

# Tribunal Superior de Medellín

## INIMPUTABILIDAD Y PARTICIPACIÓN CRIMINAL. MEDIDAS DE SEGURIDAD Y EXCARCELACIÓN

Magistrado ponente: Dr. JAIME TABORDA PEREÁÑEZ

Existe la participación criminosa por parte de un inimputable que en momento oportuno presta un arma para que un imputable ultime a otro sujeto.

En el caso de que el sujeto vaya a ser sometido a la medida de seguridad de libertad vigilada (Código Penal de 1936), puede haber lugar a la entrega de él al cuidado de su familia, desde el momento de calificar el mérito del sumario, lo que sería una interpretación analógica *in bonam partem* de una causal de libertad provisional.

Auto de 26 de noviembre de 1982.

VISTOS:

El estudio de este proceso correspondió por repartimiento al magistrado EDILBERTO SOLÍS ESCOBAR, quien oportunamente presentó proyecto de decisión (fls. 282 vto.). Después de varias discusiones en Sala se optó por la ponencia elaborada por el magistrado que sigue en turno y a él se pasó el expediente el 15 de noviembre del presente año. Se procede a la decisión definitiva.

Se trata de revisar, por apelación interpuesta por el defensor, la providencia de junio veintitrés del año que transcurre, proferida por el señor juez Cuarto Superior de esta ciudad, en virtud de la cual se llama a responder en juicio, sin el rito del jurado de conciencia, a *Conrado Carmona Montoya*, en su condición de inimputable, por el delito de homicidio defini-

do en el libro 2º, título XV, capítulo I, del Código Penal de 1936.

En el mismo auto de proceder se dispuso que, "Carmona Montoya continuará bajo tratamiento ambulatorio como hasta ahora; y para ello se dejará bajo el régimen de la libertad vigilada, confiado a sus padres a fin de que se le prodigue la atención insinuada por el perito oficial, quedando el procesado obligado, además, a no cambiar de residencia sin previo aviso, a no concurrir a lugares donde se expendan bebidas alcohólicas, y a presentarse periódicamente, cada 20 días, ante este juzgado. Las obligaciones que se vienen de señalar las garantizará el sindicado con la misma caución que ya depositó (fls. 230), pero deberá fijar nueva diligencia con sus padres a cuyo cuidado será confiado".

En el trámite de la instancia el impugnante no presentó alegación alguna.

Por su parte, el agente del ministerio público, para el caso el señor fiscal noveno del Tribunal, depreca la integral confirmación.

LOS HECHOS:

Ocurrieron en esta ciudad, el ocho de junio de mil novecientos ochenta, a eso de las once de la mañana, en el barrio Villa Hermosa, en la carrera 39 A con la calle 64 A, cuando por motivos de poca monta se trabaron en riña o pelea Carlos Arturo Rojas Soto y Lope Antonio Roldán Moncada. Los contrincantes peleaban inicialmente a puño limpio, y luego con el lanzamiento de guijarros, hasta cuando intervino Conrado Carmona Montoya entregándole a su cuñado Roldán Moncada un cuchillo con el cual este lesionó mortalmente a Rojas Soto, quien falleció poco después del herimiento.

En el proceso está acreditada la materialidad del delito de homicidio con el acta de levantamiento del cadáver (fls. 1 vto.); partida de defunción (fls. 105 vto.), con la diligencia de necropsia (fls. 99), de donde resulta la relación causalista entre la herida y la muerte de Carlos Arturo Rojas Soto.

Ninguna duda existe en cuanto al autor material del delito, ya que prueba suasoria demuestra, con creces, en Lope Antonio Roldán Moncada, esa calidad. Por ello el juez del conocimiento lo llamó, mediante auto de fls. 210 y ss., a responder en juicio por homicidio de que trataba el art. 362 del Código Penal derogado, reconociéndole la atenuante consagrada en el art. 28 de ese estatuto represivo.

Tampoco hay hesitación en cuanto a la participación criminosa de Conrado Carmona Montoya, pues que él fue quien proporcionó el arma homicida, desequilibrando así la riña o pelea que sostenía su cuñado Lope Antonio Roldán Moncada con Carlos Arturo Rojas Soto. Esa coopera-

ción efectiva de suministrar el arma, frente al otro contrincante que no tenía ninguna, fue definitiva para el resultado de la contienda, pues con ese cuchillo se lesionó mortalmente a Rojas Soto. Plural prueba testimonial confirma este aserto: Carolina Rojas Sánchez (fls. 9 vto. y ss.): "...el que pasó el cuchillo a Lope fue el hijo de don Conrado que es como raro, como demente y que es el mismo que antes le había pegado una patada a mi tío...". Nora Patricia Rojas Sánchez (fls. 10 vto.): "...vi a mi tío peliando con el yerno de don Conrado que no sé cómo se llama y entonces vi también que el hijo de don Conrado, que es como loco, tenía una piedra en la mano y en la otra un cuchillo; el loco empezó a correr para pasarle el cuchillo al yerno de don Conrado y el otro recibió el cuchillo...".

Contra Carmona Montoya se profirió auto de detención como copartícipe en el homicidio de Rojas Soto, pero debido a que no estaba cabalmente acreditada su sanidad mental, se le sobreseyó temporalmente (fls. 210 y ss.), con la consecuencia de su libertad caucionada, mientras se realizaban nuevas pruebas que permitieran saber si este sindicado era o no inimputable. Pues bien: esa pruebas periciales ya fueron aportadas al proceso, con el siguiente resultado (fls. 245):

"...Tal como lo adelantaba en mi concepto la copia fotostática de la historia clínica de Carmona Montoya aclara la situación en el sentido de que se trata de proceso de tipo sicótico (locura) con rasgos esquizofreniformes. En este sentido debe entenderse la impresión diagnóstica emitida por mí el día 17 de enero de 1979. Así mismo las otras consultas realizadas apuntan directamente al diagnóstico de un proceso sicópático esquizofreniforme. Además de eso las pruebas psicológicas realizadas con su gentil autorización confirman la impresión clínica que hasta ahora nos hemos formado. Sea el

momento de aclarar que nunca un examen, bien sea de laboratorio, bien sea sicométrico puede hacer un diagnóstico y que es únicamente la clínica la que emite diagnósticos y los confirma *por medio de las pruebas paraclínicas*. No entro en descripción de los protocolos de las pruebas realizadas, pues ellas son suficientemente claras y explícitas respecto a la sicopatología subyacente en Carmona Montoya. Quiero sí enfatizar el hecho de que en el TAT existe «alto contenido de agresiones fuertes (matricidios) sin ningún tono emocional».

“Por lo tanto confirmo la impresión diagnóstica de que Carmona Montoya en el momento de comisión de los hechos presentaba un proceso de tipo sicótico esquizofreniforme, que para fines del art. 29 del Código Penal, vigente en ese entonces, se equipara a enajenación mental y que en el Código Penal actualmente vigente dentro de los lineamientos del artículo 31 del mismo equivale a un trastorno mental que inhibe la capacidad de comprender la ilicitud del hecho y de determinarse de acuerdo con esa comprensión. El tratamiento de Carmona Montoya puede continuar siendo hecho, como hasta ahora lo ha sido, a través de los servicios del Hospital Mental de Antioquia, en forma ambulatoria, bajo tratamiento y cuidado psiquiátrico. Este es mi concepto definitivo”.

Con fundamento en el dictamen anterior el juez *a quo* consideró que Conrado Carmona Montoya al momento de la ejecución del hecho punible —participación en el homicidio cometido por Lope Antonio Roldán Moncada— era un inimputable, y que debería ser sometido al régimen que disciplina el juzgamiento de estas personas. Por ello lo llamó a responder en juicio, obviamente, sin el trámite del jurado de conciencia, y en orden a imponerle, si fuere del caso, una medida de seguridad, siguiendo el procedimiento del Código de 1936 en cuya vigencia se cometió el delito.

Como consecuencia de ese enjuiciamiento, lo lógico era que el señor juez hubiese ordenado la detención del sindicado, pero no pasar, como lo hizo, en un salto al vacío, a otorgar en el auto de proceder la medida de seguridad —libertad vigilada al cuidado de la familia—, aplicando, en parte, el procedimiento indicado para esta medida de seguridad en el art. 681 del C. de P. P., y en otra parte, el art. 97 del Código Penal vigente.

Esa determinación es precipitada, ya que la medida de seguridad solamente puede ser impuesta por el juez como culminación de un proceso penal, vale decir, en la *sentencia* de condena.

Verdad es que produce escozor al juez colombiano ordenar la detención de un inimputable sabiendo el lugar inadecuado e inhumano en donde ella debe cumplirse; pero ello, desde luego, no lo autoriza para violar la ley, como tampoco le es permitido trasgredirla cuando se piensa en los establecimientos carcelarios a donde debe remitirse a los imputables. La judicatura debe, en todas sus formas, procurar porque las penas y las medidas de seguridad cumplan las finalidades que el legislador contempló en el art. 12 del actual Código Penal, pero no puede abstenerse de imponer al acusado la medida de seguridad o sanción respectiva, so pretexto de que no existen en el país los lugares adecuados que indica la ciencia penitenciaria para que la finalidad de la pena o la medida de seguridad se cumplan. Hasta allá no puede llegar el juez, ni es esa su función.

Siendo como es un hecho notorio en este proceso, la calidad de inimputable del sindicado, con respecto a él se debe dar aplicación a la legislación vigente a la fecha de comisión del hecho punible del cual se le acusa, sin que al procurar humanizarla se le viole, pero, también, sin olvidar los principios de justicia y de equidad que debe presidir toda decisión judicial.

En este orden de ideas, existiendo mérito para llamar a responder en juicio a Carmona Montoya como cómplice en el homicidio de Carlos Arturo Rojas Soto, con mayor razón lo hay para detenerlo, conforme los presupuestos exigidos por el art. 439 del C. de P. P.

Ahora bien: dentro de las medidas de seguridad que conforme al art. 61 del Código Penal de 1936 pueden aplicarse al sindicado Carmona Montoya, ninguna resulta más pertinente que la libertad vigilada al cuidado de la familia, que tiene incluso apoyo en la sugerencia del perito psiquiatra de que continúe el tratamiento ambulatorio que el procesado ha venido recibiendo en el Hospital Mental de esta ciudad. Por ello puede afirmarse, con algún fundamento, que esa medida se impondrá en la sentencia. “Dado el carácter curativo de las medidas de seguridad y el objeto que con su aplicación se propone el Estado —tiene dicho la Corte Suprema de Justicia— el juzgador dispone de un amplio arbitrio para escoger la que más convenga para corregir la irregularidad de que se trata, pues la ley no determina previamente, ni podía hacerlo, por qué medios puede tratarse cada una de esas alteraciones. Pero lo indicado es apoyarse en la peritación psiquiátrica, mayormente cuando esta, al precisar la entidad nosológica, sugiere el tratamiento, hecho que facilita el cumplimiento de los fines propuestos al instituir un régimen distinto del estrictamente penológico para los enfermos de la mente y cualquiera de los estados a que se refiere el art. 29” (Cas. agosto 1° de 1962).

Huelga decir que la aplicación de esta medida a los inimputables que cometen un delito, no está en contradicción con lo dispuesto en el art. 68 del Código Penal del 36, pues esta norma no está prohibiendo que tal medida sea impuesta al responsable de un delito, sino que cuando lo que se imputa no es un delito sino

una contravención, debe aplicarse, necesariamente, esa medida. Obsérvese que el art. 61 de ese estatuto hace alusión, al señalar las medidas de seguridad, “a los delinquentes a que se refiere el artículo 29”, y este artículo expresa que “cuando al tiempo de cometer *el hecho*, se hallare el agente...”, en alguna de las circunstancias allí previstas se aplicarán las sanciones fijadas en el art. 61, sin distinguir entre delito y contravención. Así mismo lo ha entendido la Corte cuando al examinar la aplicación de la medida de seguridad de la libertad vigilada para un inimputable que había cometido un delito, padeciendo al momento de la comisión del hecho de grave anomalía síquica (según la terminología del Código anterior) expresó: “Tratándose de infractores contravencionales enfermos de la mente debido a cualquiera de los factores que enuncia el art. 29, debe aplicárseles la libertad vigilada, *lo cual no significa que esta medida sea exclusivamente para estos sujetos* y que no pueden concurrir con otras, como lo sugiere el agente del ministerio público, pues precisamente la norma está diciendo que a los contraventores se les aplica «como sanción principal». Tampoco significa que a los que padecen grave anomalía síquica no se les pueda imponer la libertad vigilada porque el art. 61 la autoriza, sin que el 68 establezca excepción alguna a sus predicciones”. (Sentencia de casación citada).

Lo dicho en precedencia fundamenta el aserto de que al momento de la *sentencia* a este inimputable se le debe aplicar la medida de seguridad de la libertad vigilada.

Importa, ahora, examinar si este sindicado puede, desde la calificación del sumario, gozar de la *libertad provisional*, habida cuenta de que desde ese momento procesal se sabe, con algún fundamento, cuál ha de ser la medida de seguridad y que ella no implica ninguna reclusión,

sino, por el contrario, una situación de libertad al cuidado de sus padres. La situación no está prevista en la ley 17 de 1975, que modificó en su art. 7° el art. 453 del C. de P. P., pero ha de entenderse que hay muchas causales de libertad provisional que no aparecen en la ley y que sin embargo deben ser reconocidas con la aplicación del principio de la *analogia in bonam partem*. En efecto, a manera de ejemplos, se pueden citar los siguientes:

a) El contemplado en el art. 370, inciso segundo del Código Penal vigente.

b) En el evento del art. 357, inciso tercero del Código Penal.

c) En el caso a que se refiere el art. 307 ibidem.

d) En el delito contemplado en el art. 365 del Código Penal, armonizándolo con los arts. 369 de la misma obra y 330 del C. de P. P.

e) En la situación del art. 33, inciso segundo del Código Penal vigente.

En estos casos, y otros más, pues la cita es, torna a decirse, por vía de ejemplo, procede la libertad provisional, ya que si anticipadamente se sabe de la libertad definitiva al momento de la culminación del proceso, con mayor razón es pertinente la excarcelación sin esperar la final decisión.

“La analogía *in bonam partem* aparece cuando su finalidad es la de favorecer al delincuente, ya sea aplicando al caso no previsto legalmente una causa de exención del delito o de la pena, ora una circunstancia de menor punibilidad. Creemos que entre nosotros nada se opone a la aplicación de esta especie de analogía; en efecto, ella no lesiona la máxima *nullum crimen nulla poena sine lege*, sino que implica la aceptación del principio de favorabilidad para el inculpado (*favor rei*); por lo demás, nuestro propio legislador autoriza el procedimiento analógico benigno, tal como se desprende

del contexto del art. 40 del C. P. (art. 65 del nuevo Código)” (ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, 7° ed., pág. 98).

“La aplicación analógica favorable encuentra respaldo en razones de justicia y de lógica. En justicia, porque un tratamiento penal favorable para un hecho exige el mismo régimen jurídico para hechos similares; y en lógica, porque la ley penal constituye un estatuto de excepciones al estado de libertad personal presupuesto por la Constitución Nacional (art. 16), que solo puede aplicarse restrictivamente, fuera de que el principio de favorabilidad consagrado en el inciso del art. 26 de la misma Constitución sirve de referencia jurídica para derivar la admisibilidad de la analogía *in bonam partem* (FERNANDO MEZA MORALES y JULIO GONZÁLEZ ZAPATA, “De las normas rectoras de la ley penal colombiana”, en *Temas de Derecho Penal*, núm. 13, pág. 11).

Aplicando estos principios, la Sala considera de justicia, lógica y equidad, otorgar al sindicado en este proceso la libertad provisional, pues la reclusión en un establecimiento psiquiátrico mientras se dicta sentencia, en virtud de la cual seguramente se le entregará al cuidado de la familia, que lo ha venido hasta el momento atendiendo en su enfermedad, solo serviría para agravar más su condición de enfermo y para interrumpir el tratamiento científico y ambulatorio que se le viene prodigando en el Hospital Mental de Antioquia. Cree la Sala que en esta forma se conciliarán los intereses de la sociedad, del procesado y de la justicia.

La libertad será, desde luego, caucionada, sirviendo para esos efectos, la que tiene prestada a fls. 230, con las obligaciones inherentes contempladas en el art. 460 del C. de P. P.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal de Decisión, por mayoría, oído el concepto del ministerio público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *confirma* el numeral primero del auto de fecha y procedencia indicadas por medio del cual se llama a responder en juicio, sin trámite de jurado, a *Conrado Carmona Montoya*, por el delito de homicidio definido en el libro 2°, título xv, capítulo primero del Código Penal de 1936. *Revoca* el numeral tercero de esa providencia, y en su lugar *decreta la detención preventiva* del citado Conrado Carmona Montoya, por el delito de homicidio cometido en Carlos Arturo Rojas Soto en la calidad de cómplice dicha

en la parte motiva, y en las circunstancias de lugar, tiempo y modo anteriormente señaladas. El sindicado Carmona Montoya podrá gozar del *beneficio de excarcelación* mediante caución prendaria de \$ 500.00 y con las obligaciones inherentes a que se refiere el art. 460 del Código de Procedimiento Penal, diligencia ya cumplida a fls. 230, por lo cual se hace innecesario repetirla.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Los magistrados, Jaime Taborda Pereáñez; Edgar Tobón Uribe.

Salvo el voto: Edilberto Solís Escobar; Alberto García Quintero, secretario.

## SALVAMENTO DE VOTO

Dr. EDILBERTO SOLÍS ESCOBAR

Medellín, noviembre 30 de 1982

Ha resuelto la mayoría de la Sala, distanciándose plenamente de los planteamientos que *in extenso* hube de presentar en relación con la situación procesal del inimputable Conrado Carmona Montoya, confirmar su enjuiciamiento sin el rito del jurado de conciencia, por el delito de homicidio definido en el libro 2°, título XV, capítulo 1, del Código Penal de 1936, y revocar el numeral 3° de la decisión del señor Juez 4° Superior que apuntaba a la libertad vigilada “y en su lugar *decreta la detención preventiva* del citado Conrado Carmona Montoya, por el delito de homicidio cometido en la calidad de cómplice dicha en la parte motiva...” y le otorgó el beneficio de excarcelación mediante caución prendaria por la suma de quinientos pesos (\$ 500.00), acogiendo una analogía *in bonam partem*, que con la mira de favorecer al delincuente, lleva a la mayoría a conceder la libertad provisional, con asomo de tranquilidad de conciencia y hablando así de justicia, lógica y equidad y forzando, a mi parecer, argumentos y la exacta realidad procesal de Conrado Carmona y de la clara compactación de los fenómenos de inimputabilidad y complicitad, con la prescripción de la responsabilidad objetiva.

Creo haber ahondado lo suficiente en la proyección jurídica de las citadas figuras, las cuales deben ir autorizando en dicha compactación el despegue de la doctrina y la jurisprudencia de la impregnación de responsabilidad objetiva que tenían las normas de la legislación penal derogada. La decisión mayoritaria, con especial esfuerzo mental, sigue haciéndole a aquella peculiar reverencia y por temor a enfrentar el problema acude a la analogía y a la contradicción.

### *Sinopsis de los hechos*

El ocho de junio de mil novecientos ochenta, y cuando Carlos Arturo Rojas Soto se hallaba en sector del barrio Villa Hermosa de esta ciudad, alrededor de las once de la mañana, en forma desobligante y altanera le fue cobrada una cuenta por Lope Antonio Roldán Moncada, lo que originó en el acto un intercambio de expresiones salidas de tono y llevó luego al enfrentamiento de hecho. El deudor, o sea Rojas Soto, se armó de algunas piedras que buscara lanzar en la contienda y el acreedor Lope Antonio de un cuchillo

en el fragor de la riña y con el cual le ocasionó una mortal herida a su contrario, quien falleciera momentos después en la clínica El Rosario, donde se legalizó la diligencia de levantamiento del cadáver (fls. 1 vto.). Posteriormente la necropsia señaló que la herida con arma cortopunzante en el lado izquierdo del tórax, penetrante al corazón, produjo anemia aguda por su naturaleza mortal (fls. 108 y vto.).

La individualización del agente activo del homicidio fue lograda en forma certera por la prueba testimonial que aportaran los testigos del acometimiento criminoso, como Carolina Rojas Sánchez (fls. 9-10), Nora Patricia, hermana de la anterior (fls. 10 vto. a 11 y vto.), María Montoya de Carmona, suegra de Lope Antonio (fls. 18 vto. a 19), Beatriz Elena Carmona de Roldán, esposa del sindicado (fls. 17-18) y Luis Eduardo Aguirre Vélez (fls. 54-56), hoy enjuiciado por falso testimonio, quienes, excepto las dos primeras, trataron de avalar la confesión cualificada de Roldán Moncada que pretendió, ilusamente, el reconocimiento de la legítima defensa (fls. 21-23), porque, *a contrario sensu*, testificaron con alto índice de certidumbre las dos hermanas primeramente mencionadas y Pedro Martínez Loaiza (fls. 64 vto. a 65 y vto.), a más de las declaraciones de Conrado Carmona Echeverri (fls. 14-15), sobreseído definitivamente porque no tuvo qué ver en el desarrollo de las acciones que dieron al traste con la vida de Carlos Arturo Rojas Soto.

Ese mismo haz probatorio, y concretamente las versiones de las hermanas Carolina y Patricia Rojas Sánchez, señalan a Conrado Carmona Montoya como la persona que en el fragor de la contienda que libraban Carlos Arturo Rojas Soto y Lope Antonio Roldán Moncada, suministró a este último el arma (cuchillo) que puso fin a la existencia de aquel. Mas es lo cierto que en tal colaboración eficaz para el homicidio Conrado no tenía “la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión” (art. 31 del Código Penal vigente —fls. 245 y vto.—), porque su comportamiento así efectuado y materializado estuvo presidido del trastorno mental, estado en el cual encaja la conclusión siquiátrica holgadamente fundamentada en “el cúmulo de constancias que obran en el proceso, tales como la certificación del Hospital Mental donde fue tratado, el consenso unánime de sus parientes y allegados y la misma injurada del inculpado (fls. 99, cuaderno duplicado)” (fls. 272), que dice no recordar nada de lo que se le pregunta sobre los hechos materia de la investigación.

El *iudex a quo* había llamado a responder en juicio criminal, con intervención del jurado, a Lope Antonio Roldán Moncada, autor principal y directo del homicidio que disciplina el art. 362 del Código Penal anterior (fls. 210-228), reconociéndole la atenuante del estado de ira del art. 28 del mismo estatuto y la libertad provisional inherente a la posibilidad de que en caso de condena y por razón de una pena principal de unos treinta y dos (32) meses de prisión, y la personalidad, era merecedor al sustituto del art. 68 del Código punitivo vigente.

En el auto recurrido precisó el mismo funcionario que Conrado Carmona era "al momento de la comisión del hecho incriminado un inimputable, sujeto por consiguiente no a pena sino a medidas de seguridad, de acuerdo con los arts. 31 y 33 del Código Penal", siendo el procedimiento pertinente el señalado en el art. 34, segunda parte, numeral 5°, del Código de Procedimiento Penal. Con este derrotero dispuso la excarcelación del procesado, acatando las orientaciones del siquiatra forense, quien recomendó que "El tratamiento de Carmo-na Montoya puede continuar siendo, como hasta ahora lo ha sido, a través de los servicios del Hospital Mental de Antioquia, en forma ambulatoria bajo tratamiento y cuidado siquiátrico" (fls. 246), desconociendo que la libertad vigilada se impone como accesoria de la medida de seguridad solo en el momento del fallo y no en esta etapa procesal, y luego de que se haya cumplido la medida de internación a que se refieren los arts. 94 y 95 del Código Penal, pues así se infiere del texto 97 *ibidem*.

Decidió lo anterior el de instancia como corolario a su decisión de llamar a responder en juicio criminal sin intervención del jurado a Conrado Carmona Montoya en calidad de "inimputable" y como cómplice necesario, por cuanto la prueba indica que pasó el cuchillo de la agresión al autor principal, que obraba impelido por un estado emocional excusable. Se le detiene y anticipadamente se aplica la medida de seguridad de la "libertad vigilada" en momento procesal inoportuno y por ende ilegal, a más de implicar forzada interpretación del caso.

Son dos conductas con diferente enfoque procesal que de por sí reclaman ponderados apartados en orden al acierto y a dejar de una vez sentados los planteamientos jurídicos que se imponen en la nueva legislación penal con los definidos fenómenos de la culpabilidad-imputabilidad-inimputabilidad y el definitivamente restaurado ingrediente psicológico del delito, de obligada proyección hermenéutica y de suma incidencia en la concreción de cada una de estas nociones y muy particularmente del por lo mismo bien intervenido fenómeno de la coparticipación criminal.

#### *Las dos conductas y sus exactas secuelas procesales*

*El autor principal:* de entrada, se observa aparente injusticia en el tratamiento de los incriminados en este homicidio: el principal en libertad provisional, con homenajes normativos que atenúan la sanción y dan privilegios procesales reconocidos con antelación a la sentencia. El llamado cómplice necesario, inimputable por prueba apabullante y diagnóstico claro del siquiatra, en detención preventiva y con forzada e irregular medida de seguridad de "libertad vigilada" (art. 93, numeral 3°, 97, accesoria, del Código Penal) que debe esperar a la sentencia y de revocarse, como sería lo legal, quedaría en injusta desventaja con el autor principal, máxime cuando ambos obraron en el delito común —y único— con su personal perturbación: el uno, la ira excusable y el otro

por proceso de tipo sicótico (locura) con rasgos esquizofreniformes e incapacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión (art. 31 *ibidem*).

#### *La perturbación del autor principal*

La ira provocada por acto injusto y grave del otro constituye indudablemente una perturbación emocional que compromete momentáneamente la salud mental y la desquicia en ese instante del arrebató de la ira. Tiene su reconocimiento justo en los arts. 28 del C. P. de 1936 y 60 del Código vigente. Es una perturbación que ha inquietado a los doctrinantes para atajar el pensamiento de asimilar esos estados emocionales a trastornos mentales transitorios (GAITÁN MAHECHA, *Actas del nuevo Código Penal colombiano*, acta número 43, pág. 275).

En el desencadenamiento provocado por la ira —por grave e injusta acción ajena— y el de un trastorno mental transitorio se tiene la misma base de afectación de la salud mental o compromiso mórbido con muy diferente tratamiento en la legislación penal en razón de la magnitud y extensión del mismo. Lo importante es poder establecerlos en cada caso, dice el profesor JAIME GAVIRIA TRESPALACIOS, "pues entre esos dos polos que son la salud y la enfermedad hay un punto intermedio que marca el límite inferior a partir del cual se puede estar lo suficientemente enfermo para ser declarado inimputable y un límite superior hasta donde se puede estar suficientemente sano para ser declarado imputable; un punto donde no se es lo bastante enfermo para recibir las medidas de seguridad especiales, ni lo bastante sano para recibir las penas corrientes" (*Debates jurídicos*, 2, Colección Pequeño Foro, pág. 67).

De muy dudosa y difícil percepción resulta el estado de ira e intenso dolor, causado por comportamiento ajeno, grave e injusto (arts. 28 y 60 del Código Penal de 1936 y 1980, en su orden), en el punto intermedio frente a otros extremos, suficiente en veces a los falladores para recibir las penas corrientes con la respectiva atenuación (no mayor de la mitad del máximo ni menor de la tercera parte del mínimo), en cuyo caso quedó Roldán Moncada como autor material del homicidio, circunstancia personal que disminuye la punibilidad y que no se comunica al copartícipe por cuanto en él no concurrió y por su estado mental menos base hay para sostener que en su auxilio o cooperación con el cuchillo "hubiese actuado determinado por estas mismas circunstancias" (C. P., art. 25, inc. 2°).

En esa formación psicológica de la ira, de características patológicas transitorias, y por lo mismo marcadamente subjetiva e intransferible (PUIG), ¿qué valoración especial podría tener para el autor material la cooperación con el cuchillo del sicótico inimputable, que de no haberla tenido hubiera agotado ese estado emocional perturbador de otra manera, así fuera únicamente con

los alcances de su fuerza bruta? La ira puede modificar la capacidad de entender y de querer, como alteración prácticamente febril y explosiva, ajustada precisamente a los estímulos y al siquismo del sujeto, "sin llegar a la anulación de tal manera que las consecuencias juridicopenales no se aplican en toda su plenitud, sino que se reducen en proporción a la atenuante", como un estado intermedio entre la responsabilidad total y la impunidad (JORGE E. GUTIÉRREZ ANZOLA, *Nuevo Foro Penal*, núm. 3, Foro histórico, pág. 106).

No es posible medir la reacción humana frente a una ofensa o a una agresión y para ello no hay reglas precisas y, en consecuencia, como lo anota el mismo tratadista colombiano, "no son extraños los casos en que la reacción por causa de la ira o del intenso dolor, puede llegar a límites de locura y de anormalidad de carácter transitorio; es admitido ampliamente en el campo de la siquiatria y de la medicina legal, ciencias auxiliares del derecho, que el grado de las reacciones se mide en relación con la ofensa, con el temperamento de quien recibe el ataque o la provocación, y el temor, el miedo o la angustia que le haya causado".

Pero si para la ciencia que se ocupa de las cuestiones síquicas, agrega el mismo profesor, el problema no tiene dificultad en cuanto a ubicación como fenómeno, no ocurre lo mismo en cuanto al derecho, pues debe resolverse si el encuadramiento corresponde a un verdadero estado de ira o intenso dolor, o si por haber precedido una grave circunstancia aunque la reacción inicial haya sido por causa de ira o de intenso dolor, se rebasó el límite de la atenuante para inhibir totalmente al sujeto y anular su capacidad de entender y de querer, y en tal caso se ha presentado un verdadero estado de inimputabilidad, con exculpación, en gracia de que pasado el momento síquico se vuelve a la normalidad..." (Rev. cit.).

#### *El autor secundario: cómplice necesario*

Como en principio tiene responsabilidad todo aquel que haya contribuido al resultado punible, el señor juez graduó esta de acuerdo con la participación de cada uno de los dos inculcados en el homicidio, en la forma como ya se ha anotado, agotando la insinuación de esta misma Sala, que al revisar el auto de detención dictado en contra del autor principal (fls. 97), dispuso se agilizará la captura de Conrado (a. El Loco) "como copartícipe del hecho criminoso" y se sometiera a indagatoria, en razón de que la prueba así lo autorizaba, puesto que lo colocaba en el grupo del sindicato Lope A. y de él se decía que entregó el arma homicida. Nora Patricia Rojas Sánchez expresa que vio a su tío "pegiando" con el yerno de don Conrado y vio al hijo de este "que es un loco", que tenía una piedra en la mano y en la otra un cuchillo y "el loco empezó a correr para pasarle el cuchillo al yerno de don Conrado y el otro recibió el cuchillo" (fls. 10 vto., 11 vto.). Versión similar a la de Carolina Rojas Sánchez (fls. 9 y 32).

Sin una mayor prueba respecto al estado mental de este último, el fiscal del juzgado solicitó enjuiciamiento del autor principal Lope Antonio y del sindicato Carmona Montoya como cómplice necesario (fl. 205), lo que fue atendido parcialmente por el señor juez, al llamar a juicio al primero y sobreseer temporalmente al segundo para evacuar la prueba con relación al estado psicológico y de salud mental del cómplice.

#### *La perturbación del "cómplice necesario"*

Los testigos que colocaron en la contienda a Carmona Montoya coinciden en que es reconocidamente "loco". Es esa situación mental de consenso familiar y de vecinos, puesto que le conocían tratamientos previos y reiterados en el Hospital Mental, en una de cuyas incursiones para su curación registró capacidad mental limitada y trastornos y alteración de la afectividad (fls. 241).

El padre de Carmona dijo: "tengo ahora un muchacho que resultó anormal, unas veces es muy callado y otras se ofusca" (junio 14 de 1980). Beatriz Elena Carmona manifestó que "ese muchacho se encuentra en tratamiento psiquiátrico, porque es enfermo, está demente" (junio 17 de 1980). Raúl Guillermo Rojas expresó que vio "al cual llaman el enfermo o loco". El jefe de la división médica del *Homo* da el diagnóstico de la enfermedad como "retardo mental leve". Se llevó al Hospital Mental porque no se aguantaba en la casa (fls. 179).

En el momento mismo de la entrevista de octubre veintiocho de mil novecientos ochenta, "entró caminando por sus propios medios sin signos o síntomas de enajenación mental; no obstante, es evidente su bradipsiquia y sus difíciles condiciones mentales para la abstracción. En el pensamiento es exageradamente corriente y donde hay dificultad para la producción de fantasía. El consenso a nivel familiar y de barrio es que es loco o de conducta anormal. El tratamiento no excluye un proceso psicótico no agitado y la entrevista lleva a la impresión de ese proceso. No hay disparidad de criterio entre la presencia de un retardo mental leve y un proceso psicótico añadido a este y que en muchas ocasiones el exceso de trabajo hacen que se tome el primer diagnóstico y de esta manera se considera que presenta proceso psicótico posiblemente de tipo esquizofrenia procesal".

Ahondada la prueba en esta comprobación y con claro concepto del siquiatra de la existencia de proceso psicótico de tipo esquizofreniforme en Conrado Carmona, que al momento de la comisión del hecho, vale decir, de su cooperación o auxilio al autor principal, no tenía la capacidad de "comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión" (art. 31), el colaborador fiscal del juzgado hubo de solicitar enjuiciamiento para Carmona, sin intervención del jurado (fls. 266), en calidad de inimputable y como cómplice necesario, lo cual atendió el funcionario en el auto recurrido.

"La esquizofrenia no es una enfermedad claramente definida, dice DAVID ABRAHAMSEN. En un sentido psicológico puede significar una cierta manera

de hacer frente a las experiencias y de tratar con ellas, o puede significar un mundo de una totalidad sorprendente para el que no hemos encontrado aún ninguna definición exacta". Su caracterización está por una clase específica de alteración del pensamiento o de los sentimientos y "puede considerarse como una forma de inadaptación, en la que existe una desarmonía interior, una incongruencia en el pensamiento, en los sentimientos y en la conducta. La esquizofrenia es, pues, una desorganización de la personalidad, un problema de conducta humana que se presenta según la violencia y la tensión de la vida" (*Delito y Psique*, autor citado, págs. 154-155).

El estado esquizofreniforme, o la esquizofrenia en general deja completamente o casi completamente intactas las funciones intelectuales, no presenta síntomas corporales, pero daña el resto de la personalidad, la afectividad (registrado en el Hospital Mental a Carmona), la voluntad y lo que con ella tiene coherencia, afirma ALBRECHT LANGELUDDEKE (*Psiquiatría forense*, Ed. Espasa Calpe, S. A., 1972, pág. 94). Y RAFAEL J. LARRAGOITI anota que "el esquizofrénico como el demente orgánico, está 'distanciado', separado, 'enajenado', se diría que no pertenece a nuestra especie, sino a una especie distinta, de otro mundo, regido por valores diferentes a los nuestros". Y agrega: "No podemos situarnos en su lugar, no podemos hacer una imitación correcta de un esquizofrénico sin ser esquizofrénico. Por eso hay quien ha dicho que la mejor identificación de un esquizofrénico la hace otro esquizofrénico, mejor que el siquiatra". ("Esquizofrenia", *Revista Hospital Psiquiátrico*, de La Habana).

El perito siquiatra y la psicóloga colaboradora realizaron un encomiable estudio de aproximación a la realidad síquica de Carmona Montoya y a su descubrimiento, irrefutable por sus fundamentos probatorios y sus científicas motivaciones. En noviembre tres de mil novecientos ochenta, el siquiatra reclamó historia clínica del examinado y anticipó que presentaba un proceso sicótico posiblemente de tipo esquizofrenia procesal (fls. 178-179). En "la prueba de TAT", la experta psicóloga expresó que "en la mayoría de las historias se encuentran los contenidos de tipo afectivo, con situaciones e ideas negativas y pesimistas sobre el amor, el sexo y las relaciones interpersonales". "Paciente con problemas de relaciones interpersonales, agresividad latente, para sentimiento de autovaloración y de rechazo a las personas que lo rodean y rechazo a sí mismo" (fls. 243). Los resultados son deficiencia mental, ideas de alusión, depresión excesiva, tendencias a las fantasías, emocionalidad superficial, entre otros. Finalmente, el distinguido siquiatra forense Pedro Luis Sánchez Gaviña, en razón de todo lo precedente, de las pruebas paraclínicas y de la psicopatología subyacente de que dan cuenta los protocolos de las pruebas realizadas, confirma "la impresión diagnóstica de que Carmona Montoya en el momento de comisión de los hechos presentaba un proceso de tipo sicótico-esquizofreniforme que para los fines del art. 29 del Código Penal vigente en ese entonces, se equipara a enajenación mental y que en el Código Penal actualmente vigente dentro de los lineamientos del art. 31 del mismo equivale a un trastorno mental

que inhibe la capacidad de comprender la ilicitud del hecho y de determinarse de acuerdo con esa comprensión" (fls. 245 y vto.).

#### "La participación necesaria" de un inimputable

El autor material y el llamado cómplice necesario eran objeto en la legislación penal anterior del mismo tratamiento con respecto a la pena, como que se suponía que ambos estaban en las facetas externa e interna del delito con igual intención, pero ya se ha modificado ese tratamiento por el cambio sustancial que puede significar la intención al apreciarse en su verdadera entidad cada uno de los aportes al delito único y su eficiencia determinante, así el aspecto material sea el mismo.

Ha sido más preciso el rubro de *participación criminal* en lugar de "autores y cómplices" por ser el primer concepto más general y el segundo muy comprometido con la lógica y la solución de problemas de participación criminal, como el que el caso a estudio plantea. Pero el actual Código Penal se inclinó por la última división en sus arts. 23 y 24 (autores y cómplices), avasallado por la necesidad de concretar el preciso marco del que *realiza* el hecho y del que *contribuye* a su realización, eliminando de paso el factor de necesidad "sin el cual no hubiere podido cometerse" del art. 19 del Código de 1936 y la separación de contribución de necesaria y no necesaria. La praxis nutre a la doctrina pese a que para esta el rubro de "participación criminal" presente menos complicaciones.

El delito único en su objetividad es múltiple en cuanto a subjetividades de los individuos que en él participan y estas son las que determinan la cuantía del delito y la definición de la responsabilidad. Sigue siendo preponderante en la nueva legislación, no descuidado del todo en la anterior (art. 12), el factor subjetivo para estructurar la imputabilidad y la inimputabilidad, como la mejor y más justa manera de conjurar la realidad del delito y del delincuente y de proscribir "toda forma de responsabilidad objetiva" (art. 5° del C. P.).

En el concreto caso de definir la imputabilidad o inimputabilidad de un sujeto, no basta la comprobación de su estado mental sino que es indispensable avanzar en la averiguación de si ese estado —como los señalados a los inimputables— produjo incapacidad o no de entender o de querer la ilicitud. Ambos fenómenos toman esa base psicológica para establecer la capacidad o incapacidad de comprensión y una y otra situación las definen.

El Código Penal está tierno y apenas la doctrina se abre paso la doctrina se abre paso por sobre la injusticia, para reclamar de los jueces no descuidar la investigación psicológica y no contentarse simplemente con la comprobación del estado mental del delincuente para el fácil acomodo en la imputabilidad o en la inimputabilidad, cuando aquella reclama la evidencia, hasta donde sea posible en el medio colombiano, de si el delincuente estaba en condiciones de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

De ese análisis del factor subjetivo del delincuente, bien puede resultar la evidencia de que una inmadurez psicológica o un trastorno mental —los dos

únicos estados reconocidos por el Código con posibilidad de producir incapacidad de comprender o de determinarse de acuerdo con esa comprensión “en el momento de ejecutar el delito” (con amplia y casi infinita gama de matices psicológicos)— no sean determinantes de esa incapacidad en tal momento y de esta manera no ser jurídico ni justo hablar de inimputabilidad, lo cual reafirma su importancia y lo hace insustituible al elemento de la capacidad de comprensión y prácticamente irremplazable su precisión si se quiere caminar con el acierto.

El estado mental tiene el poder de excluir la imputabilidad “si es de una calidad tal que haya producido *el efecto psicológico* de no permitirle al autor comprender en el caso concreto la criminalidad del acto o dirigir sus acciones” (RICARDO C. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, t. II, Parte general, pág. 31). Afectada así la capacidad del gobierno de la propia conducta, con total exclusión de las aptitudes mentales que posibilitan la inteligencia, “según la regla de normalidad proporcionada por la ciencia”, en las circunstancias determinantes de la delictuosidad material del hecho ejecutado, se está ante un verdadero inimputable.

Mas la concreción de este fenómeno, como se viene viendo y se desprende de precedentes planteamientos, debe hacerse en último término por el juez, después “de analizar si existe o no acción típica; si aparecen causales de justificación o causales de inculpabilidad (coacción, caso fortuito o error), y de ser estas ciertas en la prueba, reconocérseles al sujeto de trastorno mental puesto que no deben confundir las causales de la inimputabilidad con la inimputabilidad misma” y esta y aquellas deben valorarse en cada caso concreto, que puede mostrar al sujeto como autor principal o secundario, para no permitir en ningún momento situaciones de responsabilidad objetiva.

El fenómeno de la inimputabilidad, anota un profesor universitario, es “residual” y debe plantearse “solo cuando no existen en el caso causales de atipicidad, ni justificantes ni disculpantes. Si puesta de manifiesto la existencia de un comportamiento típico y antijurídico no se evidencian causales de inculpabilidad, la inimputabilidad existirá y entonces se pasará a la aplicación de las medidas de seguridad” (NÓDIER AGUDELO BETANCUR, *Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad*, págs. 79 y 80). En este sentido el mismo autor dice que es “injusta ilogicidad” el que el imputable que actúa en legítima defensa o en estado de necesidad sea absuelto y el inimputable que obre en las mismas circunstancias sea sometido a medidas de seguridad (ob. cit., pág. 15). “Si en los primeros el juez no estaría obligado a investigar el aspecto subjetivo, ello sería una presunción que deja abierta la posibilidad de demostrar que en un caso concreto no existió ni el dolo ni la culpa”. Y si en los segundos ese aspecto subjetivo averiguado le da al juez la seguridad clínica y médica —científica— de que el inimputable además no tuvo capacidad de comprender su ilicitud y de determinarse de acuerdo con esa comprensión, los predicados anteriores de imponer una medida de seguridad son altamente ciertos en el terreno de los coautores directos y

materiales, pero abiertamente discutibles en el complejo campo de los autores secundarios o la complicidad necesaria, o no necesaria, como paso ahora a cuestionarlo.

*“La complicidad necesaria” de quien al momento del delito no tenía capacidad de entender y de querer*

El tratamiento que el señor juez ha dado a Carmona Montoya de inimputable en condición de autor secundario o cómplice necesario del delito del autor principal, es una confusión de las causales de inimputabilidad con la inimputabilidad misma, sumando a esa confusión el anticipo de una medida de seguridad accesoria a la internación, la libertad vigilada, y en ese derrotero, hasta ahora común y rutinario, se descuidó el análisis y la comprobación de si el “inimputable”—que no por el solo nombre y clasificación ha de sufrir necesariamente medidas de seguridad, pues esta inimputabilidad exige la incapacidad de comprensión en el momento del delito para poder serle impuestas—podía catalogarse como cómplice necesario del autor material, mediante la demostración fehaciente de que al momento de su colaboración o auxilio material al autor principal no tenía la capacidad de comprensión y de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

No siempre el loco es inimputable, como ya se ha visto; ni quien carece de capacidad de comprensión al momento de un delito a causa de un trastorno mental resulta inimputable, esto es, merecedor de las medidas de seguridad (art. 33), puesto que si el trastorno mental es transitorio, en virtud del segundo inciso de este texto, “no habrá lugar a la imposición de medidas de seguridad, cuando el agente no quedare con perturbaciones mentales, sin perjuicio de la responsabilidad civil a que hubiere lugar”. Y si contribuyó con algún auxilio necesario al agente principal, esa complicidad carece de su fundamental soporte y jurídicamente, por justa logicidad, no se concibe que una persona sin consciencia de su aporte pueda ser cómplice necesario y como tal se le enjuicie y condene y se le someta a medida de seguridad.

Lo precedente puede darse como un axioma, ante las diferentes teorías e interpretaciones sobre la coparticipación criminal, que la Sala ha de refrescar llevada de la mano por algunos doctrinantes y compaginada con la moderna noción de culpabilidad del Código Penal vigente, en orden a sustentar sus tesis.

*El elemento subjetivo de la acción*

El elemento subjetivo es factor preponderante en el fenómeno de la coparticipación criminal. Ayuda a concretar la posición en el delito de cada uno de sus participantes: al autor material, al cómplice necesario o no, al instigador, al encubridor, al mero instrumento, pues “la contribución delictiva puede tener un mismo carácter y un mismo grado de responsabilidad: coautores; puede tener solo un distinto carácter: instigador y autor o autor y cómplice necesario;



o puede tener un distinto carácter y un distinto grado: instigador o autor (o autores) y cómplices necesarios (auxiliares o cooperadores); o puede ser solo de un grado distinto: cómplices necesarios y no necesarios" (RICARDO C. NÚÑEZ, ob. cit., pág. 266).

La parte de responsabilidad que le corresponde a cada concurrente no depende del carácter de la respectiva contribución, pues la ley, que ha equiparado en la pena no solo a los coautores entre sí sino a los cómplices necesarios, ya enmendada esa conducta normativa para rebajar a estos en cualquier condición —necesarios y no necesarios— en la escla punitiva, lo que es lógico por cuanto la posición del cómplice sigue siendo secundaria y debe respetarse y tomarse muy en cuenta su ingrediente sicológico, el cual puede ser igual o distinto en esa cooperación con el autor. La codelinuencia no implica que la contribución de varias personas al delito único sea siempre una participación criminal, si el llamado cómplice necesario, como en el evento a estudio, no aporta el factor sicológico y se presente desligado en absoluto del estado mental del autor principal o directo. El presunto partícipe debe obrar *con conocimiento* de que su acción u omisión es un aporte al delito, "de que estos representan una ayuda para que el resultado se produzca. Sin ese conocimiento, anterior a la perpetración del ilícito o concomitante con ella no puede hablarse de participación criminal" (ANTONIO VICENTE ARENAS, *Comentarios al Código Penal colombiano*, pág. 202).

Por manera que la intervención punible de dos o más personas en la incurración delictiva reclama unidad de propósito en el mismo hecho; y si está escindido, puesto que en el cómplice "necesario" no lo había por falla sicológica caracterizada en incapacidad de entender y de querer, que no en la simple inimputabilidad o inmadurez sicológica o trastorno mental, es dado colegir que esa complicidad necesaria del "inimputable" no es tolerable deducirla, en sana hermenéutica, como que se desintegra o desvirtúa plenamente.

La delincuencia está constituida por hechos humanos y no de naturaleza puramente subjetiva ni meramente objetiva, por lo que exige tratamiento diferenciado en orden a integrarlo o para respetar sus definidos apartados y obrar en consecuencia. En el caso *sub examine*, se tiene un autor principal con reconocimiento de la atenuante del art. 60 del Código Penal y libertad provisional desde el enjuiciamiento, inherente a la posibilidad de ser merecedor del sustituto del art. 68 *ibidem*, en caso de condena, con pretensión además a que se le acepte la justificante del estado de legítima defensa que alega y con lo que seguramente se tratará de impresionar al jurado. El otro, enjuiciado como "inimputable" y en calidad de cómplice necesario, en el enredo de una libertad vigilada y descomunicado en absoluto de cualquier favorable circunstancia del autor principal, incluso de una aceptación de la justificante por parte del jurado, sin manera alguna de desconocerla en ese ámbito de conciencia que le daría a aquel la absolucón y al "inimputable" una medida de seguridad de muy incierto lapso.

La coautoría, que materialmente implica intervención accesoria en el acto principal del otro, como "los que alcanzan a estos las armas", integrando en esa forma el acto consumativo, tiene en el campo de esta cooperación el límite superior de la participación, y si la diferencia no permite confundir un coautor y un cómplice, si sigue siendo esa coautoría "participación" y el carácter puramente objetivo que se le ha dado y el cual reside en el significado material del aporte, el auxilio o cooperación al autor material, tiene su apreciable deslindamiento que se resuelve en la complicidad necesaria (RICARDO C. NÚÑEZ, ob. cit., pág. 288). Es de trascendencia entonces para la responsabilidad de cada interviniente en el delito lo que quiso hacer: si quiso ejecutar el hecho, determinar a otro a cometerlo, si solo quiso auxiliar y en qué momento.

La lógica es irrefutable en este caso: la complicidad por auxilio implica, según el mismo autor, "aportes anteriores o simultáneos a la ejecución del delito, pero se diferencia de la complicidad por cooperación porque es una contribución no acordada, esporádicamente prestada de motu proprio por el agente. Es la ayuda brindada a los ejecutores de manera ocasional, sin que el agente haya tenido ni tenga otro enlace con la trama delictiva" (ob. cit., pág. 298).

Pero en ese enlace, por ocasional y esporádico que se le considere, sigue siendo factor determinante el carácter sicológico del aporte para no llegar a la vedada responsabilidad objetiva y ese carácter concreta facetas de la volición: el autor quiere ejecutar el delito; el cómplice solo auxiliar al autor (posibilidad); el autor quiere el hecho de modo absoluto; el cómplice solo condicionadamente, subordinándolo a la voluntad del autor (NÚÑEZ, "teorías del dolus", ob. cit., pág. 336). La ayuda supone una tendencia conocida, así sea sorpresiva o simultáneamente a la acción, recíproca o unilateralmente, "convergencia de particulares intenciones en el mismo objetivo". La participación demanda esa convergencia intencional por lo menos unilateralmente en la identificación que se hace con la coocurrencia del hecho cometido y de esta manera no es indefectible, como precisa SOLER, "la conciencia recíproca en cada una de los partícipes, de la concurrencia al objetivo común". Para la responsabilidad criminal de dos personas en comunidad por un mismo hecho, basta que esa comunidad se apoye en la voluntad de una de ellas de acceder a la delincuencia que ejecuta la otra, pues así ya se da la cooperación, el auxilio o ayuda en que la participación reside".

Lo precedente pone de manifiesto que la complicidad es fácil determinarla como coocurrencia dolosa del resultado mediante auxilio al crimen y no ha dejado de significar, por numerosas presentaciones doctrinales que se enseñen, el auxilio prestado "a sabiendas" al autor para la ejecución del crimen, como que "esa comunidad se apoya en la voluntad de una de ellas (de una o más personas) de acceder a la delincuencia que ejecuta la otra". Con correcta interpretación, se ha de exigir al cómplice una voluntad dirigida al resultado del acto principal, en reconocimiento a una relación causal en la esfera subjetiva de la acción de participación en ese acto.

Se tenía antes como coautores del homicidio tanto a los que consuman infiriéndole a la víctima directamente alguna clase de agresión como a los que les alcanzan a estos las armas, no dejando de ser accesoria esta última actividad de la del participante principal, condicionada a la eficiencia del auxilio o al valor del aporte en el Código Penal de 1936 (art. 19: "o preste al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no hubiera podido cometerse"), pero ya sabiamente suprimida en el art. 24 del Código de 1980, ante la evidencia de que todo delito tiene cien modos diversos de ejecución (SOLER), y la anotada necesidad asumía las características de una *conditio sine qua non* que no siempre se da, como sucede por ejemplo en el presente homicidio, el cual se hubiere podido cometer por Lope Antonio sin el aporte del "loco", tanta era la ira y el impulso que le impelia a la acción, que no le permitía medir las circunstancias, ni los medios, y menos esperar otra oportunidad ni un auxilio y diferentes circunstancias.

Por eso la fórmula de "auxilio o cooperación sin los cuales no hubiera podido cometerse el hecho" bien decantada está por cuanto no era de fácil aplicación y en el caso *sub judice* daría para más de una complicación, como que en veces no es preciso la contribución a la materialidad del delito o los conocimientos del autor para alcanzar el aporte la categoría de necesario, puesto que bastan los actos síquicamente decisivos para el autor principal, como la intimidación o el estado emocional de la ira por conducta ajena grave e injusta, o la sugestionabilidad.

Ese factor síquico, ese querer del sujeto, debe ser la principal averiguación del juez ante el hecho criminal, para conocer no solo en presencia de qué delito está sino también ante qué delincuente se encuentra: si un autor principal, coautor, cómplice "necesario o no necesario", mero instrumento de autor intelectual, instigador o encubridor, lo cual lo orientará en la jerarquía de las sanciones o de los reconocimientos de causales de justificación e inculpabilidad e incluso de impunidad de la conducta.

Juega tan importante papel el ingrediente psicológico en la participación criminal que, como se ve, encauza las consecuencias de la culpabilidad y las concreta, según su grado: si la colaboración se prometió y se cumplió; si se cumplió posteriormente y era previa o no (encubrimiento); o si no se cumplió y se había convenido previamente, o si se desistió de ella en los comienzos del delito (complicidad tentada en los casos en que sea posible). La participación gira alrededor del hecho material lesivo del derecho y no de la punibilidad de su autor, el cual puede liberarse de pena por cualquiera causal personal no comunicable al partícipe.

Si la complicidad es el auxilio dolosamente prestado a otro para cometer un hecho punible, ¿cómo opera en un caso como el presente, de conexión causal objetiva y desconexión causal subjetiva? Han de delimitarse, entonces, las teorías objetiva y subjetiva de la participación. La subjetiva busca las características de la diferente dirección del dolo, del fin o del interés del autor, separación que se consideraba secundaria cuando primaba la responsabilidad objetiva y

que ahora resulta sustancial con la prohibición de dicha responsabilidad en la actual legislación penal y en el regreso afortunado de la noción ética del delito o reprochabilidad de la conducta, porque de esta forma se da marcado el contraste entre las partes integrantes del injusto y las partes integrantes de la culpabilidad, otrora también importante y esencial y hoy de acierto claro y de incidencia para la configuración jurídica de la complicidad.

Es un progreso entonces la restricción del principio de la accesoriidad en la participación criminal, al resolver el problema que planteaba la delimitación de las teorías subjetivas y objetivas en una combinación de ambos puntos de vista discutidos en la sola fórmula de eliminación de toda responsabilidad objetiva, lo que igualmente resuelve el problema de la teoría subjetiva de la complicidad, de considerar superflua la autoría mediata, y a lo sumo querer observarla con arreglo al nombre en los casos en que la persona medio, ni siquiera en puro sentido psicológico actúa dolosamente; o en otras palabras, la plena aceptación de responsabilidad en quien participó meramente en el plano material.

Esta teoría subjetiva, que pretende la fórmula más lógica y ahora más jurídica, sobre la objetiva, se impone por la noción de culpabilidad, como que no pueden ser determinantes las características meramente externas, objetivas. No cabe inclinarse tampoco por una teoría ecléctica, así pida derechos como para estructurar en este terreno alguna tesis, el factor de la imprescindibilidad, o sea la necesidad de la cooperación, sin la cual el hecho no se hubiera producido, como que esto ya debe ir tomando el añejo sabor de una ley histórica, pues hoy más que nunca es clara la doctrina de que los inimputables no deben responder a título de responsabilidad objetiva por cuanto va contra el principio —postulado— de la actividad sicofísica, enseñoreada con mayor postura humanística en el nuevo Código Penal.

PUIG PEÑA estima también como conducta de cooperación necesaria "la entrega del arma a uno de los contendientes en una riña con la que se ocasiona el delito" (*Derecho penal*, t. II, 3ª ed., pág. 281), pero ese concurso de contribución al hecho por el aspecto material o físico, así no se requiera el concurso de acción, están separadas: (la agresión directa del autor material y el auxilio del cómplice, exige la integración como esencial al concurso punible de voluntades y propósitos), vale decir, el aporte también moral y psicológico y no solo la referencia de una acción de auxilio del cómplice al hecho común. El eslabón de la complicidad es fundamentalmente el ingrediente psicológico, y así "el que proporciona una cuerda, una escala o una arma sin saber el fin a que se destinan esos objetos, es indudablemente *inocente* del delito que otro consuma" (ob. cit., pág. 261). Y como anota PESSINA "una participación en el delito puramente material es también una *contradictio in terminis*", principio que tiene valor de postulado.

El auxilio, pues, es de acciones accesorias (o anteriores) frente a la imagen central de representación del autor directo, que está en la causa de la producción del resultado, en el que el partícipe pone tan solo una condición (teorías

objetivas materiales —MEZGER—), vale decir, que de acuerdo a la teoría de la causalidad de FRANK, la propia esencia de la autoría está en la causalidad actuada físicamente y la de la participación en la causalidad actuada siquicamente (ob. cit., pág. 335), diferencia práctica que toma importancia en la concepción culpabilista, dejando más patente que los coautores necesitan actuar en “cooperación consciente y querida”, mayormente los cómplices, y la culpabilidad de cada uno ha de referirse al acto conjunto.

La persona que actúa como medio del autor mediato, por ejemplo, no es punible, si esa persona no actúa típicamente, como el instrumento “inimputable” que no llegaría a medidas de seguridad. Tratadistas hay que admiten que el elemento esencial de la autoría mediata es la ausencia de dolo en el “instrumento”. El dolo se concebía normativamente antes de la proscripción de toda responsabilidad objetiva, pero ahora reclama su presencia como forma psicológica por la nueva noción culpabilista, basada en la capacidad de comprensión, que es la imputabilidad, al contrario de la inimputabilidad, pero no vacío sino con el contenido de la falta de esa capacidad (E. SCHMIDT).

En el derecho vigente es posible la instigación y el auxilio (complicidad) en los casos en que el autor material no sea imputable o carezca de culpabilidad; es decir, basta la accesoriedad limitada, o sea que la conducta del que ejecuta materialmente sea antijurídica. Con razón se ha dicho que utilizar un inimputable para la realización del delito (niño, loco, etc.) no existe en tal caso codelincuencia “porque no hay más que un solo culpable” (PUIG PEÑA).

En el orden de la complicidad, cuando se ve muy clara la extensión de la pena y de la responsabilidad en la instigación por cuanto supone en el instigador comprensión de lo que pretende y determinación en la instigación de acuerdo con esa comprensión, cabe pensar cómo habría de decidirse frente a sujeto que realiza acciones de auxilio no necesarias a la conducta de un autor inimputable: autor principal no lo podría ser, pues lo es el otro; cómplice tampoco, si se exige para que pueda darse la complicidad la existencia de un autor que actúe antijurídica y culpablemente. Y como ello no es posible, no queda otro camino que afirmar que ese cómplice lo es por el auxilio que dio al que procede antijurídicamente, así no sea necesariamente culpable.

“Tradicionalmente se ha considerado que son meros instrumentos los inimputables, los forzados, los coaccionados y los ignorantes o víctimas de un error, cuya falta de capacidad, libertad o saber, fue utilizada por un tercero (o aprovechada) para ponerlas en acción y convertirlas en un medio ejecutivo del delito” (R. C. NÚÑEZ, ob. cit., pág. 281). Y si esto se da en la ejecución material directa, cabe el mismo predicado para cuando se aprovecha esa circunstancia y se toma del inimputable el arma para el acometimiento, como que se está ante un instrumento anulado, con déficit mental en lo atinente a la capacidad de comprensión y de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

Tomar o recibir el cuchillo de un inimputable, que no sabía lo que hacía, fue solo un momento en la relación causal de quien obraba impelido por una

emoción irresistible de ira justa “como lo es la bala en su recorrido”. Fue esa acción una forma fácticamente genuina y única del directo autor. Lo del llamado “cómplice necesario”, apenas fue una prueba de esa acción que complementa la confesión calificada, que no descubre otro autor en esa calidad de cómplice necesario, puesto que la inimputabilidad se circunscribió a la falta de capacidad de comprensión y el cómplice debe saber que presta el auxilio y para qué lo presta, esto es, debe obrar “a sabiendas”, siendo suficiente el *dolus eventualis*.

Al igual que el agente provocador en un delito, no puede ser castigado a causa del auxilio el que a sabiendas contribuye al acto con un medio inidóneo, como dar veneno conociendo que no lo es. Si contribuyó al acto con medio idóneo y necesario para el homicidio sin saber lo que hacía, alguna trascendencia ha de tener esa circunstancia, que no es precisamente la de llevar como inimputable a las medidas de seguridad, si se ha de armonizar el fenómeno de la complicidad y el de la inimputabilidad en la legislación penal vigente.

¿Qué seguiría, atendiendo al aspecto de la accesoriedad de la participación, condicionada a la culpabilidad del autor principal como “plenamente responsable”, si este también es inimputable? Tal autor material inimputable responde de lo que ha cometido realmente (realizó el hecho —art. 33—) y tendrá su medida de seguridad. Mas el otro, cómplice inimputable, ¿iría a la misma medida de seguridad del autor material inimputable?

La respuesta es rigurosamente negativa, por cuanto en esas condiciones de incapacidad de entender y de querer, no es concebible su participación responsable y culpable, puesto que la complicidad (necesaria o no necesaria) es dependiente de características subjetivas y sin ellas, aunque se den las externas de la colaboración o auxilio material, “no existe una acción típica”. Si como instrumento no conoce la tendencia o intención del que lo aprovecha para el delito y no puede decirse que lo haya cometido, de igual manera en la condición de cómplice, está excluido de culpabilidad o debe estarlo, puesto que no ha poseído el total dolo del agente principal y no podía siquiera imaginarse su existencia en su mente dada la responsabilidad objetiva y a conjurar con algún acierto y compenetración las figuras de la complicidad e inimputabilidad.

El Código Penal de 1936 traía en el título II del libro I las sanciones en los capítulos I y II, las medidas de seguridad, mezclándolas contradictoriamente y sin acentuar la diferencia fundamental entre unas y otras, obediente al factor peligrosidad de los anormales (inimputables) y a lo objetivo de la responsabilidad.

La legislación penal vigente busca la separación técnica de las sanciones y medidas de seguridad, alejándose del criterio de la doble vía (“*doppio binario*”) y estableciendo las primeras en el título IV y las segundas en el V, precisando aún más el sentido de la sanción al no tomarlo en cuenta en las medidas de seguridad, como tampoco su inspiración en la defensa social o criterio peligrosista.

Complejo ha sido el tratamiento de los inimputables y en veces ha enredado a la doctrina y a la jurisprudencia, mas de todas maneras ha primado la tendencia a la impunidad de sus actos delictivos y a la actuación del Estado únicamente en función de curación, tutela y rehabilitación.

Desde el Código Penal de 1873 "De los Estados Unidos de Colombia" (Lei 112 de 26 de junio de 1873) son excusables y no están por consiguiente sujetos a pena alguna, el que se halle en estado de verdadera demencia o locura, al tiempo de cometer la acción, o privado involuntariamente del uso de su razón y el que viola la ley en un estado de embriaguez absoluta si esta ha sido involuntaria (arts. 87 y 88).

De esta manera ha de atenderse el sentido natural y obvio de las palabras y de los verbos rectores que utilizan las normas penales para apreciar como valederos los precedentes planteamientos y toda la doctrina analizada que los fundamenta. Lógico, entonces, que el art. 33 del Código Penal, al hablar de los "inimputables que realicen un hecho punible, serán sometidos a las medidas de seguridad establecidas en este Código" (arts. 93 y ss.), está haciendo referencia al autor material solamente y no al inimputable que determine a otro a realizarlo, por cuanto en su condición de autor intelectual, que toma al tercero como sujeto consciente de lo que hace, contraria ese despliegue intelectual y psicológico la persona que carezca de tal capacidad de entender y querer, vale decir, que no es posible un inimputable que determine a otro a realizar el hecho, puesto que en semejante condición mental es imposible hacer surgir en otro la resolución de cometer un delito. El autor intelectual obra conscientemente y conoce la conciencia con que el tercero actúa, es decir, como autor mediato actúa con pleno conocimiento de su entender y querer y conoce estas facetas psicológicas del ejecutor de su designio, o su deficiencia si lo toma como instrumento (art. 23 del Código Penal, autores).

Empece, no todo inimputable que realice un hecho punible, como autor material principal o directo, está sujeto a las medidas de seguridad que indica el inciso 1° del art. 33, por cuanto queda descartado el que haya actuado como mero instrumento del autor mediato (1ª excepción). Igualmente, quien encasillado en la denominación *inimputable* por conocida inmadurez psicológica o trastorno mental, para el momento del delito hubiere tenido capacidad de entender y querer y obrado dentro de causales de justificación o de inculpabilidad, que le han de ser reconocidas. También, el que obró dentro de un trastorno mental transitorio que le afectó severamente esa capacidad de entender y querer en el momento del hecho, pero al cual no le quedaron perturbaciones mentales, conforme lo dispone el inciso 2° del pluricitado art. 33 (2ª excepción).

#### Conclusión:

Por lo extensamente analizado, considero inconcebible jurídicamente en cooperación con el autor material al inimputable o como cómplice o sea en contribución "a la realización del hecho punible o preste una ayuda poste-

rior..." (art. 24), si al momento de una u otra conducta no tenía la capacidad de entender y querer. Su concurso no se da así voluntario y consciente del fin que lleva el autor material. Es un imposible jurídico.

La prueba que se ha dado de Carmona Montoya como inimputable es el elemento de convicción más fehaciente y palmario de su incapacidad para entender y querer el auxilio que prestó al autor material y por ende, que no es "cómplice necesario" de este y no hay razón para aplicarle una medida de seguridad, así sea irregularmente humanizada, puesto que su acto es perfectamente impune.

Se ha dicho que los inimputables son capaces de dolo y de culpa en determinados momentos, o de nada; pero en una de estas tres condiciones o en cualquiera que presente abiertamente su incapacidad de entender y querer, no autoriza al juez para colocarlo en la postura procesal más fácil por ese solo *status* de inimputable. Proceder como lo hace el de instancia y lo confirma ahora la Sala (mayoría), al llamar a Carmona Montoya a responder en juicio criminal como cómplice necesario, implica la ligereza de deducir responsabilidad por el mero hecho material, o lo que es lo mismo, aplicar la responsabilidad objetiva, con notorio quebranto además de los supuestos básicos de la complicidad o participación criminal. La inimputabilidad, como la imputabilidad, es un juicio de probabilidad y tanto la realidad de una como de la otra, no constituye siempre el fundamento y la certeza de una sentencia o de una medida de seguridad, como ampliamente se ha visto. El mismo Código Penal así lo pregona y no se asusta en el amparo de la sociedad, el dejar sin sanción y ni siquiera con medidas de seguridad al autor material inimputable (que realice el hecho), en las circunstancias del inciso 2° del art. 33, creando en esta norma una nueva causal de improcedibilidad que para etapa procesal diferente a la de este negocio, permitiría la aplicación del art. 163 del C. de P. P. Cerrada la investigación y en calificación de fondo, tal situación implicaría la aplicación del numeral 1° del art. 491 del C. de P. P., o sea, desatarse el caso con sobreseimiento definitivo.

En consecuencia de todo lo precedente, en este momento procesal, lo más prudente y jurídicamente técnico hubiera sido sobreseer definitivamente en favor de Conrado Carmona Montoya (a. El Loco) del cargo de homicidio con invocación del último texto citado, sin darle a la analogía en penal los alcances que le están prohibidos y que si permitidos *in bonam partem*, son para favorecer al delincuente, pero no para instalar caprichosamente a un inimputable en la posición más cómoda y de menos esfuerzo, con arrebatos de justicia, la misma que se le desconoce.

Es mi criterio de minoría.