y las armas empleadas para asegurar el resultado de la operación, demuestran sin lugar a dudas que los sindicatos son integrantes activos del denominado Movimiento Diecinueve de Abril, y que su actuar no fue bajo ningún aspecto producto de su individual voluntad sino en acatamiento de órdenes emanadas de la jerarquía establecida en tal agrupación, máxime cuando (sic) hasta donde se conoce, ignoraban el tiempo de cautiverio y las exigencias de tipo económico o de otra índole que pudieran hacerse a los familiares de la víctima, a quien dicho sea de paso no conocían, puesto que el primer contacto directo con ella se hizo cuando otros militantes le transbordaron al campero del que posteriormente fue rescatado por la policía.

El Juzgado Cuarto de Orden Público al momento de definir su situación procesal desechó estas circunstancias probadas en autos y profirió en su contra la medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva de la libertad, por los delitos de concierto para delinquir y los demás reseñados en la parte inicial de esta providencia.

INCONFORMIDAD DE LOS DEFENSORES:

Las decisiones adoptadas por el a quo no fueron compartidas por los defensores de los detenidos, quienes en forma oportuna interpusieron y sustentaron el recurso de apelación

para ante esta corporación, con el argumento principal de que a sus patrocinados no podían endilgárseles delitos que, independientemente considerados, son atribuibles a individuos sin ninguna cualificación personal, o sea los llamados "delincuentes comunes"; y otros, que por la naturaleza de su actividad subversiva quedan subsumidos en la tipificación y alcance del delito de "rebelión".

CONCEPTO FISCAL:

El fiscal tercero del tribunal acoge en su vista los planteamientos de los señores defensores, y luego de razonadas argumentaciones concluye que el Tribunal Superior de Orden Público carece de competencia para revisar la providencia impugnada; que se demostró que los demás hechos punibles por los cuales se dictó auto de detención a R. G. C. y M. A. E. B., deben seguir la misma suerte del delito principal en que se encuentran incurso, es decir, el de rebelión, cuyo conocimiento en primera instancia corresponde a los jueces superiores. En consecuencia, solicita un pronunciamiento inhibitorio respecto a su legalidad e insinúa que se envíe el proceso a un juzgado de instrucción criminal, para que una vez perfeccionada la investigación pase al conocimiento de la autoridad competente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Los planteamientos consignados llevan a la Sala a ocuparse primordialmente de analizar si se tiene o no competencia para desatar el recurso, entendida esta como la "atribución legítima a un juez u otra autoridad para el conocimiento o resolución de un asunto". Para este efecto, resumamos los fundamentos legales que dieron origen a la "Jurisdicción de Orden Público".

El decreto 180 del 27 de enero de 1988, en su parte considerativa hace referencia específica al incremento paulatino de "actos terroristas en diversas ciudades (...); que, igualmente mediante actos terroristas se han causado graves daños a oleoductos, plantas industriales, edificios públicos, sedes de partidos y agrupaciones políticas, instalaciones

militares policiales y de servicios públicos", y "Que es deber del gobierno nacional enfrentar esta situación de violencia generalizada y de ataques premeditados a las instituciones democráticas que se han manifestado en el auge de actos terroristas, ...".

Igualmente, el decreto 474 del 16 de marzo de 1988, "por medio del cual se organiza la jurisdicción de orden público", destaca la necesidad de su creación por razón de "la situación generalizada de violencia por la cual se encuentra atravesando el país".

Significa lo anterior, que la intención del Estado fue el (sic) poner freno a la proliferación de actos vandálicos tendientes (sic) a desestabilizar las instituciones democráticas, crear zozobra en la población y procurar alarma social mediante la utilización de artefactos explosivos, armas y medios de comunicación, o bien, cometer delitos, que por la calidad del sujeto pasivo, causaren especial estupor en el conglomerado; de ahí que bajo el articulado del Estatuto para la Defensa de la Democracia quedaran cobijadas múltiples conductas punibles, que de ocurrir en otras circunstancias, serían del conocimiento de la justicia ordinaria según el bien jurídico vulnerado. Sin embargo, otros comportamientos ilícitos tipificados en el Código Penal no pueden encuadrarse en esta normatividad, pues su esencia y finalidad se contraponen al concepto mismo del terrorismo, que gramaticalmente significa "sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror", de donde se desprende que quienes así obran, no persiguen un especial resultado de su comportamiento, por no estar fincados en conceptos altruistas o inconformidad politicosocial, sino en el ánimo egoísta de perturbar la tranquilidad, el sosiego de la ciudadanía, buscando satisfacer su personalidad proclive al delito.

Resulta incuestionable, entonces, que los hechos punibles que atentan contra el régimen constitucional (delitos políticos), como son la rebelión, la sedición y la asonada, no pertenecen a la jurisdicción de orden público; por tanto deben ser sancionados de acuerdo a lo establecido en el Código Penal colombiano, ya que apuntan, en su orden, a derrocar o modificar el régimen constitucional o legal

vigente, a impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional, o a exigir violentamente a una autoridad la ejecución u omisión de algún acto propio de sus funciones.

En el caso de estudio, reiteradamente se ha dicho que R. G. C. y M. A. E. B. son miembros activos del movimiento subversivo Diecinueve de Abril (M-19). Esta verdad irrefutable nos lleva a concluir que debe dárseles el tratamiento de rebeldes, en el sentido jurídico de la expresión, vale decir, integrantes de una organización irregular que propende por (sic) la modificación o supresión del régimen constitucional adoptado por el Estado, contando para ello con la fuerza de las armas, propaganda alusiva al movimiento, movilización de obreros y campesinos, comisión de delitos de diversa índole tendientes (sic) a demostrar su poderío militar, captar la simpatía de la ciudadanía mediante "golpes de opinión", apoderarse de bienes y dineros de las personas o el Estado para fortalecerse económicamente y efectuar actos de inusitada gravedad, siempre buscando la máxima trascendencia e impacto político, para presionar soluciones que, a su modo de ver, beneficien a la comunidad, por ejemplo: rebaja de tarifas de servicios públicos, nacionalización de los hidrocarburos, reformas urbana, rural y educativa, congelación de precios de los artículos de primera necesidad, y en el campo ideológico, la facilidad de difundir sus postulados por medio de la "apertura democrática" o "el diálogo nacional", características estas, como ya se anotó, diametralmente opuestas a la del delito de terrorismo.

Bajo estos parámetros (sic) se ha desenvuelto a través de los años el movimiento subversivo Diecinueve de Abril; así lo han reconocido, como bien lo mencionan los defensores de los acusados y nuestro colaborador fiscal, varios tribunales de distrito, la Corte Suprema de Justicia y el gobierno nacional, incluso, en los momentos actuales ante el secuestro de uno de los máximos dirigentes políticos de la nación.

Tenemos, entonces, que si a la organización subversiva del M-19 se le ha dado el tratamiento de agrupación rebelde, sus integrantes

deben ser procesados por el delito de rebelión y los conexos en que puedan incurrir, cuando obran con sujeción a las normas internas que los rigen, bien sea en calidad de dirigentes o de "simples soldados rasos", pues su actuación en tal evento no es individual ni persigue fines particulares, ya que su obrar está sujeto a órdenes y mandatos que deben cumplir estrictamente so pena de ser sancionados por faltas a la disciplina y jerarquización, a la que libremente se han sometido por sus convicciones ideológicas.

Las razones expuestas llevan a la Sala a concluir que el Tribunal Superior de Orden Público es incompetente para revisar, por vía de apelación, la providencia que decretó la detención de R. G. C. y M. A. E. B.; por tanto resulta improcedente entrar a estudiar las conductas imputadas a ellos y solo cabe hacer un pronunciamiento inhibitorio al respecto, ordenando consecuentemente (sic) que los autos vuelvan a la oficina de origen para que hechas las desanotaciones del caso pasen al juzgado de instrucción criminal (reparto) de la ciudad, y se le dé el tratamiento corres-

pondiente a la inconformidad planteada por sus defensores.

No sobra insinuar al señor juez de primera instancia, que en el auto respectivo debe tenerse en cuenta lo estatuido por el art. 95 del C. de P. P. relacionado con la proposición de la colisión negativa de competencia, para evitar así el constante ir y venir del proceso sin que se adopte una determinación definitiva sobre dicho factor debatido en este asunto.

Sin más consideraciones. *El Tribunal Superior de Orden Público*, en Sala de Decisión, de acuerdo con el criterio del colaborador fiscal,

RESUELVE:

1º) *Inhibirse* de conocer el contenido del auto de fecha diez de junio de mil novecientos ochenta y ocho emanado del Juzgado Cuarto de Orden Público de esta ciudad por no ser competente.

2º) *Ordenar* el envío del expediente a la oficina de origen para los fines legales pertinentes.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Corte Suprema de Justicia

SALA DE CASACIÓN PENAL

CONFIGURACIÓN DEL DELITO POLÍTICO

Quienes se hallaren vinculados a células subversivas y se dediquen a labores propias del delito político, como la de atacar la organización política e institucional del Estado obedeciendo a una determinada ideología en representación real o aparente de un conglomerado social y con fines de reivindicación sociopolítica, deben ser considerados como rebeldes acorde con los dictados del art. 125 del C. P. La Corte reitera jurisprudencia anterior en este sentido, descartando la competencia de la jurisdicción de orden público para conocer de un delito de porte ilegal de armas cometido por un militante de un grupo guerrillero, al resolver una colisión de competencias entre aquella y la justicia ordinaria.

Magistrado ponente: Dr. RODOLFO MANTILLA JÁCOME

Comentario: Dr. HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO

Octubre 18 de 1988

VISTOS:

Procedente del Juzgado Sexto de Instrucción Criminal de Chinchiná (Caldas), ha llegado a la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— el proceso adelantado contra N. C. G. y G. A. T. R., con el fin de que esta corporación dirima la colisión de competencias negativa suscitada entre el aludido Juzgado y el Juzgado Especializado de Manizales.

Compete a la Corte resolver el incidente, atendiendo el conocimiento excepcional que tiene el juzgado especializado de asunto que corresponde a la jurisdicción de orden público. Si bien el juzgado especializado pertenece a la jurisdicción ordinaria y por lo tanto las controversias que se traben entre juzgados de tal categoría y los juzgados de instrucción criminal deberían ser resueltos por el Tribunal

Superior del Distrito Judicial a que pertenecen, también lo es que en casos como el presente el juzgado especializado, por virtud del art. 24 del decreto 474 de 1988, actúa en procesos de conocimiento de juzgado de orden público, lo que hace que por el principio funcional y atendida una interpretación sistemática, se le dé el mismo tratamiento que les asiste a los juzgados de orden público. Por lo anterior y de conformidad con el art. 16 del decreto 474 referido, es a la Sala de Casación Penal de la Corte a quien corresponde dirimir el conflicto planteado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

El sujeto N. C. G. fue capturado en la población de Chinchiná (Caldas), el 20 de julio del presente año, por haberse encontrado en su poder propaganda alusiva al grupo subver-

sivo denominado Movimiento 19 de Abril (M-19), así como una pistola marca Remington de 9 mm., arma de uso privativo de las fuerzas militares, un proveedor y munición para la misma. En el interrogatorio a que fue sometido, el aprehendido admitió ser miembro del referido movimiento, señalando la manera como se vio involucrado en el mismo, y con su colaboración se produjo la retención de otro procesado, G. A. T. R., quien indicó el lugar (finca Bonanza - Cerritos Risaralda) donde se escondía un arsenal dejado allí por otro miembro de la agrupación de insurrectos. En efecto, en el lugar señalado se encontró una pistola sin marca, tres proveedores y numerosa munición de distinto calibre, algunas de ellas para arma de 9 mm. El comandante de la Sijin de Policaldas puso a disposición del Juzgado 21 de Instrucción Criminal de Manizales a los retenidos, así como los elementos incautados. El Juzgado de Instrucción Criminal remitió las mismas personas y elementos puestos a su disposición al Juzgado Especializado de Manizales, al considerar que se trataba de hechos delictivos contemplados en el decreto 180 de 1988.

El Juzgado Especializado de Manizales inició la correspondiente investigación y luego de oír en indagatoria a los sindicados, les resolvió (sic) situación jurídica profiriendo en su contra medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva. Por auto posterior, remitió la actuación surtida al Juzgado Sexto de Instrucción Criminal de Chinchiná (Caldas), al considerar que este era el competente para conocer del proceso, provocando en la misma decisión, colisión de competencias negativa si no fueren aceptadas sus razones. Como no lo fueron por el juzgado de instrucción mencionado, según auto del veintinueve (29) de agosto pasado, se trabó el conflicto de competencias, que dirime esta corporación.

FUNDAMENTOS DEL INCIDENTE:

1º) Con apoyo en jurisprudencia del Tribunal de Orden Público (auto de julio 26 de 1988), el juez especializado de Manizales considera no ser el competente para conocer del

proceso seguido contra C. G. y T. R., con el argumento de que los sujetos en mención pertenecen a "grupos u organizaciones rebeldes". A la anterior conclusión llega el funcionario, de las versiones de los sindicados, al decir que la propaganda que fuera incautada, y que considera él con ideas foráneas que ponen en peligro nuestras instituciones, tenía como finalidad publicitar un recién creado grupo subversivo denominado "Sendero Miliciano", supuesta fracción del Movimiento 19 de Abril (M-19). Ubica la conducta de los procesados en el tipo penal de la rebelión, sin destacar los elementos descriptivos y subjetivos que integran tal delito, en las conductas investigadas, y tomando de la jurisprudencia en que se apoya, el hecho de que los rebeldes deben ser juzgados por la justicia ordinaria por dicho delito y los conexos, pretende trasladar la competencia al Juzgado de Instrucción Criminal de Chinchiná (Caldas).

2º) La providencia del juez de instrucción de Chinchiná (Caldas), parte de admitir la existencia del delito de rebelión y la conexidad de los delitos descritos en los arts. 4 y 13 del decreto 180 de 1988, resolviendo el problema procesal que se suscita, con el argumento de que la competencia radica en el juzgado especializado por razón de la conexidad.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

En reciente ocasión tuvo la Sala oportunidad de precisar los alcances del denominado "Estatuto para la Defensa de la Democracia", en lo relativo a la competencia del Tribunal de Orden Público y de los jueces pertenecientes a esa jurisdicción especial. En ese momento se sostuvo:

1º) La creación de la jurisdicción especial integrada por el Tribunal de Orden Público y los Jueces Especializados, obedece a la estrategia del Estado de efectivizar la lucha contra el terrorismo y otros delitos que generan profunda conmoción social.

2º) Por ello el legislador extraordinario otorgó competencia a esta jurisdicción especial para conocer y fallar a) de aquellos delitos específicamente terroristas, distinguibles

por la finalidad o ingrediente subjetivo — realizado con fines terroristas —, lo cual, *contrario sensu*, deja dentro de la competencia ordinaria los mismos hechos realizados con distinta finalidad (verbigracia el homicidio con fines terroristas será competencia de la jurisdicción especial, al tiempo que el homicidio con fines pasionales será competencia del juez superior); b) de otros delitos sin consideración a la finalidad o motivo de la delincuencia, con lo cual tales hechos punibles quedan excluidos de la competencia de la justicia ordinaria.

3º) Con relación al (sic) primer grupo de hechos punibles, esto es, aquellos que solo son de competencia de la jurisdicción especial en cuanto tengan finalidad terrorista, se precisa además que: "En principio, su instrucción les corresponde a los jueces de orden público y solo, luego de que con la investigación se demostrara que las motivaciones del delito fueron diversas a las estrictamente terroristas, se podrá enviar el proceso para que sea conocido por los jueces de la competencia ordinaria.

4º) Y que en caso del delito de homicidio con fines terroristas, cuando su conocimiento corresponde a la jurisdicción especial se entiende que el legislador extraordinario eliminó el mecanismo procesal del jurado de conciencia.

5º) Con relación al fenómeno de la conexidad, precisa la Corte su criterio de que la regla general de competencia para conocer de los delitos conexos fue suspendida por el Estatuto para la Defensa de la Democracia, entendiéndose que prevalece la competencia de la jurisdicción especializada sobre la ordinaria (arts. 52 del decreto 180 de 1988 y 2º, num. 2º del decreto 474 de 1988).

Claro está que la anterior precisión sobre la conexidad no tiene la virtud de desdibujar hipótesis delictivas como la de la rebelión (art. 125 del C. P.), en cuanto algunos de los tipos penales contemplados en el denominado Estatuto para la Defensa de la Democracia constituyen figuras de menor rango que puedan hacer parte estructural del tipo penal de rebelión, como es el caso del art. 13, que sanciona la "fabricación y tráfico de armas y municio-

nes de uso privativo de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional (sic) esto porque quien realice tal actividad dentro del ámbito delictivo de la rebelión, esto es, "los que mediante *empleo de las armas* (subraya la Sala) pretenden derrocar al Gobierno Nacional, incurrirán en prisión de tres (3) a seis (6) años", (125), no se les podrá imputar la particular hipótesis delictiva del art. 13 del Estatuto para la Defensa de la Democracia, sino que deben ser procesados por el delito de rebelión, cuya competencia se mantiene en la justicia ordinaria en cabeza de los jueces superiores.

A tal conclusión arriba la Sala guiada por los principios básicos del derecho penal; así, predicar lo contrario implicaría la aceptación de la existencia de un concurso efectivo de tipos penales entre las hipótesis delictivas de la rebelión (125) y el art. 13 del Estatuto para la Defensa de la Democracia, lo cual contendría clara violación al principio universal del *non bis in idem*. Se trata entonces de un aparente concurso de normas que obtiene plena resolución en el principio de la consunción —*lex consumens derogat legis consumptae*—, esto es, entre la posibilidad de aplicar dos tipos penales que se contienen entre sí, se impone la aplicación de aquel que implica una mayor relevancia jurídica y riqueza descriptiva, sobre aquel de menor jerarquía.

La resolución de este aparente concurso no tiene nada que ver con la hipótesis del art. 127 que señala que "los rebeldes o sediciosos no quedarán sujetos a penas por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo"; esto es, porque el porté de armas de uso privativo de las fuerzas militares y realizado por rebeldes conforme al art. 125, siempre será rebelión, ya que es de la estructura típica de este delito el uso de las armas, mientras que, conforme al art. 127, los hechos punibles no cometidos en combate o que impliquen actos de ferocidad, barbarie o terrorismo por parte de los rebeldes, dará lugar a un concurso efectivo de tipos entre rebelión (125) y los hechos punibles tales como muertes, lesiones personales, secuestros, cometidos fuera de combate o dentro de él en circunstancias de ferocidad, barbarie o terro-

rismo, y la competencia en tales casos le corresponderá a la jurisdicción especial, conforme a las reglas ya definidas por la Corte.

Debe pensarse, además, que la solución así planteada por la Sala permite la aplicación del art. 13 del Estatuto para la Defensa de la Democracia y de aquellos que se le sean conexos, en todas las hipótesis en que se importen, fabriquen, porten, reparen, almacenen, conserven, adquieran o suministren armas sin permiso de autoridad competente, con finalidad distinta a la rebelde o sediciosa, siendo entonces el conocimiento de competencia de la jurisdicción especial de orden público.

Necesario es resaltar la inconsistencia del ejecutivo como legislador extraordinario, pues por un lado mantiene vigente la estructura básica con tratamiento punitivo benigno de los delitos políticos, tales como la rebelión y la sedición (arts. 125 y 126 del C. P.) y por otro, con el propósito de defender la democracia, incluye dentro del decreto 180 de 1988 comportamientos no necesariamente terroristas, o tipifica figuras delictivas en las cuales exaspera las penas, pero que hacen parte de la dinámica de los delitos de rebelión y sedición, que por esta razón y por no haberse previsto específicamente su forma concursal, carecen de aplicación autónoma, llegándose tan solo a la vigencia favorable de los delitos políticos y excluyéndose lo pertinente a la intensificación de pena que comportarían otros conceptos delincuenciales.

En pocas palabras, se pretende simultáneamente mantener un tratamiento de benevolencia para la rebelión y la sedición, pero se exhibe excepcional dureza para lo que tenga que ver, verbigracia, con armas de uso privativo de las fuerzas armadas, o con el adiestramiento de personal para la lucha subversiva, conductas incorporadas a aquellas, llegándose al contrasentido de ser superior la pena de estas si no se vinculan a la rebelión o a la sedición, pero suavizándose hasta el punto de desaparecer cuando constituyen elemento propio de la rebelión o la sedición. Por eso la Corte, en este caso, ha tenido que prescindir de la aplicación independiente o concursal de delitos como el descrito en el art. 13 y

considerar solamente lo relacionado con la rebelión.

EL CASO QUE SE RESUELVE:

Como se recordará, el conflicto planteado a la Corte entre la jurisdicción ordinaria y la especial de orden público, tiene como fundamento fáctico el comportamiento delictivo de los sujetos N. C. G. y G. A. T. R., consistente en portar una pistola y munición de 9 mm., señalada como de uso privativo de las fuerzas armadas y de policía y el transporte y tenencia de propaganda alusiva a un grupo rebelde (Movimiento 19 de Abril, M-19).

La prueba recaudada hasta ahora, indica que estos sujetos deben ser considerados como rebeldes conforme al art. 125 del Código Penal, por cuanto pertenecen a una célula subversiva del Movimiento 19 de Abril y se dedicaban a las labores propias del delito político, como era atacar la organización política e institucional del Estado, en obediencia a una particular ideología en real o aparente representación de un grupo social y con fines reales o presuntos de reivindicación sociopolítica. (Cas., mayo 26 de 1982. M. P. Dr. FABIO CALDERÓN BOTERO).

Siendo las cosas así, el conflicto negativo de competencias habrá de resolverse señalando que le corresponde a la justicia ordinaria por tratarse de un delito de rebelión cuya competencia le ha asignado la ley.

Conforme a los anteriores criterios, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—

RESUELVE:

Dirimir el conflicto planteado en este proceso, en el sentido de afirmar que el funcionario competente para conocer del asunto es el Juez Sexto de Instrucción Criminal de Chin Chiná (Caldas).

Remítase el expediente al funcionario indicado y copia de esta providencia al juez especializado de Manizales.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

COMENTARIO

Varios aspectos merecen destacarse de esta providencia, cosa que a continuación haremos sistematizando por separado cada uno de ellos:

1º) Históricamente se ha acudido a innumerables expedientes para desnaturalizar los delitos políticos y exacerbar para estos la represión del sistema penal. Uno de los mecanismos utilizados ha sido el procesamiento de los rebeldes y sediciosos por delitos diferentes de los políticos: asociación para delinquir, con anterioridad a la vigencia del actual Código Penal (cfr. art. 208 de la ley 95/36, modificado por el decreto 2523 de 1963, art. 3º); y concierto para delinquir, durante la vigencia de este (cfr. art. 186 del decreto 100/80).

Más recientemente, la legislación de estado de sitio que le otorgó competencia a la justicia penal militar para conocer de los delitos relacionados con armas de fuego, municiones y explosivos (decretos 1056 y 1058 de 1984 y 3664 de 1986), llevó en la práctica a la extinción de procesos por delitos políticos, por cuanto los reos de los mismos fueron tratados como delincuentes comunes al ser procesados por los tipos descritos en los decretos aludidos y condenados a las penas para ellos prescritas, muy por encima de las señaladas para los rebeldes y sediciosos¹.

Con el “Estatuto para la Defensa de la Democracia” (decr. 180/88) se abrieron nuevas posibilidades para el desdibujamiento del delito político, al criminalizarse en forma autónoma, con penas severísimas por demás, conductas como el porte, fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas y de sustancias explosivas, inflamables, etc., que son “parte estructural” del tipo de los delitos políticos de rebelión y sedición. De allí la importancia que para el momento actual tiene esta decisión, por cuanto en ella la Corte Suprema de Justicia ha hecho plena claridad en el sentido de que el estatuto ha dejado indemne la legislación ordinaria relacionada con los delitos políticos, y, en consecuencia, cuando un miembro de una organización subversiva es sorprendido con los efectos atrás descritos, habrá de ser procesado en forma exclusiva por los tipos delictivos de rebelión o sedición, proceso que deberá adelantarse ante la jurisdicción ordinaria. Con ello la Corte de cabal aplicación al “principio de consunción”, resolviendo así el aparente conflicto de normas e inhibiendo la violación del principio democrático *non bis in idem*.

Con lo anterior, naturalmente, en forma explícita se está excluyendo el carácter terrorista de las organizaciones rebeldes o subversivas, materia que mucha discusión ha suscitado en los últimos años en el país.

2º) En esta providencia también se vincula un criterio sumamente importante y clarificador, cual es el de que las figuras delictivas del Estatuto “que hacen parte

¹ HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO, “Los nuevos decretos de estado de sitio desde el punto de vista político-criminal”, en FERNANDO VELÁSQUEZ V. y otros, *Regulación sobre armas y estupefacientes*, Colegas, Medellín, 1987, págs. 153-154.

de la dinámica" de los delitos políticos, carecen de aplicación autónoma, y, en consecuencia, cuando se trate de miembros de organizaciones guerrilleras, solo es posible procesarlos por los delitos de rebelión y sedición (arts. 125 y 126 del C. P.). Aunque en ella, como ejemplo, solo se hace mención del art. 15 del estatuto antiterrorista, no existe ningún reparo para hacer extensivo dicho criterio a los arts. 18, 19, 21 y 28 del estatuto aludido, pues las conductas en ellos descritas incuestionablemente hacen parte de la dinámica de los delitos políticos.

3º) Cuando se analiza el art. 127 del Código Penal, se acogen implícitamente los planteamientos formulados por el Tribunal Superior de Orden Público en la providencia de julio 26 de 1988 —reproducida en este mismo número de la Revista—, al afirmarse que los implicados en hechos punibles "cometidos en combate" (homicidios, lesiones personales, secuestros, extorsiones, etc.) con finalidad rebelde o sediciosa, sin constituir actos de "ferocidad, barbarie o terrorismo", quedan eximidos de las penas establecidas para los mismos. En dicho evento, dice la Corte, el proceso debe adelantarse ante la jurisdicción ordinaria, por el delito de rebelión o sedición, según sea el caso.

4º) No compartimos la afirmación de que el art. 13 del estatuto antiterrorista (decr. 180/88), siempre habrá de aplicarse cuando para el autor no se acredite la "finalidad rebelde o sediciosa". Las razones de nuestra discrepancia, entre otras, son las siguientes:

a) Se trata de una norma expedida con base en las facultades que el estado de sitio concede al gobierno nacional. Por tal razón, esta necesariamente debe tener relación con los hechos que motivaron tal declaratoria, esto es, los que se relacionan en la parte motiva del decreto legislativo 1038 de 1984, por medio del cual se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República. Lo que afirmamos no es una consideración personal sino una exigencia explícita contenida en la Constitución Nacional (art. 121), que debe ser un criterio rector para la determinación del contenido y alcance de la legislación de excepción. En otras palabras, solo cuando el porte, fabricación y tráfico de las armas descritas en este artículo tenga relación directa con los motivos que dieron lugar a la declaración de estado de sitio, puede pregonarse que se ha lesionado o puesto en peligro el "orden público", bien jurídico supuestamente tutelado por el conjunto de normas del estatuto antiterrorista.

Presumir, como lo hace la Corte Suprema de Justicia, que todo porte o tráfico ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas armadas tiene obligada e incontrovertible relación con los hechos que determinaron la declaratoria de estado de sitio, constituye una lesión de principios fundamentales del Estado de Derecho (principios del acto o tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), elevados a la categoría de normas rectoras de la legislación penal colombiana y cuya observancia es perentoria, incluso para la legislación penal extraordinaria o de excepción. Solo una presunción como esta —que no es legítima ni procedente, como ya advertimos— podría explicar, nunca justificar, la imposición de una pena tan severa como la allí prescrita.

b) El principio político-criminal de *proporcionalidad de la pena*, uno de los más caros al Estado de Derecho², nos dice que la sanción debe guardar correspondencia con la importancia del bien jurídico tutelado y con la magnitud del peligro o lesión que la conducta representa para este. Y este principio es desconocido cuando comprobamos que la pena aquí establecida —10 a 15 años de prisión: art. 15 del decr. 180/88— es *idéntica* a la que el Código Penal prescribe para el homicidio (art. 323), conducta que, sin lugar a dudas, implica la lesión más grave para el bien jurídico más importante de los tutelados por la legislación penal colombiana.

c) Podemos proponer varios ejemplos de la irracionalidad e incongruencia de una tesis como la sostenida en la providencia objeto de comentario y de las situaciones absurdas a que la misma conduce:

aa) Una persona, haciendo uso de un arma de uso privativo de las fuerzas armadas incurre en un homicidio, para el que se acredita la circunstancia justificativa de la legítima defensa. Absuelto por el homicidio, se le impondría por la simple tenencia ilegal de dicha arma, —cuyo uso legítimo, pues le permitió defenderse—, la misma pena del homicidio.

bb) Un agente de la policía que al salir en franquicia no hace la entrega debida en su comando del arma de dotación oficial (cfr. decreto 2003/82, art. 4, lit. d.), con la finalidad real de garantizar su defensa ante un posible atentado contra su integridad personal. En dicho evento, con la tesis de la Corte, esta persona quedaría inmersa en la norma punitiva aludida y a la pena prescrita en ella.

d) La pena prescrita en el art. 15 del decreto 180 de 1988, constituye sin lugar a dudas una desproporcionada e insostenible manipulación de la *prevención general intimidatoria*, con la que se cosifica la persona y se atenta contra su dignidad, al privilegiarse el terror como forma de control social³. Aquí la pena no está graduada en consideración al hecho sino atendiendo a fines sociopolíticos perseguidos por el Estado, como lo es la supuesta prevención de las situaciones que motivaron la declaratoria del estado de sitio y determinaron la expedición del estatuto antiterrorista (decr. 180/88).

Se pasa por alto un factor que la realidad sociojurídica ha evidenciado, y es que la función preventiva general de la pena no depende tanto de la severidad de la misma establecida por la ley, como sí del grado de efectividad de esta en la vida práctica, esto es, un porcentaje significativo de condenas en relación con

² Cfr. HANS HENRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, parte general, vol. 1, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1981, págs. 33-34; SANTIAGO MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1976, cap. 2, IV, B, 1º, págs. 158 a 160; GONZALO QUINTERO OLIVARES, *Represión penal y Estado de Derecho*, Barcelona, Edit. Dirosa, 1976, págs. 137 y ss.; ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, parte general, 11ª edic., Bogotá, Edit. Temis, 1987, pág. 252.

³ Cfr. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "Prevención especial versus prevención general", en *Derecho penal y control social*, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, v, págs. 121 y ss.; JUAN BUSTOS RAMÍREZ, "Estado actual de la teoría de la pena", en *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 157 y ss.; CLAUS ROXIN, "Sentido y límites de la pena estatal", en *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, Edit. Reus, 1976, A. III, págs. 17 y ss.; EMIRO SANDOVAL HUERTAS, *Penología*, parte general, Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1982, cap. 2, v, A, págs. 134 y ss.

el número de hechos cometidos, "como consecuencia de una actuación de la administración de justicia y del conocimiento que de esta realidad tenga el conglomerado social destinatario de la norma"⁴.

Esta consideración, válida para la totalidad de los tipos delictivos del decreto 180 de 1988, encuentra corroboración en el hecho de que no obstante la vigencia de casi un año del estatuto, han continuado presentándose en forma recurrente los crímenes que supuestamente quiso prevenir y reprimir (matanzas colectivas, asesinatos políticos de dirigentes sindicales, cívicos, estudiantiles, campesinos, de miembros de corporaciones públicas, de alcaldes elegidos por voto popular, de profesores universitarios, etc.)⁵, con el agravante de que la casi totalidad de los mismos permanecen en la absoluta impunidad. De aquí que se pueda afirmar que estas son medidas "a las que se acude cíclicamente ... a sabiendas de su ineficacia, de su inoperancia e incluso de su inconveniencia. El Estado sabe que no puede luchar frontalmente contra ciertos tipos de delincuencias, porque ellas están empujadas en la base misma de la estructura estatal; se trata de paliativos que permiten, dado el efecto psicológico, una transitoria mejoría del enfermo, que pronto recae en su gravísimo estado, sin esperanzas ni ilusiones"⁶.

Por todo lo anterior es por lo que resulta aún más inaceptable extender las consecuencias gravosas de la norma comentada, a conductas que nada tienen que ver con actividades terroristas o del sicariato.

e) Para concluir, no sobra mencionar que en la investigación sobre la violencia, realizada a instancias del actual gobierno, se recomienda como prioritario para la salvaguarda del "orden público", la supresión de la legislación que permite autorizar el porte a particulares de armas de uso privativo de las fuerzas armadas, pues existen elementos suficientes para pensar que a su amparo se han constituido organizaciones con fines claramente delictivos. En efecto, se dice allí:

"El gobierno debe proceder a prohibir el porte de armas para todos los civiles sin excepción ... En particular, la Comisión pide derogar el artículo 33, parágrafo 3º, de la ley 48 de 1968, por la cual se organiza la defensa nacional, que dice:

"«El Ministerio de Defensa Nacional, por conducto de los comandos autorizados, podrá amparar, cuando lo estime conveniente, como de propiedad particular, armas que estén consideradas como de uso privativo de las fuerzas armadas»"⁷.

⁴ Desde centurias atrás, BECCARIA ya había formulado un criterio en el mismo sentido: CESARE BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, capítulo xx, Bogotá, Edit. Temis, 1987, págs. 47 y ss.; JUAN CORDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1977, pág. 64; JUAN BUSTOS RAMÍREZ, "Estado actual de la teoría de la pena", art. y ob. cit., pág. 162.

⁵ "Trescientas treinta y siete personas, en su mayoría campesinos, murieron en las 32 matanzas colectivas perpetradas en Colombia en lo que va del año ... En la mayoría de las matanzas colectivas los autores se identificaban y dejaban en murales o panfletos los nombres de sus organizaciones: Los Magníficos, Grupo Juvenil Anticomunista ... estas organizaciones acusaban a sus víctimas de ser colaboradoras de las guerrillas izquierdistas" (*El Mundo*, noviembre 13 de 1988, pág. 8-A).

⁶ FERNANDO VELÁSQUEZ V., *Regulación sobre armas y estupefacientes*, ob. cit., págs. 79, 157 y 158.

⁷ Comisión de estudios sobre la violencia: *Colombia: Violencia y Democracia*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1987, pág. 81; Amnistía Internacional: *Colombia una crisis de derechos humanos*, Madrid, 1988, págs. 16 y 20; HORACIO SERPA URIBE e IVÁN MARULANDA GÓMEZ, "Guerra sucia, autodefensa, guerrilla y Fuerzas Armadas", en *Análisis Político*, núm. 2, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1987, págs. 108 a 118.

Para compendiar todo lo antes expuesto, debemos manifestar que es necesario que la judicatura colombiana desarrolle integralmente los principios de autonomía e independencia, que comportan la fundamentación de sus decisiones en los principios de equidad, y en los marcos político-criminales propios de la ley, superando así la práctica consuetudinaria de subordinarlas acríticamente al punto de vista que sobre la materia tenga la Corte Suprema de Justicia. En este punto en concreto, ello implica la delimitación del art. 13 del decreto 180 de 1988, a las conductas relacionadas con los motivos que dieron lugar a la declaratoria de estado de sitio para todo el país (decr. 1038/84) y que si las mismas carecen de esta relación se dé aplicación a la legislación ordinaria, esto es, al art. 202 del C. P., modificado por el art. 7º de la ley 35 de 1982.

Naturalmente, el criterio aquí expuesto es válido extenderlo para la delimitación y estructuración de los restantes tipos del estatuto comentado.

SECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA

REVISTA DOCTRINA PENAL. *Teoría y práctica en las Ciencias Penales. Julio-septiembre de 1987, año 10, núm. 39.*

Hemos recibido un nuevo ejemplar de esta publicación, la cual pasamos a reseñar para ustedes.

La sección de Doctrina comienza con el trabajo del profesor de la Universidad de Colonia, el doctor HANS JOACHIM HIRSCH, intitolado "El derecho penal y el ámbito libre de regulación jurídica", el cual pretende desentrañar los verdaderos alcances de la teoría del ámbito libre de regulación jurídica, con motivo de las quejas formuladas por ARTHUR KAUFMANN, en el sentido de que "esta doctrina siempre ha jugado un papel de cenicienta en la dogmática jurídico-penal" (pág. 398). En efecto, KAUFMANN en su artículo "Ámbito libre de regulación jurídica y decisión sujeta a la propia responsabilidad", además de lamentar el desconocimiento de que se ha cubierto a esta teoría, señala su importancia práctica en el campo penal, ya que comprende, en su concepto, todas aquellas situaciones de conflicto cuya solución siempre ha inquietado a los criminalistas, verbigracia, la tabla de carneades, el aborto indicado, el caso del guarda agujas, los eventos de eutanasia activa directa, entre otros. Esta posición representa el desarrollo y actualización del pensamiento de la neutralidad concebido por BINDING, en virtud del cual la problemática del estado de necesidad y de la colisión de deberes se resuelve con ayuda de la doctrina del ámbito libre de regulación jurídica.

Empero HIRSCH, después de examinar concienzudamente los casos de conflicto que interesan al derecho penal, infiere que dicha teoría "no aporta soluciones adecuadas para ninguna de las situaciones dudosas" (Paguzi), como quiera que dichos eventos se encuentran ya regulados en distintas categorías jurídicas, máxime cuando su calidad de "hechos humanos jurídicamente relevantes", "valorativa-

mente diferentes", acarrear la lesión de un bien jurídico y, por tanto, una "conducta típica" (pág. 405).

Por su parte, el magistrado italiano ROBERTO SCARPINATO, engloba en su artículo "La reforma del ordenamiento judicial entre dos culturas en conflicto: La cultura de la legalidad institucional y la cultura de la nueva gobernabilidad", un enjundioso estudio acerca de la influencia ejercida en Italia por el proceso de transición del Estado constitucional de derecho a Estado de los partidos, sobre los fundamentos mismos del Estado de derecho; y, por ende, sobre el poder judicial, como resultado de la privatización, personalización y clandestinización del poder político, lo que ha traído consigo no solo una caída vertical de la legalidad institucional sino que también ha revelado el antagonismo existente entre la magistratura y los componentes políticos.

Pero, sobre todo, la incidencia negativa de este conflicto histórico sobre el contenido de la reforma del ordenamiento judicial, hasta el punto de que "los servicios judiciales son dejados en el estancamiento y en condiciones de crónica y providencial ineficiencia operativa" (pág. 433).

A la luz de estos criterios, SCARPINATO critica el proyecto de ley gubernamental de reforma del sistema de la responsabilidad disciplinaria de los magistrados por sus normas y figuras abiertas, que menoscaban la autonomía e independencia judicial y reclama, en su remplazo, un verdadero código disciplinario que al prever una rigurosa tipificación de las conductas preserve estos valores supremos de todo sistema democrático.

De otro lado, el creciente descreimiento de la conciencia jurídica popular hacia el poder judicial, motiva a JORGE VÁSQUEZ ROSSI a elaborar en su artículo "Crisis de la justicia penal. Diagnóstico y propuestas" un análisis de los principales problemas que, en su opinión, afectan el funcionamiento y la estructura misma del servicio público de la justicia.

Y, aunque es prolijo al reseñar dichos males, concluye que todos se condensan en el linaje preponderantemente inquisitivo del proceso penal que reviste, especialmente en América Latina, perfiles más dramáticos al ir acompañado de una discrepancia con los mandatos constitucionales.

Así las cosas, postula como tarea primaria "La reforma hacia el logro de un sistema plenamente acusatorio, con las lógicas particularidades derivadas de la materia en juzgamiento" (pág. 452).

"La conciencia disidente y el derecho penal" es el artículo en que HERNÁN VÍCTOR GULLCO expone sus comentarios a la providencia confirmatoria de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal que da inicio a la *Sección de Jurisprudencia*. Así, y ante el problema que representa la comisión de conductas típicas por parte de los denominados "autores por convicciones ético-religiosas", GULLCO aborda dicha temática con suma profundidad, criticando la tangencialidad del fallo en comentario y planteando, en cambio, pautas que permitan resolver el conflicto que se presenta entre los intereses públicos y las creencias religiosas de los individuos cuando las conductas de estos últimos afectan derechos de terceros; optando, al respecto, por una operación de "balanceo" entre los valores en colisión para determinar, según las circunstancias del caso en concreto, cuál de ellos ha de prevalecer. Actitud esta que constituye el aporte de respuestas un tanto distintas de las tradicionales de la dogmática jurídico-penal para la solución de ciertos casos específicos.

Seguidamente encontramos uno de los fallos más censurables, desde el punto de vista material y formal, que pueda registrar la historia de la jurisprudencia argentina. En efecto, la declaratoria de constitucionalidad de la ley 23.521 sobre "La obediencia debida" ha despertado, con justa razón, las más encendidas polémicas, llegándose incluso a afirmar que su convalidación por parte de la Corte Suprema de Justicia de dicha nación "significa la defunción del Estado de Derecho" (pág. 491).

Y es, precisamente, el ejercicio de la crítica la finalidad del trabajo escrito por MARCELO

A. SANCINETTI, "Obediencia debida y Constitución Nacional", en el cual, después de confrontar la situación anterior y posterior a la expedición de dicha ley (bajo las directrices del derecho penal común y militar), se proclama su abierta inconstitucionalidad y la lesión misma que representa para el derecho internacional, al asumir la calidad de "sentencia judicial dictada por el Congreso", lo cual ha provocado el rechazo enérgico de todos los juristas independientes sobre la forma como se está resolviendo en Argentina la cuestión de los derechos fundamentales.

En el mismo sentido se pronuncia, en la *Sección de Legislación*, MANUEL DE RIVACOBBA Y RIVACOBBA con su trabajo de "Incongruencia e inconstitucional de la llamada ley Argentina de obediencia debida", en el que reitera las críticas expresadas por SANCINETTI y abona otras, como la contradicción existente entre la ley y el Código de Justicia Militar respecto a lo que es la obediencia debida, producto de la presunción establecida en aquella, que al omitir uno de los requisitos esenciales de la institución, cual es la necesidad de competencia del superior, desdibuja por completo la finalidad misma de la figura de la obediencia jerárquica como eximente de responsabilidad.

No menos importante son los reparos político-criminales que formula RIVACOBBA a dicho texto legal, y que bien pueden sintetizarse en la fuerza criminógena que desatará la impunidad allí proporcionada que acarreará, como es obvio, un relajamiento en la función inhibitoria de la pena, y, lo más grave, la pérdida de la confianza en el derecho y en los órganos encargados de aplicarlo.

En su acostumbrada *Sección de Debates* continúa, a cargo de LUIS A. BRAVO DÁVILA, la controversia suscitada entre juristas y criminólogos latinoamericanos a propósito de las posibles conexiones entre la Criminología y el Derecho Penal. De igual manera, persiste la discusión sobre la posición de garante del médico, con motivo de las observaciones formuladas por HERNÁN VÍCTOR GULLCO al fallo suscrito por MARÍA CRISTINA CAMIÑA, publicado a su vez en el número 37 de esta revista.

Culminan este interesante ejemplar las habituales *secciones de Bibliografía, Informaciones y Revista de revistas*, así como un novedoso catálogo de obras recientes de gran utilidad para los estudiosos de esta disciplina.

SANDRA CRISTINA MORA SOTO
Abogada egresada de la U. de M.
Medellín, Octubre de 1988.

REVISTA DOCTRINA PENAL. *Teoría y práctica en las ciencias penales*. Octubre-diciembre de 1987, año 10, núm. 40.

A la *Sección de Doctrina* de este nuevo número la precede un homenaje que la revista, con palabras de MANUEL DE RIVACOBBA Y RIVACOBBA, rinde a la egregia figura de VICTORIA KENT, penitenciarista española recientemente fallecida.

En seguida encontramos el trabajo de ALESSANDRO BARATTA, "Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)", ya publicado en el ejemplar núm. 34 de *Nuevo Foro Penal*, pero que, en razón de su importancia como articulación programática de la idea de la mínima intervención penal, bien vale la pena ampliar su difusión. En efecto, BARATTA después de analizar los resultados alcanzados por los sistemas punitivos tradicionales, formula una serie de principios como idea guía para una política penal a corto y mediano plazo, que adoptando el concepto de los derechos humanos en su doble función de objeto y límite del derecho penal, constituya el fundamento para una estrategia de la mínima intervención penal en el cuadro de una política alternativa del control social.

De otro lado, el profesor español FRANCISCO BUENO ARUS, en su artículo "La dimensión jurídica de la pena de prisión" realiza un completo estudio de dicha institución jurídica, y por tanto de su organización, coactividad y referencia a valores. En este sentido, examina, a la luz de los principios fundamentales que están en juego en la dinámica de la pena de prisión, la conminación, aplicación y ejecución de la misma por los distintos po-

deres del Estado, enfatizando en la necesidad de conciliar la legitimidad formal y sustancial de la pena, en su calidad de control formalizado forzoso.

JOSÉ I. CAFFERATA NORES hace también un interesante aporte, al discurrir sobre "La investigación fiscal preparatoria como alternativa frente a la instrucción jurisdiccional" como una de las herramientas precisas para el desarrollo de una política criminal estatal, que al involucrar dentro de la tarea de la persecución penal la fijación de prioridades, permita una utilización racional de los recursos humanos y técnicos afectados a ella.

RAÚL CERVINI, por su parte, suministra elementos básicos para interpretar científicamente el fenómeno del delito organizado, sin sensacionalismos o distorsiones, abordando su estudio desde un ángulo realista y latinoamericano, dada su enorme dañosidad social, particularmente en nuestros sistemas penales, que adolecen de un divorcio entre el discurso jurídico y la realidad fáctica en el tratamiento de esta forma de delincuencia no convencional.

En este orden de ideas ubica criminológicamente el crimen organizado y efectúa una aproximación conceptual al mismo para, ulteriormente, proponer un profundo replanteo del funcionamiento práctico de todos los segmentos jurídicos que, unido a una revisión normativa, conduzca a la eficaz represión de estas nocivas formas de criminalidad.

Culmina la *Sección de Doctrina* con las severas críticas que MANUEL DE RIVACOBBA Y RIVACOBBA señala al Código Penal Tipo para Iberoamérica por su ostensible carácter criminalizante y criminógeno, que indudablemente influyó en las reformas penales del continente durante este tiempo, a pesar de haber significado un fracaso la iniciativa de crear un modelo estructural básico de la legislación penal iberoamericana.

En la *Sección de Jurisprudencia* se destaca, en primer lugar, la providencia de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, referente a la irrazonabilidad de la protección penal de automotores, en la que se realza la existencia de límites a la facultad estatal de punir; pero, por sobre todo, se ejerce cabalmente la misión de tutela de la supremacía de la Constitu-

ción, reivindicándose así la función primaria y esencial del poder judicial de controlar la constitucionalidad de la labor de los otros poderes del Estado.

A continuación, JORGE D. LÓPEZ MOFI GUERRERO, a propósito de una sentencia sobre el tipo penal del ultraje a los símbolos nacionales, realiza toda una disertación acerca de la especial naturaleza de esta figura delictiva, cuya comisión poco frecuente ha propiciado el abandono doctrinario en desmedro de la seguridad jurídica.

Así mismo, MARCELO A. SANCINETTI llama la atención sobre la necesidad de racionalizar la manera de ponderar las circunstancias de hecho, particularmente en relación con el contenido del dolo del autor, si se quiere superar el mito del resultado que restringe la prueba del dolo a la producción de un resultado definitivo, haciendo caso omiso de la existencia de criterios positivos, como la valoración del modo de conducción de la acción, para acreditar la presencia del dolo.

Finalmente, cierran la revista las habituales secciones de "Debates", "Bibliografía" y "Revista de Revistas".

SANDRA CRISTINA MORA SOTO
Abogada egresada de la U. de M.
Medellín, noviembre de 1987.

GABRIEL RICARDO NEMOGÁ SOTO: *El Estado y la administración de la justicia en Colombia*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1988, 186 págs.

La escuela judicial "Rodrigo Lara Bonilla", en cumplimiento de su política de fomentar la reflexión crítica sobre la problemática de la rama jurisdiccional, ha publicado recientemente el trabajo en comento. En él, con base en el método de la Sociología Comprensiva, el sociólogo y abogado GABRIEL RICARDO NEMOGÁ SOTO presenta un paradigma de asociación política con tridivisión del poder público para el equilibrio funcional de su ejercicio. En tal estructura, en la que finca un régimen de dominación legal, destaca la función jurisdiccional. Esta, para que cumpla su fin de resolver objetiva, imparcial y eficaz-

mente los conflictos de intereses que caen en el ámbito de su competencia presupone, de una parte, la sistematización lógica del derecho en sus elementos de generalización, diferenciación y plenitud; y, de otra, de una organización burocrática racional, realmente independiente de las otras ramas, que cuente con la eficaz colaboración de organismos técnicos y científicos en el desarrollo de su actividad. Exige, además, su fiscalización en la correcta aplicación de las normas y en el ámbito disciplinario, entre otros aspectos.

Presentando el tipo ideal de organización jurisdiccional, el autor efectúa un excelente estudio de la formación del sistema judicial colombiano, dependiente del desarrollo socioeconómico y político del país, desde la Constitución de 1886 hasta el momento de la última reforma judicial. En el curso de este recorrido histórico, demuestra cómo las valoraciones e intereses de los partidos políticos y de los grupos económicos en el manejo del poder, han determinado la configuración de un sistema judicial anacrónico y por tanto inoperante para responder a las necesidades de los cambios demográficos, a la dinámica de los conflictos sociales, a las diferencias culturales y a los desequilibrios económicos y sociales en los cuales radica la etiología de la delincuencia.

Así mismo, basándose en investigaciones anteriores y en el tipo ideal de organización burocrática para el sector justicia, delinea la perspectiva modernizante de un Sistema Nacional de Justicia estructurado en función "de los valores o principios señalados por las normas jurídicas".

Así, *El Estado y la administración de la justicia en Colombia* es uno de los mejores trabajos que se han concebido en lo que tiene que ver con la crisis de la rama jurisdiccional en cuanto órgano funcional del Estado. En verdad, en él es posible hallar respuestas de profundo significado a preguntas tales como las siguientes entre otras: ¿Cuál es la importancia específica de la función jurisdiccional en la organización estatal? ¿Cuál es su relación con el ejercicio monopólico de la coacción en una asociación política fundada en los principios demoliberales? ¿Cómo se halla articulada en el andamiaje estatal bajo un ré-

gimen de dominación legitimado por la legalidad de las ordenaciones y mandatos? ¿Cómo se ha configurado la organización jurisdiccional del Estado colombiano y cuáles han sido los momentos más significativos para dicha configuración durante el proceso institucional sufrido por el país, en el paso de la sociedad hacendaria y rural, existente al momento de la expedición de la Carta constitucional de 1886, a una economía basada predominantemente en relaciones capitalistas de producción y mercado? ¿Cómo se han expresado las exigencias racionalizantes sobre la actividad jurisdiccional, emanadas de la economía

de mercado y la lógica capitalista, y cuál ha sido la capacidad de adecuación de la organización jurisdiccional?

Estas y otras importantes cuestiones son tratadas en el estudio. Pero, como lo anota su autor, consciente del alcance del mismo, un conocimiento acabado de la problemática de la justicia solo se alcanzará mediante un proceso acumulativo de investigación interdisciplinaria.

ÁLVARO JOSÉ MEDINA GUTIÉRREZ
Abogado Colectivo Ruptura
Bogotá, D. E., octubre de 1988.

ÍNDICE DE DISPOSICIONES

Constitución Nacional

Art.	Pág.	Núm. Año	Pág.
16	269, 354	615 1984	260
23	172, 270, 271, 280, 352, 455	1038 1984 191, 201, 207, 256, 259, 260, 261	261
25	359		275, 531
26 219, 238, 246, 265, 270, 272, 351, 510	1060 1984		516
33	229	1056 1986	527
38	259, 266	1058 1986	527
43	264	3664 1986	4, 527
55	212	50 1987 3, 136, 143, 240, 244, 246, 247, 250	250
56	280	 252, 255, 365, 369, 371	371
76	269, 354	1198 1987	221
118	276	1199 1987	199, 222
120	240	1200 1987	236, 237, 239, 243
121	211, 259, 276	1203 1987	4
141	214	1204 1987	4
214	349, 351	1631 1987	202, 207

Leyes

Núm. Año	Pág.	Núm. Año	Pág.
153 1887	174, 228	181 1988	4, 201, 210
48 1968	530	182 1988	205, 226, 274, 276
74 1968 166, 182, 220, 223, 226, 271, 281	310 1988	262 1988	228
..... 358, 362, 424	474 1988 155, 202, 203, 204, 205, 207, 224	310 1988	228
44 1971	309	 521, 525	525
16 1972 173, 182, 220, 223, 271, 274, 281			
..... 358, 362, 424			
17 1972	226		
17 1975	117		
5 1979	351		
23 1981	217		
35 1982	531		
2 1984	4, 155, 210, 224		
52 1984	3, 246		
30 1986 4, 206, 221, 433, 437, 438, 439, 441			
..... 442, 444, 502, 509, 514			

Decretos

3418 1954	201, 261, 267
2523 1963	525
432 1969	257, 349
960 1970	217
409 1971	175, 247
1188 1974	511, 516
100 1980	349
2003 1982	529

Decretos

Código Penal

Art.	Pág.
1°	172
4°	440
8°	227, 272
11	173
12	352
22	438, 440
24	220
31	352, 354
32	354
33	354
39	220
41	518
48	473
68	180
76	221
94	349, 350, 351, 353, 355, 357, 358
95	349, 350, 351, 353, 355, 357, 358
96	349, 350, 351, 353, 355, 357, 358
98	353

Art.	Pág.
99	353
100	353
101	353
103	369
106	135, 137, 138
107	138
108	365
125	523, 525, 526, 528
126	526, 528
127	528
176	220, 221
177	221
202	4, 531
218	229
219	229
268	210
269	210
324	197
349	115, 117, 122, 123, 126, 129
350	117, 127, 128, 129, 130
355	210

Código de Procedimiento Penal

1º	172, 173, 272
2º	358
4º	271
16	136, 137
34	7
50	138
55	365
56	365
58	371, 372
66	365
67	144
72	144
73	4, 6
76	144
129	145
162	145
167	170
174	146
179	146
187	138
226	510
236	117
246	175, 272

Art.	Pág.
252	175
297	173, 224
305	4, 7
310	272
334	199, 265, 270
341	144
353	143
354	146
355	224
375	223
393	5
394	270
403	271
405	270
409	272
410	146
414	272
439	145, 271
441	145
454	228, 272
455	227
456	227, 281
457	228
461	276
462	227
472	146
477	6
490	146
492	6, 146
501	4, 146, 249
531	244
666	144
677	235, 236, 242
679	4

Código Civil

1617	138
2347	370
2348	370
2352	370

Código de Procedimiento Civil

357	135
388	133, 137
521	200

ÍNDICE DE MATERIAS

—A—

Ablatio: 116, 119, 120, 126, 230.
Acción de inexecutableidad contra los artículos 94, 95 y 96 del C. P.: 349-358.
Administración de justicia y administración de delitos: 452.
Amotio: 116, 126, 129.
Antijuridicidad
 (estatuto de estupefacientes y): 440-443;
 (lesividad y): 440.
Aprehensio rei: 116, 119, 126.
Audiencia pública en proceso abreviado: 7.
Axiología jurídica
 positiva: 84;
 (dogmática y): 84-85;
 pura: 84;
 (valoración jurídica y): 84;
 y lógica: 84-85.

—B—

Banco de la República
 (certificación del): 139;
 y devaluación: 135.
Bien jurídico (en delitos de estupefacientes): 440-441.

—C—

Cárcel
 (alternativas de la): 93, 94, 95, 99-100;
 (crítica de la): 92-94, 185;
 y teorías socializadoras: 93.
Causalidad
 (comisión por omisión y): 30-32;
 como contenido del derecho penal: 32;
 (culpabilidad y): 32-37;
 natural (teoría de la): 28-29;
 (relación de): 27-28;
 y acto culposo: 29;
 y riesgo: 29.
Ciencia (concepto positivista de): 75.
Código de Procedimiento Penal (1987)
 (Constitución y): 165;
 (debido proceso en el): 165-175;
 (libertad en el): 179;
 (libertad provisional en el): 179-180;
 (prohibición de excarcelación en el): 179;
 y colisión de competencia: 235-237;
 y jurado de conciencia: 244-255.
Colisión de competencia: 238-243.
Concurso de hechos punibles en delitos de narcotráfico: 437.
Condena
 condicional (Código español): 325-326;
 del legislador: 455;
 en abstracto: 138;
 larga (peligros): 455.
Conducta humana
 (factores influyentes en la): 5;
 (juicio de la): 5;
 (objetividad en el juzgamiento de la): 5.
Confesión simple (como indicio): 4.
Constitución como marco de referencia del ordenamiento jurídico: 161;
 (proceso penal y la): 161-163.
Constituyente primario
 del derecho penal: 447;
 y democracia: 447-448;
 y libertad de hacer normas: 447;
 y realidad social: 447.
Control en la comunidad
 (carácter preventivo del): 96;
 (cárcel y): 92-95;
 como alternativa: 97;
 como medida discriminatoria: 96;
 (crítica al): 98, 101, 102, 109;
 discrecionalidad: 97;
 (ejemplos de contrato en): 99;
 (objetivos del Estado y): 102-109;
 (prontuario y): 97-98;
 (reflexiones fiscales al): 109-110;
 y delitos menores: 97;
 y garantías legales: 97;
 y movimiento descarceratorio: 92-94.
Criminalización
 (alternativa a la): 321-326;
 prisionalización en la prisión: 326-328;
 y ciencia policial: 321;
 (alternativa social o metajurídica en): 327;
 crítica: 320-321;
 y conocimiento empírico: 320;
 y fracaso de la prevención: 320-321;
 y prevención: 320;
 y teorías de las causas: 320;
 (contenido actual de la): 319;

Criminalización (Cont.)

- de la droga
 - aspecto económico: 341-342;
 - (consumidores y): 336-337;
 - efectos negativos: 338-341;
 - (principio de subsidiariedad y): 341;
 - y delatores: 339;
- (desjuicialización y)
 - conflictos a tratar: 321-322;
 - en España: 322;
 - factores que influyen: 322;
 - y derecho penal: 322-323;
 - y el juez: 322;
- (época de crisis y): 323;
- (negación de la): 319-320.

Criminología

- de la droga
 - hipótesis sociológica: 329-331;
 - política actual: 329-335;
 - y reproducción ideológica: 329;
 - y reproducción material: 329-330;
- y droga
 - (principio de racionalidad y): 339-340;
 - y tratamientos: 340-341.
- Culpabilidad
 - como principio: 33;
 - (concepción psicológica sobre la): 34;
 - (dolo en la): 33;
 - (naturalidad de la): 33;
 - negación de responsabilidad objetiva: 32-33;
 - (negligencia en la): 33;
 - (responsabilidad y): 36-37;
 - (teoría normativa de la): 34;
 - y libre arbitrio: 34;
 - y pena: 32;
 - y positivismo: 33, 35;
 - y preterintención: 33.

—D—

DANE (inflación y): 135.

Daño

- emergente: 132-133, 134, 137, 139;
- material: 138;
- moral
 - objetivable: 134-138;
 - subjetivo: 134-138.
- Debido proceso
 - (alcance del): 244-255;
 - (antecedentes históricos del): 166;
 - (consecuencias de la inobservancia del): 174-175;
 - (Constitución y): 170, 172;
 - (derecho de defensa y): 174;
 - (desmedro del): 173;
 - en juzgamiento de civiles por militares: 173-174;
 - en el Código Penal: 172, 173;
 - en la ley: 173;
 - (garantías individuales y): 174;

- (*in dubio pro reo* y): 173, 174;
- (juez natural y): 173;
- (jurado de conciencia y): 244-255;
- (jurisprudencia sobre el): 170-172;
- (ley preexistente y): 173-174;
- (requisitos del): 170;
- (Revolución Francesa y el): 166;
- según la doctrina: 168-170;
- y derecho de defensa: 170;
- y Estado de derecho: 175;
- y jurado de conciencia (en el C. de P. P. 1987): 244-255;
- y las Naciones Unidas: 166;
- y nulidades constitucionales: 170.

Declaración Universal de los Derechos Humanos

- como conducta internacional: 71;
- y los pactos internacionales: 71.

Delator (es)

- (gratificación al): 222;
- (trato preferencial a): 221;
- y estatuto antiterrorista: 221-222.

Delincuencia y comunidad: 94.

Delito

- culposos: 20;
- (definición teológica de): 19;
- de lesa humanidad: 450;
- masa (expendedor de sicotrópicos y): 436;
- (factores del): 5;
- intencional: 19-20;
- (legalidad del): 69;
- político: 523-530;
- pronunciamento por la Corte: 454;
- y "conexidad": 454;
- y Estado democrático: 455;
- véase también: *Infracción*;
- y teoría finalista: 19-20.

Democracia

- (estatuto para la defensa de la): 155-157;
- pluralismo ideológico: 84.

Derecho

- a la vida: 448;
- alcances de aplicación: 421;
- como freno de la historia: 448;
- de huelga
 - y delito de sedición: 315;
 - y orden público: 315-316;
- punitivo (cuestionamiento): 450;
- (vías de hecho y): 450;
- y paz: 448-449;
- y crisis: 422;
- y justicia: 82-83;
- y "moralidad": 70.

Derechos humanos

- (contenido de los): 83-84;
- (desigualdades y): 44;
- en la Constitución española: 44;
- (doctrina de los): 71;
- (importancia de los): 84;

- (normatividad sobre los): 423-424, 425;
- y carrera judicial: 428;
- y conducta jurídica: 82;
- y derecho penal: 42-57, 72-73;
- (ámbito del): 45;
- (contenido real entre): 48;
- limitaciones sociales: 48-50;
- y dogmática político-axiológica: 79-84;
- y dogmática positivista tradicional: 73-76;
- y Estado: 81;
- y Estado de derecho: 60;
- y Estado liberal: 47;
- y el orden jurídico colombiano: 85;
- y justicia social: 82;
- y positivismo jurídico: 78-79;
- y principio de legalidad: 47;
- y relaciones de los Estados: 78;
- y selección clientelista: 428;
- y teoría pura del derecho: 73-74;
- y terrorismo: 50-57.

Derecho penal

- (abuso del poder del Estado y): 451;
- (aplicación por vía de excepción del): 451;
- como instrumento de control social: 42;
- (constituyente primario y): 447;
- (contenido del): 43;
- criterio politicocriminal: 43;
- (estatuto represivo y): 450;
- (garantías del): 66-67;
- (ideología y): 78;
- latinoamericano: 70;
- liberatorio: 65-66;
- máximo
 - (antinomía en): 452;
 - en América Latina: 450;
 - en Colombia: 451;
 - (fundamento de la pena en): 451;
 - (impunidad y): 452;
 - (perjudicados con el): 453;
 - y franquismo: 450;
 - y generalidad: 451;
 - mínimo: 450;
 - terrorista: 447-456;
 - y cambio social: 65;
 - y control social: 452;
 - y criminología: 48;
 - y culpabilidad: 455-456;
 - y derechos humanos: 163;
 - y dogmática: 43;
 - y jueces: 65;
 - y mecanismos de control social: 451;
 - y países desarrollados: 66;
 - y pena: 449;
 - y terrorismo: 50-57.
- derecho penal español del trabajo
 - contenido: 308;
 - delitos contra la libertad y seguridad: 309-311;
 - (funcionalismo y): 309;

- (pena irrisoria de la quiebra en): 310;
- y Constitución de 1978: 309;
- y control temporal: 313;
- y delito (s)
 - contra la libertad sindical: 313-316;
 - contra el derecho de huelga: 313-316;
- y derecho del trabajador: 308;
- y estadística de accidentes: 312;
- y la Constitución: 316;
- y mecanismos de pacificación social: 309;
- y seguridad en el trabajo: 311;
- y tutela general del trabajo: 310.

Descriminalización

- (crímenes sin víctima y): 324;
- de la droga (respuestas alternativas): 344-346;
- (delitos contra el patrimonio y): 324;
- (delitos contra las personas y): 324;
- (infracciones a la moral sexual y): 323;
- sectores que afecta: 323-324;
- y descongestión: 323;
- y realidad social: 323.

Doce tablas: 119.

Dogmática

- carácter lingüístico del término: 13;
- como ciencia (crítica): 38;
- como sistema perfecto: 15;
- (etapas de la): 16;
- (función del jurista en la): 15;
- y los cambios sociales: 15;
- (crítica de la): 38-41;
- (derechos humanos y): 72-73;
- e infracción: 17-19;
- (problemas axiológicos en la): 39-41;
- (reseña histórica de la): 14-15;
- penal
 - (derechos humanos y): 72-73;
 - y axiología jurídica: 84-85;
 - y ciencia penal: 11;
 - y concepción de la pena: 63-64;
 - y ética de la culpabilidad: 63;
 - y política criminal: 73;
 - y principio de legalidad: 22-26;
 - y seguridad jurídica: 81, 82;
 - y sometimiento de justicia: 76;
 - y subjetivismo del individuo: 63;
- tradicional: 15;
- y culpabilidad: 32-37;
- y escuela histórica: 15;
- y exégetas: 15;
- y misión del juez: 15-16;
- y principio de legalidad: 22-26;
- y racionalidad del legislador: 26-27;
- y relación de causalidad: 27-32;
- y teología: 12;
- y teoría
 - de la infracción: 13, 16-22;
 - finalista: 19-20;
 - neokantiana: 18-19.

Droga (s)

(actos *sui generis* y): 470;
blanda: 467-468;
(*cannabis* y): 467-470;
clasificación: 459-460;
como delito socioeconómico: 465;
(concepto de): 459;
con dependencia física: 459;
con dependencia psíquica: 459;
(conferencia sobre)
conclusiones: 496-497;
recomendaciones: 497;
(consumidores *jungysados* y): 336-337;
(costos sociales de la): 336-342;
(criminalización de la): 338;
(criminología actual de la): 329-335;
(descriminalización de la): 344-346;
dura: 467;
(efectos de la)
primarios: 336;
secundarios: 335-336;
(medidas sobre)
asistenciales: 463;
preventivas: 462-463;
(Naciones Unidas y): 469, 471, 472, 475;
(Parlamento Europeo y): 467;
política de control: 342-344;
(política sobre): 496-497;
integrada: 461-462;
unificada: 460-461;
represión y estigmatización: 337-338;
(sistema sociológico de la): 331;
(subsistema cerrada en la): 331-332, 335;
(teorema de Thomas y): 330;
(tráfico de): 469;
(uso y abuso de la): 460;
y abordaje en alta mar: 475;
y autonomía individual: 466;
y bien jurídico protegido: 465;
y cultura: 476;
y cultura indígena: 498;
y dependencia: 468-469;
y despenalización: 463-465;
y embargo y comiso: 473-474;
y endurecimiento de las penas: 472-473;
y "entrega vigilada": 475;
y extradición: 474, 475;
y grados de participación: 472;
y justicia mundial: 474-475;
y materiales y equipos para fabricación: 476;
y medios de comunicación: 332;
y medios de transporte: 476;
y organización de narcotraficantes: 464;
y regulación de grados
de ejecución: 472;
de participación: 472;
y salud pública: 465-466, 471;

y soberanía: 475;
y sociedad tecnócrata: 334.
Drogadicción (causa de la): 498-505.

-E-

Estado

(atributos del): 58-59;
actual (poderío del): 60-61;
de derecho
contenido: 421;
demoliberal: 421;
(derechos individuales y): 421;
e injusticia: 83;
evolución: 421;
formal: 59;
(garantías en el): 61-63;
(iluminismo y): 421;
origen: 421;
requisitos: 421;
socioliberal: 58-59;
(tripartición del poder y): 269;
y delito político: 455;
y Estado colombiano: 422;
y estatuto de estupefacientes: 433;
y paz: 449;
y principio de legalidad: 45;
democrático
y delito político: 455;
y Estado de derecho: 46;
de sitio
(concepto de): 213;
(Congreso y): 214;
(controles en): 214-215;
(Corte y): 214;
en Colombia: 212-213;
(facultades del presidente en el): 213-214;
(mecanismos de represión en): 212;
(orden público y): 212;
(procedimiento abreviado en): 4;
y vigencia del estatuto antiterrorista: 268-269;
en "vía de desarrollo": 62;
(inconformidad y): 61;
liberal: 58, 59;
material de derecho: 59;
social y democrático: 59;
y contradicciones de clase: 422;
y criminalización: 320;
y derechos de las minorías: 59-60;
y derechos humanos: 43, 81;
y "orden": 61.
Estatuto
antiterrorista
(ambigüedad de los tipos en el): 269-270;
(aprehensión sin orden judicial en el): 256-268;
carácter transitorio y vigencia de las penas: 268-269;
conclusiones: 229-231;

estructura: 215-216;
(indeterminación en el): 218;
(innovación en el): 218;
(militarización de la investigación en el): 222-224, 229;
registro sin orden de autoridad: 256-268;
(tipos y ley penal en el): 216;
véase también: *Estatuto para la defensa de la democracia*;
y aeronaves: 228;
y aseguramiento de la prueba: 225;
y aumento de las penas: 221;
y el debido proceso: 224-225, 279-280;
y *habeas corpus*: 225-228, 274-281;
y juzgador de orden público: 228;
y libertad personal: 280-281;
y los delatores: 221-222;
y medios de comunicación: 225;
y Policía Judicial: 222-224;
y principio de culpabilidad: 220-222;
y principio del acto: 219-220;
y principio de tipicidad inequívoca: 269;
y responsabilidad objetiva: 220-221;
y retención de personas: 270-273;
y tripulantes aéreos: 228-229;
(errores técnicos en el): 218-219;
de estupefacientes
(adicto como enfermo en el): 511;
(adicto y): 441;
(*animus delinquendi* y): 442;
(antijuridicidad en): 440-443;
(autolesión y): 443;
(autoría y): 437;
(cantidad de droga incautada): 510;
(comerciante de la droga y): 511;
(competencia y): 510;
(complicidad y): 437;
(compulsión por dependencia y): 445-446;
(conato de suministro en): 439-440;
(conservación de plantas y): 438;
(consumidor en el): 511;
(contravenciones y): 511-513;
(culpabilidad y): 443-446;
(cultivo de plantas y): 438;
(delito de peligro abstracto en): 440;
(delito y contravención en): 443;
(dosis personal y): 511-512;
("dosis superiores" y): 442;
(principio de favorabilidad y): 510;
(responsabilidad objetiva en): 444;
(tentativa y): 437-438;
(tipos de formulación casuista en): 434;
unidad natural de acción: 435-436;
y concurso de delitos: 434-435;
y Estado de derecho: 433;
y normas en blanco: 434;

y porte de marihuana: 444;
y salud pública: 441, 442;
para la defensa de la democracia
aspectos constitucionales: 212-215;
(comentario sobre el): 155-157;
como legislación extraordinaria: 4;
(crítica al): 211-231;
(inexequibilidad en el): 211;
("urgencia o fuerza mayor" en el): 157;
y el debido proceso: 156;
y estado de sitio: 4;
y la técnica legislativa: 211;
y normas relativas: 156;
de seguridad (inexequibilidad en el): 217.
Estupefacientes
(proyecto de convención sobre): 475-495;
(proyecto sobre)
asistencia mutua: 486-487;
capacitación para suprimir: 488-489;
cooperación en la represión: 488-489;
cultivo de plantas: 492-493;
disposiciones penales: 482-483;
elementos: 478-480;
extradición: 485-486;
fiscalización de insumos: 490-492;
identificación del producto: 483-485;
idoneidad de las sanciones: 482-483;
incautación del producto: 485;
interpretación de términos: 480-482;
localización del producto: 483-485;
materiales y equipos para fabricación: 492;
tráfico en el mar: 494;
y entrega vigilada: 489-490;
y servicios postales: 495;
zonas y puertos francos: 495.

-F-

Favor libertatis: 179, 182.

Flagrancia

(captura en): 4;
como indicio: 4;
(*raponazo* y): 3;
y procedimiento abreviado: 5.

-H-

Habeas corpus

y estatuto antiterrorista: 274-281;
y libertad personal: 280-281.

Hurto

(acción física en el)
elementos: 122;
jurisprudencia: 126-128;
calificado (tentativa en): 115-117;
(teoría de la disponibilidad en el): 120, 121-122, 126, 131.

Indemnización de perjuicios: 139.
Infracción
 (elementos naturales de la): 17-18;
 (noción de): 17;
 (teoría de la): en Francia: 20-22;
 y positivismo jurídico: 18;
 y teoría finalista: 19-20;
 y teoría neokantiana: 18-19.
Illatio rei: 119, 126.
Iter criminis: 3, 4.
Ius puniendi: 162.
 —J—
Juez
 como *bouche de la loi*: 424;
 (deontología del): 424;
 (ideales en la aplicación de la ley por el): 423;
 instructor
 y juez de conocimiento en procedimiento abreviado: 7;
 promiscuo
 y el auto de procedimiento: 5;
 y providencias con fuerza de ley procesal: 5;
 y dogmática: 15-16;
 y garantía de las libertades: 429;
 y jurisprudencia alternativa: 425; 426, 427;
 y realidad político-social: 78;
 y sujeto pasivo en delito de narcotráfico: 436-437.
Jurado de conciencia
 (comentario sobre el): 252-255;
 en 1850: 448;
 y Código de Procedimiento (1987): 244-255.
Jurisprudencia
 aplicación indebida del E. N. E.: 509-516;
 aprehensión sin orden judicial: 256-258;
 colisión de competencia: 235-237;
 debido proceso: 244-255;
habeas corpus: 274-281;
 jurado de conciencia: 244-255;
 "obediencia debida": 536;
 registro sin orden de autoridad: 256-268;
 sobre delito de rebelión: 519-522;
 sobre delito político: 523-526;
 sobre tentativa de hurto calificado: 118-131.
Jurista y dogmática: 15.
Justicia
 (contenido de la): 80;
 formal (peligros): 80;
 humana (imperfecciones): 81;
 (males de la): 452;
 social y pena: 68;
 técnica (sophisma): 423;
 y celeridad: 4;
 y derecho: 82-83.

Legislación
 como reflejo político: 5;
 de estado de sitio: 4, 5;
 penal de emergencia: 4.
Lesiones personales
 ("capitalización anticipada" en): 134;
 (liquidación de perjuicios en)
 daño emergente: 132-133, 134, 137
 daño material: 134;
 daño moral: 133, 134;
 incapacidad física: 134;
 lucro cesante: 133;
 (perjuicios materiales en): 136;
 (perjuicios morales en): 136;
 (perturbación funcional permanente en): 134, 138.
Ley logicoformal: 76.
Liberalismo juridicopolítico (contenido del): 60-61.
Libertad provisional
 (auto de detención y): 180;
 (condena condicional y): 180-181;
 en el Código de Procedimiento: 180;
 (exposición de motivos en el proyecto sobre la):
 182-183;
 interpretación doctrinaria: 187;
 interpretación sociológica: 183-186;
 (prohibiciones de): 180-181;
 y condena condicional: 185, 186, 187;
 y derecho de gentes: 183;
 y tratamiento penitenciario: 184.
Locupletatio: 119.
Lógica jurídica y axiología: 84-85.
Lucro cesante: 138.

Medidas de seguridad
 concepto fiscal: 350-351;
 (Corte y): 351-355;
 indeterminadas: 355-361.
Medios de comunicación
 de masas: 333-334;
 y comunicación entre espectadores: 334;
 y droga: 333;
 y sociedad industrial: 333;
 y sociedad tecnócrata: 334.
Movimiento descarceratorio
 en Estados Unidos: 91-110;
 y comunidad: 91-92;
 y "control en la comunidad": 91;
 y medidas alternativas: 92;
 y programa rehabilitador: 92.
Multa (Código español): 324-325.

Narcotráfico
 (acciones varias contra el): 502;
 corrupción y escándalo: 500;
 doctrina moral del Episcopado: 499-502;
 (Estatuto de estupefacientes y): 434;
 idolatría del dinero: 499-500;
 pecado de complicidad: 501;
 (responsabilidad contra el)
 de la autoridad civil: 502-503;
 de la familia: 504;
 de la Iglesia: 503-504;
 de los educadores: 504;
 de los medios de comunicación: 504-505;
 y atentado contra la economía nacional: 500-501.
Nullum crimen, nulla poena sine lege: 45.

Orden público (mecanismos de): 212.
Objeto del proceso: 136, 138.

Pacto social y libertad: 47.
País rico y país pobre
 (aplicación penal en): 63;
 (clase dirigente de): 62;
 (ideología en): 62;
 (grado de responsabilidad en): 62.
Pena
 (abolición de la): 68;
 como costo social: 67;
 como daño: 69;
 como mal: 66-68;
 de cárcel
 (carácter utilitario de la): 326;
 como prevención general: 326-327;
 (expiación y arrepentimiento de la): 326;
 (Estado y): 186;
 (humanitarismo de la): 69;
 (legalidad de la): 69;
 y anarquía: 67;
 y conciencia moral: 66-70;
 y condena de ejecución condicional: 185;
 y control social: 68;
 y escuela de la "Nueva Defensa Social": 184;
 y garantías constitucionales: 68;
 y justicia social: 68;
 y rama ejecutiva: 68-69.
Política
 criminal y terrorismo: 52, 54;
 sobre drogas: 460-462.
Positivismo jurídico (contradicción del): 76, 77.
Presunción de inocencia
 como garantía: 182;
 en el Código de Procedimiento: 182;

(principio de): 182.
Pretium doloris: 135, 137.
Principio
 de consunción: 527;
 de culpabilidad y estatuto antiterrorista: 220-222;
 de determinación
 en la ley penal: 216;
 (naturaleza del): 216;
 del acto
 (definición de): 219;
 y estatuto antiterrorista: 219-220;
 y tipicidad: 219-220;
 de la racionalidad: 26-27;
 de la legalidad
 como derecho personal: 22-23;
 de los delitos y las penas: 349;
 origen político: 22;
 y derechos humanos: 47;
 y el métodos objetivo: 23-24;
 y Estado de derecho: 45;
 y la dogmática: 22-26;
 y la interpretación: 24-26;
 y la irretroactividad: 46;
 del restablecimiento del derecho: 136-137;
 de presunción de inocencia
 y pactos internacionales: 182;
 y *favor libertatis*: 182;
 de privación de la libertad como excepción: 182;
 de proporcionalidad de la pena: 529;
 de separación de poderes y estatuto antiterrorista: 269;
 de tipicidad
 inequívoca y estatuto antiterrorista: 269;
 (jurisprudencia sobre el): 217;
 y estatuto de seguridad: 217.
Prisión
 etapas históricas: 326-327;
 fábrica: 326;
 monarca: 326;
 ("orientación resocializadora" de la): 326-327;
 y ámbito
 jurídico: 327;
 penitenciario: 328;
 social: 327.
Procedimiento
 abreviado
 (auto de fijación de procedimiento en): 5;
 como híbrido: 6, 7;
 (dificultades del): 5;
 (peligros del): 5, 6;
 (recorte de garantías de las partes en el): 6;
 y audiencia: 4, 5, 7;
 y confesión simple: 4, 5;
 y delincuencia menor: 3;
 y el juez de conocimiento: 5, 6;
 y el raponazo: 3, 5;
 y estado de sitio: 4;
 y falsedad documental: 3;

Procedimiento (Cont.)

y flagrancia: 4, 5;
y la competencia: 6;
y la libertad del hombre: 7;
y la organización judicial: 4;
y las excepciones: 4;
y los recursos: 5, 6;
y medida de aseguramiento: 4;
y nulidades: 4;
y pruebas (dificultad): 4, 5;
(concepto de): 167;
(naturaleza jurídica del): 168;
penal
(finalidad del): 162-163;
como garantía: 161-164;
y *jus punendi*: 167;
y proceso: 167.

—R—

Reformatio in pejus: 135.
Resarcimiento del daño: 132-136.
Revolución francesa y el derecho penal: 14-15.

—S—

Sindicato amarillo: 313-314.
Sistema penal
(control social y): 321;
(pilares del): 321.
Sociedad en conflicto: 422.

—T—

Tentativa de hurto calificado
acción material: 119-122;
frustración: 128-130;
momento consumativo: 120;
(sentencia de): 115-117.
Teoría
de la disponibilidad en el hurto: 120, 121-122,
126, 131;
de la equivalencia de las condiciones: 29-30;
de la infracción (dogmática y): 16-22;
de la relación de causalidad: 27-32;
finalista de delito: 19.
Tercero civilmente responsable: 367-373.
Terrorismo
(agravaciones en el): 35;
como problema político: 51;
(concepto jurídico deficiente de): 53;
(delación y): 57;
(delincuencia común y): 56;
(pena y): 55-56;
(resocialización y): 56;
y espacio político: 52;
y legislación española (disfunción entre): 52-53;
y política criminal: 50-57.

—U—

Unidad delictual
(estatuto de estupefacientes y): 435-436;
en lesiones personales: 436.
UPAC y corrección monetaria: 139.

NOTAS

NOTAS

Esta revista se terminó de imprimir en los
Talleres de Nomos Impresores, Bogotá,
el día 21 de abril de 1989.

LABORE ET CONSTANTIA