

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

Radicación 44891

(Aprobado Acta No. 212)

SP - 7600 - 2015

Bogotá D.C., junio diecisiete (17) de dos mil quince (2015).

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado JUAN DIEGO MADRIGAL PESCADOR, contra la sentencia a través de la cual el Tribunal Superior de Manizales, tras revocar la sentencia absolutoria de primera instancia, condenó al mencionado por el cargo de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

ANTECEDENTES:

1. Hacia las 12:30 de la madrugada del 14 de enero de 2013, en el Barrio La Plazuela de Riosucio (Caldas), miembros de la Policía Nacional sometieron a una requisa a JUAN DIEGO MADRIGAL PESCADOR y descubrieron que llevaba consigo, en un bolso “canguro”, una parte de una planta de marihuana recién cortada (tallos, semillas y hojas) que pesó 124,1 gramos.

2. El 2 de mayo de 2013 la Fiscalía le imputó a MADRIGAL PESCADOR la conducta de

portar estupefaciente (Art. 376, Inc. 2º del C.P.) y éste no se allanó a los cargos. La audiencia de formulación de acusación tuvo lugar el 29 de julio de 2013. Luego, tras la celebración de las audiencias preparatoria y de juzgamiento, el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio (Caldas), mediante providencia del 21 de marzo de 2014, absolvió al procesado.

3. La Fiscalía apeló ese pronunciamiento y el Tribunal Superior de Manizales lo revocó a través del fallo recurrido en casación, expedido el 30 de julio de 2014. En su lugar, condenó al acusado a 64 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa de 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes en 2013. Se ordenó su retención inmediata para ejecutar la pena privativa de la libertad en establecimiento carcelario. Tras su captura, el despacho judicial de primera instancia le otorgó la prisión domiciliaria el 2 de diciembre de 2014. Bajo ese régimen se encuentra actualmente.

LA DEMANDA:

Cargo único. Violación directa de la ley sustancial.

Señaló el defensor que la conducta de su representado no le causó lesión al bien jurídico de la salubridad pública. Llevaba consigo una mata de marihuana, no muy grande, que no se podía consumir por “su estado verdoso”. No la estaba comercializando y la ley autoriza la conservación de hasta 20 plantas de ese tipo. Le pidió a la Corte, en consecuencia, casar la sentencia del Tribunal y confirmar el fallo absolutorio de la primera instancia.

ACTUACIÓN ANTE LA CORTE:

En la audiencia de sustentación oral intervinieron el defensor público, la Fiscal Delegada ante la Corte y la Procuradora Delegada ante la Corte.

1. El defensor.

Admitió que su representado llevaba consigo una mata de marihuana –no se demostró que la portara con intención de comercializarla— y que su comportamiento, aunque se adecuaba al artículo 376 del Código Penal, carecía de antijuridicidad material porque la conducta no lesionó derechos ajenos. No se lesionó o puso en peligro, en fin, el bien jurídicamente tutelado de la salud pública y, por ende, procede la absolución de su asistido.

2. La Fiscal ante la Corte.

Respaldó la pretensión del recurrente en casación, con apoyo en los siguientes argumentos:

2.1. Se probó –y así lo estipularon las partes— que JUAN DIEGO MADRIGAL PESCADOR llevaba consigo “ramas de una planta vegetal en estado verdoso”, las cuales pesaron 124.1 gramos.

2.2. El artículo 376 del Código Penal sanciona el tráfico, la fabricación o el porte de estupefacientes. El 375 ibídem penaliza cultivar, conservar o financiar plantaciones de marihuana o cualquier otra planta de la que pueda producirse droga que produzca dependencia o más de cierta cantidad de semillas de dichas plantas.

2.3. El artículo 2º, literal ñ), de la Ley 30 de 1986 define “plantaciones” como la pluralidad de plantas en número superior a 20 de las que puedan extraerse drogas que causen dependencia.

2.4. Por “planta” se entenderá, en concordancia con artículo 2º del Decreto 3788 de 1986 –reglamentario de la Ley 30 del mismo año—, el ser orgánico que vive y crece y, además, “el que ha sido arrancado de la tierra o del

cual se conserven sus hojas”.

2.5. Una interpretación sistemática de las normas anteriores conduce a concluir que “la conservación de plantas de marihuana en cantidad igual o inferior a 20 no es punible siempre y cuando no tenga por objeto su tráfico, comercialización o distribución”. Como en el presente caso no se demostró ninguna de éstas finalidades, se impone casar la sentencia impugnada “ya sea a partir de la tesis que plantea la defensa relativa a la ausencia de antijuridicidad material por insignificancia o falta de lesividad del comportamiento” o bien “por falta de tipicidad de la conducta”.

3. La Procuradora.

Comúnmente, según información obtenida en internet –advirtió la Delegada— para que la marihuana esté apta para consumirla en cigarrillos, pipas o vaporizadores, se requiere someter la planta a un proceso de secado. La sustancia, sin embargo, también se puede fumar verde y utilizar en tortas, galletas o infusiones. Sólo que en éste estado el efecto alucinógeno es menor y le causa al consumidor que la aspira toz, dolor de cabeza y eventuales infecciones respiratorias.

El artículo 376 del Código Penal, a su turno, no diferencia entre marihuana seca y marihuana verde. Esto significa que la última, salvo cuando se trata de “plantas completas con raíz y fijadas al suelo” así sea en macetas, puede ser objeto –al igual que la sometida al proceso de secado— del delito de tráfico de estupefacientes sancionado en esa disposición.

En concordancia con los medios de prueba, al implicado se le encontraron en su poder “unas ramas separadas de la planta que contenía hojas, tallos, semillas y cogollos de marihuana recientemente cortados como que estaban aún verdes con un peso total neto de 124 gramos 100 miligramos”. Para la Procuradora, en consecuencia, si no se trataba “de una planta completa y sembrada”, sino de una parte de ella

separada del suelo, era subsumible la conducta de llevarla consigo en el artículo 376 del Código Penal.

Esa cantidad de “cannabis verde”, finalmente, conjugada con el hecho de que no se demostró que su portador MADRIGAL PESCADOR presentara “algún nivel de adicción” y que el destino de la sustancia fuera su consumo o “un uso no psicoactivo”, son circunstancias que imponen concluir que se está ante una conducta lesiva de la salud pública que se debe sancionar.

A juicio de la Agente del Ministerio Público, entonces, el cargo no está llamado a prosperar.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. Para la solución del problema jurídico que plantea el cargo propuesto por el defensor del acusado, a partir del cual se suscitó el debate que tuvo lugar en la audiencia de sustentación de la demanda de casación, es fundamental que la Sala dilucide si lo incautado la madrugada de los hechos a JUAN DIEGO MADRIGAL PESCADOR era una planta o una droga causante de dependencia.

2. El artículo 375 del Código Penal contempla como conducta delictiva cultivar, conservar o financiar, sin permiso de autoridad competente, “plantaciones de marihuana o cualquier otra planta de las que pueda producirse cocaína, morfina, heroína o cualquiera otra droga que produzca dependencia, o más de un kilogramo de semillas de dichas plantas”.

El artículo 376 de la misma obra, a su turno, consagra como delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes introducir al país o sacar de él, transportar,

llevar consigo, almacenar, conservar, elaborar, vender, ofrecer, adquirir, financiar o suministrar a cualquier título, sin permiso de autoridad competente, “droga que produzca dependencia”.

Las definiciones de “plantaciones”, de “estupefacientes” y de “droga que produzca dependencia” contempladas en las normas acabadas de mencionar, no las dejó el legislador al arbitrio del intérprete de la ley. Las precisó en el artículo 2º de la Ley 30 de 1986 o Estatuto Nacional de Estupefacientes, en los siguientes términos:

“ñ) Plantación: es la pluralidad de plantas, en número superior a veinte (20) de las que pueden extraerse drogas que causen dependencia”.

“a) Droga: Es toda sustancia que introducida en el organismo vivo modifica sus funciones fisiológicas”.

“b) Estupefaciente: Es la droga no prescrita médicamente, que actúa sobre el sistema nervioso central produciendo dependencia”.

“f) Dependencia Psicológica: Es la necesidad repetida de consumir una droga, no obstante sus consecuencias”.

A su turno el Decreto 3788 del 31 de diciembre de 1986, a través del cual el Presidente de la República reglamentó la Ley 30 del mismo año, estableció en su artículo 2º –como lo recordó la Fiscal Delegada ante la Corte— que para los efectos previstos en ese Estatuto

“cuando se mencione la palabra planta se entenderá no sólo el ser orgánico que vive y crece sino también el que ha sido arrancado de la tierra o del cual se conserven sus hojas”.

3. Traduce lo precedente que no le asiste la razón a la Agente del Ministerio Público. Aunque quizás acierte al advertir que la mata de marihuana, desde luego verde, produce un efecto alucinógeno menor y se puede hasta fumar –no obstante los malestares asociados a ese tipo de consumo—, está fuera de lugar proponerle a la Corte, en función de ello, que acoja una noción de “planta” distinta a la delimitada por la ley.

Ahora bien, si a diferencia de como lo sugirió la Procuradora, planta no es solamente el ser orgánico que vive y crece adherido al suelo, sino “el que ha sido arrancado de la tierra o del cual se conserven sus hojas”, claramente resulta equivocado expresar que la descubierta en poder del procesado, así no fuera una planta completa sino una parte de ella, se ajuste al concepto de “estupefaciente” o de “droga que produzca dependencia” a que se refiere el artículo 376 del Código Penal. Era una planta en concordancia con el artículo 2º del Decreto Reglamentario 3788 de 1986 y, en consecuencia, si se tiene en cuenta que el artículo 375 del Código Penal únicamente penaliza cultivar, financiar o conservar más de 20 plantas de las que pueda extraerse droga que produzca dependencia, se concluye sin discusión que el Tribunal violó directamente el artículo 376 del Código Penal por aplicación indebida, al atribuirle a JUAN DIEGO MADRIGAL PESCADOR como tráfico de estupefacientes la conducta de conservar una planta de marihuana o una parte de ella, la cual no estructura –por la razón ya dicha— el delito de “conservación o financiación de plantaciones” descrito en el artículo 375 del Código Penal.

Así las cosas, se casará la sentencia impugnada y, constituida la Sala como Tribunal de segunda instancia, confirmará la sentencia absolutoria de la primera instancia, exclusivamente con fundamento en las consideraciones aquí manifestadas.

Como el procesado se encuentra privado de su libertad en prisión domiciliaria, se dispondrá su libertad inmediata e incondicional en razón de este proceso.

En virtud de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1. CASAR el fallo impugnado, expedido por el Tribunal Superior de Manizales el 30 de julio de 2014. SE CONFIRMA, en su lugar, la sentencia de la primera instancia mediante la cual se absolvió al procesado JUAN DIEGO MADRIGAL PESCADOR del cargo de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes por el cual lo acusó la Fiscalía.

2. SE ORDENA, en razón de este proceso, la libertad inmediata e incondicional de JUAN DIEGO MADRIGAL PESCADOR. Por secretaría, envíense las comunicaciones a que haya lugar.

3. PRECISAR que corresponde al Juez de primera instancia proceder a la cancelación de los compromisos adquiridos por el procesado en virtud de la presente actuación.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria