

Juzgado Primero Penal del Circuito de Buga

Consumo de drogas y trastorno mental transitorio sin secuelas

El juzgado declara inimputable por trastorno mental transitorio sin secuelas a una persona que bajo los efectos del "basuco" es inducido por agentes de la policía a adquirir más droga, con el fin de dar con el lugar donde se expende la misma. El sujeto es declarado responsable como autor inimputable, pero se prescinde de la aplicación de medidas de seguridad.

Juez: Dr. CARLOS HERNANDO ESCOBAR MELO
Noviembre 21 de 1988

Comentario: NODIER AGUDELO BETANCUR y JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA *

Hechos y actuación procesal:

PHANOR H. C. fue capturado por unidades de la policía local luego de que descuidadamente fuera visualizado en una esquina de la carrera 18 con calle 1ª de esa ciudad, dedicado al consumo de basuco. Uno de los agentes decidió entonces solicitarle que compartiera (como un drogadicto cualquiera) su cigarrillo con él, cosa que no pudo hacerse pues el procesado ya lo estaba terminando, a lo cual el camuflado agente le inquirió por el sitio de venta del alcaloide para allí adquirir basuco por el equivalente a mil doscientos pesos (\$ 1.200.00) una de cuyas papeletas regalaría al procesado por el favor que le hacía. Fue así entonces que PHANOR aún bajo los efectos de lo consumido se dio a la tarea de bus-

car el alcaloide para su ocasional amigo con la esperanza de su porción en el trato y después de dar muchas vueltas por la ciudad por fin ubicó el sitio de venta y adquirió allí las papeletas que entregó al agente RIANO, el que portador de la evidencia se identificó como agente de la Policía procediendo al decomiso de la sustancia y a la captura del implicado.

El porte fue negado por PHANOR en su indagatoria, señalando en cambio un irregular procedimiento policiaco y la exigencia de aquellos de una elevada suma de dinero para solucionar el problema, dice que en su poder nada fue encontrado y que si alguna persona es responsable lo es el mismo policía que lo detuvo (fol. 19 v.). Por tal proceder al resolverse

* Profesores de derecho penal de las Universidades de Antioquia y de Medellín, respectivamente.

su situación jurídica le fue decretada como medida de aseguramiento la detención preventiva, calificado el mérito sumarial fue citado a audiencia pública como presunto autor responsable de violación al Estatuto Nacional de Estupefacientes (fol. 73), previo concepto del ministerio público que encontró al sindicado inmerso en una contravención policiva. Allegadas varias pruebas en la etapa del juicio, en el acto público de audiencia, el fiscal reiteró su pedimento de nulidad para enviar las diligencias al funcionario competente haciendo varias anotaciones relativas a la personalidad del agente y al procedimiento del que se valieron los policías. La defensa, haciendo eco de lo anterior y considerando la drogadicción del procesado, considera (sic) que hubo una verdadera coacción de parte de los uniformados, presión que al inducirlo al consumo de la droga lo hace inocente de los cargos formulados. En escrito que adjuntó desarrolla el tema de la utilización engañosa que se hizo del sindicado, para prácticamente provocarle a la comisión del punible, insistiendo en la verdadera intención del procesado cual era la del simple consumo para su satisfacción propia. Esa calidad, unida a la inducción de los agentes en procedimiento criticable éticamente según la defensa, le lleva a solicitar la absolución de PHANOR.

Fundamentos legales y probatorios:

En el proceso adelantado contra PHANOR, independientemente del número de papeletas a él incautadas, en el procedimiento policíaco que mirado superficialmente poco se aparta del común de ese tipo de actuaciones, hay un aspecto que vale la pena analizar no tanto como para concluir que lo realizado por el procesado constituye un acto contravencional como lo ha venido pregonando el ministerio público, sino para desentrañar un aspecto tocado por este tangencialmente en el acto público de audiencia atinente al "estado de anormalidad que presentaba al momento en que ocasionalmente fue interceptado por el policía".

El procedimiento ejecutado por los agentes, no puede ser censurado *a priori* por el despacho, más cuando permitió la ubicación de una residencia en la que era patente la venta de alucinógenos, de ordinario y en el plano práctico una buena pista a seguir la proporcionan los habituales consumidores de estupefacientes, los que ubicados e identificados inevitablemente conducen al lugar de venta, actividad mucho más censurable cuando comporta el ánimo de lucro mediante el tráfico, expendio, suministro o comercio a terceros, actividad a la que muy seguramente se dirigió en principio la legislación para su represión y castigo, antes que la pena del simple toxicómano, finalidad que como ya antes el Despacho lo ha expresado parece desdibujarse un poco con la exigua dosis personal fijada en el Estatuto. La actuación policial resumida en la utilización del procesado PHANOR para por su intermedio adquirir la mortal droga, no solamente lo hizo aparecer como portador de basuco en cantidad que superó la dosis permitida, sino que de acuerdo con la prueba obrante, determinó un posterior operativo en la residencia donde adquirió las papeletas, con resultados positivos que determinaron la captura de dos personas, proceso que adelantó otro Despacho y cuya decisión final no incide en estas diligencias.

Tal vez en este proceso como en ninguno anterior examinado por este despacho a partir de la vigencia del decreto 1582 de 1988, sea tan palpable la diferencia existente entre el drogadicto y el traficante, diferencia que más de una glosa motivó para angustiosamente señalar cómo el equiparamiento punitivo de ambas figuras a más de ser un contrasentido era una notoria injusticia, citando para ello varias veces a la Honorable Corte Suprema de Justicia, que bajo la vigencia del decreto 1188 y en vigor la posibilidad de acudir a la peritación medicolegal para determinar la dosis personal anotada refiriéndose al drogadicto como "suele ser la víctima de ese comercio" y debe ser mirado "como lo que comúnmente es, vale decir, un enfermo, susceptible

más bien de recibir tratamiento médico antes que una pena". Pero lamentablemente el inusitado vigor de la norma y su notoria drásticidad, plasmó finalmente una medida de política criminal que eliminó la científica posibilidad de intervención médica para fijar la dosis personal cortando al mismo tiempo la interpretación judicial en ese sentido, haciendo rígido el esquema dentro del cual debe moverse el fallador y dando en cambio posibilidad de caer en casos de responsabilidad objetiva en abierta contradicción con los principios generales que orientan la legislación.

La ley 30 de 1986 al penar a quien lleve consigo sustancia estupefaciente salvo lo dispuesto para dosis personal, estableció una presunción *juris et jure*, en contra del sujeto portador. "El porte con el fin de consumo solo puede ser aceptado dentro de los parámetros del ordinal j) del artículo 2° de la citada ley 30, pues allí, se repite, quedó establecida la cantidad necesaria para satisfacer la adicción".

Para el Despacho el procedimiento policivo ejecutado no solamente fue claro en cuanto a que lo narrado en el Despacho fue una fiel reproducción de lo ocurrido en la noche del ocho de julio de ese año (8-VII-88), siendo las manifestaciones de los agentes contundentes en cuanto a la señalización e identificación del procesado así como a la descripción de la conducta que este ejecutaba. Es un hecho probado el del porte de la sustancia pese a la negativa del procesado, como también es un hecho establecido que los agentes al ubicar al presunto infractor y aparentando ser particulares, deciden inquirir por la letal sustancia siendo conducido uno de ellos por diversos lugares hasta dar con la casa en donde le es vendido el estupefaciente para luego de ello y ya siendo PHANOR portador de la evidencia proceder a su identificación como agentes de la Policía, a la incautación del material y a la captura del implicado. Hasta allí todo muy simple, todo muy sencillo, pero ocurre que la utilización que se hizo de PHANOR fue facilitada por el estado de drogadicción que

presentaba al momento de su captura, estado de consumidor coetáneo a su retención y del que los mismos agentes suministran información cuando por ejemplo afirman:

"Él me dijo que esperara, que esperara un momentico que él se acabara de fumar eso ..., y como andaba todo embazucado me hizo andar hasta por allá por el Hospital y no sabía donde era que le habían vendido ... (fol. 20 v.). Más adelante se agrega: "en el recorrido que dije antes o sea por allá por el Hospital volvió y me subió otra vez porque andaba embalado (sic) y no se acordaba donde quedaba ese sitio ..." (fol. 21). "cuando yo me le acerqué y le dije que me diera un toque el me contestó que ya estaba para acabarse ...".

Existen suficientes datos como para inferir que al momento de la captura y a lo largo de todo el procedimiento, el procesado se encontraba bajo el influjo del basuco que acababa de consumir, por lo que también razonablemente puede concluirse que tratándose de un comprobado enfermo, de un drogadicto el impulso irresistible de conseguir la droga de cualquier manera, minaba severamente su capacidad de determinación.

Porque, y es bueno aclararlo de una vez, PHANOR al igual que cientos de compatriotas antes que ser explotador económico de tan reproducible negocio, es una víctima más de ese comercio y el expediente suministra datos más que suficientes que patentizan su lamentable drogadicción, la que pese a los ingentes esfuerzos familiares no ha podido ser superada. Que es adicto lo dice él mismo desde su indagatoria sin tapujos: "yo no soy expendedor, ni vendedor, ni traficante de basuco, soy consumidor, solo consumidor y dependo de lo que mi negocio me puede dejar para comprar para mi consumo personal y además cuento con el apoyo moral y económico de mi señor padre que se da cuenta que consumo eso, es mi problema, hace como un año que consumo ese estupefaciente". En el transcurso de la investigación se solicitó además constancias de fundaciones particulares para que ellas enviaran certificaciones del tratamiento

de desintoxicación al cual fue sometido revelando el examen médico signos de ser consumidor ocasional de estupefacientes, consumo al que se veía obligado "para matar la desesperación" según palabras de JUAN BAUTISTA H. M. (fol. 13) reiterando el despacho que los propios agentes que realizan la captura indican alguna descoordinación temporoespacial como reflejo de su estado de "embazucamiento" que lo llevó a varios lugares de la ciudad de Buga sin lograr ubicar con exactitud el sitio de venta del alcaloide.

Teniendo en cuenta que el procesado es un comprobado consumidor de droga (fols. s. 17 a 19, 20 v., 21, 22, 47, 48, 51 a 53, 57, etc.) y aún cuando los efectos de la misma sobre él no fueron siquiera anotados dentro de la lacónica experticia, ello no puede ser obstáculo para dejar de admitir lo que es casi un hecho notorio en materia de estupefacientes a nivel de consumidores habituales: el drogadicto tiene necesidad del fármaco para aliviar por lapsos razonables de tiempo la ansiedad que produce la enfermedad, ampliamente difundido los efectos estupefacientes sabemos que la tolerancia o acostumbamiento del organismo al uso de algunos productos induce al incremento paulatino de la droga para sentir sus efectos, de donde la ingestión habitual del alcaloide como en el caso del procesado PHANOR, determinaba las alteraciones depresivas y de angustia narradas por su padre, siendo necesario como en la gran mayoría de los casos, la ingestión con mayor frecuencia de dosis que en el caso de PHANOR podían ser más altas solo cuando sus recursos se lo permitían, sin querer sustituir al médico en su misión (cumplida en el caso de autos con ostensible desdén), es evidente que el procesado es un toxicómano, una persona habituada al consumo de basuco y que requiere normalmente de él para "permanecer despierto hasta las doce o una de la noche" (sic) que es la hora la cual dice, "yo cierro" para volver a estar levantado a las cuatro y media de la madrugada para ir de compras en la galería, entonces eso me da vitalidad, deseos

de trabajar y me quita el sueño", el efecto estupefaciente así narrado al que acude generalmente al finalizar sus labores, se le ofrecía entonces sin dificultad por el agente RIANO la noche de autos, y si ya había dado comienzo al consumo, si nuevamente caía en el abismo insondable de la severa drogadicción que padece, la tentación de prolongar el consumo era mayor que su ya escasa y perturbada voluntad. No podemos olvidar que el señuelo del que se vale el agente de policía es la promesa de regalarle una papeleta de basuco si le indicaba dónde podría adquirirlo facilitándole de inmediato el dinero, esa posibilidad para un enfermo equivale a regalarle mazo de barajas al jugador, o la botella de licor al alcohólico; es tal la necesidad y el acoso del enfermo que casi que inevitablemente sucumbe, por lo que su voluntad así esté presente, no es libre pues solo tiene ante sí la posibilidad de las nuevas sensaciones de la droga, la esclavitud a la que no puede sustraerse, el estímulo del que requiere para funcionar normalmente. Cómo exigir un comportamiento diferente cuando al impulso "irresistible del consumo se agrega la posibilidad inmediata y tranquila de gozarlo"; el drogadicto así no haya llegado al extremo de la intoxicación crónica, en casos como el presente no puede determinarse a otra cosa que no sea la satisfacción de su ansiedad y mirada objetivamente la conducta, el ánimo que la inspiró no fue otro que la finalidad y necesidad de consumo, por lo que se descarta la intención del tráfico.

La imputabilidad como fenómeno jurídico no es patrimonio exclusivo de ningún delito en particular, existiendo la posibilidad aún en las infracciones de ley 30 de que al momento de ejecutar el hecho el agente "no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con su comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental". En el caso a estudio que compromete la psiquis de un drogadicto inducido hábilmente por agentes del orden a la consecución de mayores cantidades de droga, tenemos la

presencia comprobada del alucinógeno en el momento de ser solicitado por el agente de policía, para quien el olor inconfundible del basuco que dimanaba del cigarrillo del procesado era indicio indiscutible del actual consumo de PHANOR, motivándolo, induciéndolo y arrastrándolo nuevamente a su problema. Ya en su organismo la sustancia estupefaciente, no es descabellado sostener que el trastorno mental de allí derivado le impedía al sujeto obrar en forma diferente; la enfermedad de la drogadicción a más de efectos físicos le impide al sujeto darse cuenta de su autodestrucción por lo que está inhabilitado para determinarse conforme a derecho, rechazando lo irrechazable por ser una necesidad biopsíquica. Tratándose de una personalidad ya dispuesta a la drogadicción, siendo coetáneo el consumo a la solicitud policial, el disminuir o poner en peligro el bien jurídico de la salubridad pública de parte de PHANOR fue condicionado por su estado de toxicómano lo que le impedía un comportamiento lícito. Necesariamente debemos ir más allá del breve y superficial examen médico que no encuentra secuelas en el consumo ocasional de estupefacientes de parte del procesado, para señalar que hay situaciones en las cuales aun con un examen médico deficiente, aparece como indubitable que estamos en presencia de un su-

jeto con severo menoscabo de su capacidad de determinación.

En el caso presente hemos entonces de reconocer la autoría del tipo penal por el cual fuera citado a audiencia pública el procesado, pero prescindiendo de la imposición de medidas de seguridad alguna por tratarse de un *inimputable*, por trastorno mental sin secuelas de conformidad con el artículo 33 del Código Penal.

Por lo brevemente expuesto, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Buga, Valle, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

Resuelve:

1) Declarar responsable como autor inimputable de violación a la ley 30 de 1986 (*Estaduto Nacional de Estupefacientes*) al señor PHANOR H. C., natural de Cali, con 29 años de edad por la época de los hechos, hijo de Juan Bautista y Doris, identificado con la C. C. N° 16.631.443 expedida en Cali, de profesión comerciante.

2) Prescindir de la aplicación de medida de seguridad alguna de acuerdo al inciso 2° del artículo 33 del Código Penal.

3) Como consecuencia de lo anterior libre orden de excarcelación.

Copíese, notifíquese y cúmplase.

COMENTARIO

Dos son los aspectos que queremos destacar de esta importante providencia:

1. El primero se refiere a un tema sobre el cual no se detiene el juzgador, pese a que, en nuestra opinión, de la posición que se asuma al respecto depende la existencia misma del delito en cuestión. Nos referimos a la conducta desplegada por los agentes de policía para capturar al procesado, pues consideramos que dicha conducta, como lo insinuaron el agente del ministerio público y el abogado defensor, podría encuadrarse dentro de la problemática figura del "agente provocador". En efecto, si "agente provocador" es aquel que interviene como co-autor, inductor o cómplice en un delito (tentado o consumado), "con el fin de que los demás

intervinientes lo intenten idónea o inidóneamente o lo consumen, para que resulten convictos, por parte de un particular o de un funcionario con deber específico de investigación criminal"¹, no cabe duda que los agentes de policía actuaron como provocadores, pues su intervención determinó la conducta del procesado; siendo así, los agentes de policía podrían ser considerados, en principio, como inductores del hecho.

La problemática del "agente provocador" impone, pues, la valoración del hecho en su totalidad, esto es, incluyendo tanto la conducta del provocado como la del provocador. Luego no se trata de censurar *a priori* el procedimiento policivo —como piensa el juez—, sino de establecer en qué medida dicho procedimiento influyó en la configuración o no del delito.

En lo que respecta a la tipicidad del comportamiento del procesado, puede aceptarse que el mismo se adecua al tipo contenido en el art. 33 de la ley 30 de 1986 ("llevar consigo ..."). El problema se presenta, en nuestra opinión, en relación con la antijuridicidad material del hecho, pues si aceptamos que el bien jurídico protegido en este delito es la salud pública², en el presente caso todo parece indicar que dicho bien jurídico nunca fue lesionado o puesto en peligro, no solo por la insignificante cantidad de droga incautada, sino también, y sobre todo, porque la conducta desplegada por los agentes hacía imposible la afcción del bien jurídico, caso en el cual no se configura el injusto por falta de antijuridicidad material (art. 4º del C. P.). En consecuencia, desde este punto de vista la conducta del procesado (provocado) es penalmente irrelevante, al igual que la de los agentes (provocadores-inductores), conforme a la teoría de la accesoriedad limitada de la participación, según la cual solo es punible la participación en el hecho injusto (típico y antijurídico) de otro. Ello, además de no afectar el carácter delictivo del hecho descubierto a raíz del operativo policial (venta de basuco), hubiera podido evitar la menos sólida tesis del trastorno mental transitorio esgrimida por el juez, tesis que, en nuestra opinión, se fundamenta más en el deseo de hacer efectiva la justicia material en el caso concreto que en una correcta dogmática del delito, cosas que, por cierto, no tienen por qué ser incompatibles.

Ahora bien, si se entiende que la conducta del procesado es típica y antijurídica, como se hace en la providencia, parece difícil desvirtuar, como dijimos al comienzo, la participación punible de los agentes de policía. A no ser que se diga que obraron amparados por la causal de justificación "cumplimiento de un deber legal" (art. 29-1, C. P.), caso en el cual cobran vigencia las palabras de ZAFFARONI: en todos los casos en que está presente el deber jurídico del funcionario, "hay un bien jurídico que es necesario tomar en cuenta, porque entra en el conflicto y debe salir incólume

¹ E. R. ZAFFARONI, "Consideraciones acerca del 'agent provocateur', en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 22, Bogotá, 1984, pág. 9 (subrayados textuales). Sobre el "agente provocador" véase, además, a L. F. RUIZ ANTON. *El agente provocador en el derecho penal*, Madrid, Edersa, 1982, y G. GARCÍAS PLANAS, "Consideraciones en torno al agente provocador", en *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, núm. 4, Mallorca, 1982, págs. 81 a 90.

² Cfr. F. VELASQUEZ, *Las drogas. Aspectos: histórico, sustantivo y procesal*, Medellín, Colegas, 1989, págs. 53, 54 y 70.

del mismo: se trata de la imagen pública del Estado como proveedor de seguridad jurídica. El funcionario carga con esa representación y el Estado de derecho debe permanecer al margen de cualquier sospecha de intervención criminal, so pena de provocar una mayor crisis, al generar dudas sobre su autoridad ética para punir. Cuando el Estado sacrifica su propia imagen, cuando da lugar a la impresión —o a la mera sospecha— de que se vale de los mismos medios que los que violan sus normas, reduce su condición a la de una fuerza en una mera pugna de fuerzas y, con ello, pierde toda autoridad ética, conservando únicamente la que se deriva de su propia fuerza. Esto es la quiebra del Estado de derecho y, por ende es el Estado de derecho mismo el que entra en juego, en cuanto a su imagen pública, en cualquier caso en que es menester determinar el alcance del deber jurídico del funcionario investigador que actúa por medio provocatorio"³.

2. Por otra parte, y ya en relación con la solución dada al caso concreto, teniendo en cuenta la importancia de la providencia que se comenta, no podemos pasar por alto una corta observación sobre algo que aparentemente es de forma pero que, en verdad, nos lleva a reflexionar sobre una cuestión de mucho fondo en materia de trastorno mental transitorio.

Si se afirma que el trastorno mental fue transitorio *sin secuelas*, parece a nuestra manera de ver cuestionable que se diga que se *prescinde de la aplicación de la medida de seguridad*, conforme al art. 33 inciso 2º del C. P. La providencia en esto parece estar orientada por la tesis de REYES ECHANDÍA, autor que sostenía que también en caso de trastorno mental transitorio sin secuelas había que llevar al procesado hasta la sentencia y allí excluirlo de pena⁴.

Empero, si nos remontamos a la historia de la regulación de la figura del trastorno mental transitorio sin secuelas, no parece correcta esta posición. Como se sabe, el trastorno mental transitorio del Código Penal de 1980 viene a ser la *sugestión patológica* del Código Penal de 1936, que era una causal de inculpabilidad⁵. Dicho en otras palabras, parece que este fenómeno ataca la responsabilidad y no solamente la pena, no es solo una causal de no punición sino que, de acuerdo con las orientaciones de la Escuela Clásica, no hay lugar a responsabilidad porque el sujeto obra sin imputabilidad moral; de igual forma, tampoco hay responsabilidad conforme a la Escuela Positivista, porque el sujeto no ofrece peligro de daño para los demás (nos referimos a las dos orientaciones doctrinarias que más han influido en nuestro medio jurídico penal). En resumen, parece que se debiera afirmar, mejor, que no se aplica la sanción (medida de seguridad) por no existir responsabilidad penal.

Bastan las anteriores breves anotaciones para crear la inquietud y la polémica sobre estos puntos de tan importante providencia.

³ E. R. ZAFFARONI, "Consideraciones ...", cit., pág. 18.

⁴ A. REYES ECHANDÍA, *La imputabilidad*, Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1984, págs. 196 a 206.

⁵ Puede orientar al respecto, N. AGUDELO BETANCUR, "El trastorno mental transitorio como causal de inimputabilidad en el nuevo Código Penal", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 6, Medellín, 1980.