

Tribunal Superior de Medellín

Embriaguez aguda, retardo mental, trastorno mental transitorio

Magistrado ponente: doctor JAIME TABORDA PEREÁÑEZ

I. La *embriaguez aguda voluntaria* solo en forma excepcional puede dar lugar a una situación de inimputabilidad de que trata el art. 31 del Código Penal, pues *ese estado de ebriedad no trasciende por sí solo al concepto de trastorno mental* en forma que impida la capacidad de comprender la ilicitud de la conducta o de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

II. Si el agente padeciere *retardo mental moderado* es absolutamente necesario examinar la conducta del justiciable al momento de ejecutar el hecho legalmente descrito en orden a establecer un nexo causalista entre la enfermedad mental y el comportamiento del sujeto agente, pues *la situación de "retardo mental", por sí sola, no es incompatible con la imputabilidad* ya que la capacidad de entender y de querer no se excluye por la circunstancia de que esté disminuida o menguada.

III. Cuando esté plenamente demostrado en el proceso que el agente, al momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, era inimputable por haber sufrido *trastorno mental transitorio sin que le quedare perturbación mental* (C. P., art. 33, inciso final), el proceso debe terminar con un sobreseimiento definitivo.

VISTOS:

El Juzgado Noveno Penal del Circuito de esta ciudad, en providencia de siete de julio del presente año, luego de afirmar que "...se reconocerá que el procesado, al momento de ejecutar los hechos punibles materia de su vocación a juicio, se encontraba dentro de las circunstancias del art. 31 del Código Penal, sea decir, bajo la influencia de un trastorno mental transitorio, que obviamente por no dejar secuelas, en el evento de ser sentenciado no daría lugar a la imposición de medidas de seguridad, y por ello desde ahora se le ordenará su libertad, previa conminación...", resolvió llamar a responde en juicio a NN (a. "El Loco") por los delitos de acceso carnal violento y hurto calificado, cometidos en la persona y

contra el patrimonio de la señorita BB, el siete de febrero del año en curso, en el barrio Santo Domingo Savio de esta ciudad. Resolvió, asimismo, y como consecuencia de la premisa anunciada, ordenar la libertad previa conminación por la suma de quinientos pesos.

El Tribunal conoce por apelación interpuesta por el defensor oficioso.

En el trámite de la instancia, no hubo alegación del impugnante. Por su parte, el agente del ministerio público, para el caso el señor fiscal séptimo de la corporación, solicita se confirme el auto apelado.

LOS HECHOS:

Esta misma Sala, en pasada oportunidad lo resumió así: La joven señorita de 19 años

de edad, BB, pretendía abordar la buseta en el barrio Santo Domingo Savio de esta ciudad, como a las seis de la mañana del 9 de febrero del año en curso, con el propósito de trasladarse al lugar de su trabajo, esto es, a "Manufacturas Scarlit", cuando de pronto dos hombres que había visto trotar detrás de ella la alcanzaron tomándola por el cuello y de una mano, a la fuerza, para llevarla a un rastrojo en donde, mediante el empleo de una peinilla o machete, le quitaron la ropa de la cintura hacia abajo, ejecutando uno de ellos el acceso carnal violento. Después de la violación, le sacaron del bolso la suma de trescientos pesos. De los dos atacantes BB logró reconocer a uno de ellos, NN, a quien apodan "El Loco", por ser vecino de ella.

LA PRUEBA. EVALUACIÓN Y CONSECUENCIAS:

La síntesis anterior se ha extractado de las exposiciones que bajo la gravedad del juramento hizo la ofendida BB, no solo el mismo día del atentado contra su libertad sexual y contra su patrimonio (fls. 1 fte. y vto.), sino en la ampliación de denuncia (fls. 16 y ss.; 47 y ss.), en las cuales en forma detallada, uniforme y responsiva, refiere como NN, a quien conocía de tiempo atrás porque fue su vecino y por haber estudiado en la misma escuela con varias hermanas de él, la cogió de una de sus manos, mientras que el otro sujeto, para ella desconocido y quien acompañaba a NN, la tomaba por el cuello y la amenazaba con un machete; y entre ambos la condujeron a un rastrojo. Allí, cuando opuso resistencia, el desconocido la golpeó en el rostro y en el abdomen, la despojó del *slack* y los pantalones para luego accederle sexualmente, mientras que NN continuaba sujetándola de las manos, las cuales le besaba. "...el que me cogió la mano yo lo conozco, entonces yo le decía que me ayudara, que se acordara que él también tenía dos hermanas, entonces no quiso ayudarme. Luego el otro me introdujo el pene en la vagina, entonces yo

haciéndole repulsa, en esas con las movenciones se le salió, entonces me dijo: «Si ves gran hijueputa ahora te va a doler más, para qué lo dejaste salir». Yo cuando eso estaba amenazada con un arma, yo ví que era como una peinilla. Luego el que me violó me levantó el brasier y empezó a darme besos en el seno. Luego cuando ya se iban a ir fue que esculcaron el bolso y se llevaron trescientos pesos. Luego cuando ya se iban a ir, entonces el otro, el que yo conozco, y el cual le dicen el Loco, creo que se llama Darío, se devolvió y me dijo que le prometiera que no iba a decir nada, entonces yo le dije que tranquilo que no iba a decir nada, entonces me dijo que le diera un besito como promesa que no iba a decir nada. Cuando ellos salieron del matorral, una señora que pensaba que estaban haciendo otras cosas, entonces les dijo que dejaran esas cochinas... que si no encontraban otro lugar, ellos no dijeron nada. Entonces la señora se dirigió donde yo estaba y empezó a decirme que yo por qué no había gritado, viendo que ellos (ella y su esposo) estaban ahí tan cerquita. Entonces yo le dije que cómo me iba a poner a gritar viendo que ellos me tenían amenazada. En seguida se amontonó otra gente ahí y otra señora se arrimó y me llevó hasta su casa..." (fl. 16 vto.). Este relato de los hechos, que reitera a fl. 47, lo sostiene en diligencia de confrontación con el sindicado (fls. 20 a 23): "...cuando menos pensé el compañero de este —se refiere al sindicado NN, se aclara— me cogió del cuello y el señor acá presente me cogió acá de la mano, el otro me dijo que no gritara y amenazaron con una peinilla pero no pude determinar quién llevaba la peinilla, entonces dijo el otro que me llevaran a una especie de rastrojo que había allí... y como me tenían así me condujeron y el señor me llevaba de la mano y el otro del cuello y me tiraron a unas maticas no muy altas... ahí fue cuando me sentaron en el piso... el otro era tratando de quitarme el *slack* mientras el señor me tenía de la palma de la mano, entonces cuando bregaba a quitarme el otro el *slack* yo le decía a este muchacho Darío que

se acordara que yo lo conocía y que él también tenía hermanas, entonces él contestó: «dejémosla que a esta pelada la conozco yo...» y el otro decía: «no güevón, deja de joder...» entonces ya el otro muchacho me quitó el *slack* y se desabrochó el pantalón...mientras tanto Darío bregaba cogiéndome la mano, y me la cogía y me daba besos en ella...». En la misma diligencia de confrontación la ofendida agrega que cuando ya los dos asaltantes se iban, consumado el atentado, “yo estaba bregando a ponerme el *slack* cuando este se devolvió y me dijo: “...prométame que usted no va a decir nada... y deme un besito en señal de promesa... entonces llegó y me besó. Luego ellos se fueron”. “...Ellos salieron juntos y este se devolvió, salieron despacio...”. La ofendida le sostiene que ellos estaban de acuerdo en abusar de ella, “porque venían juntos, porque los dos me cogieron y cómo se comportaban”.

La señora B. L. de V. (fls. 39 y ss.) fue testigo de parte de los hechos. Ella refiere que estando en su residencia regando unas matas percibió llantos o quejidos, y que a poco observó a dos hombres desconocidos para ella que se levantaban de un rastrojo y al momento lo hacia una muchacha que estaba semidesnuda y procuraba ponerse el *slack*; que cuando trató de recriminarla ella le refirió que acababa de ser víctima de un atentado sexual. “...uno de ellos se devolvió antes de ir yo donde ella...; el *slack* se lo dañaron todo por los lados del cierre y le pregunté por los interiores y me dijo que no sabía que los habían hecho ellos y no se le veían interiores. Preguntada: ¿En qué forma salieron los dos individuos del matrotal? Contestó: *Ellos salieron conversando pero como estaba tan retirada no les oí nada, como salieron daba la impresión de que eran amigos los dos muchachos por lo de salir conversando, y caminaron juntos por ahí cinco metros los dos y ahí se devolvió uno de ellos y luego se volvió a juntar con el otro y se fueron juntos pero no los volví a ver*” (fl. 39 vto.).

F. (fls. 40 vto.) fue la otra señora vecina al lugar de los hechos que observó a la ofen-

didada instantes después del acometimiento sexual, la misma que le prestó una levantadora para que cubriera sus desnudeces, apreciándole, además, una profusa hemorragia vaginal.

El examen ginecológico (fl. 16 fte.), practicado el mismo día presentó: “himen con desgarro reciente y hemorrágico a las cuatro del cuadrante de un reloj; además erosiones lineales en cara interna de ambos muslos, dejados al parecer por uñas humanas... El examen de flujo vaginal muestra espermatozoides, lo que indica coito reciente”.

NN en indagatoria (fls. 18 y ss.) niega toda participación en los hechos, afirmando que cuando iba para el trabajo vio que un individuo a quien no conoce, sacó una peinilla o machete de diez y ocho pulgadas y cogió a una muchacha “...la tiró a la manga entonces yo al ver eso arrimé, entonces ella apenas se vio cogida me pidió una ayuda a mí, entonces cuando yo llegué y le dije a ella que no podía ayudarla porque el muchacho estaba armado, entonces ella se puso a llorar...ella fue la que me cogió de la mano para que la jalara y la salvara y el cogió la peinilla y me amenazó...cuando yo estaba ahí le rompió la ropa, la tiró a la manga y se le echó encima y le digo no alcancé a ver cuando él se le montó porque arranqué y me fui, ya que no soy campanero ni compañero de él...”.

Esta mentirosa versión del sindicado es abiertamente contradicha por la ofendida en sus diversas exposiciones y asimismo en la diligencia de confrontación con él; no es cierto, como dice NN, que él al ver que cogían a la muchacha siguió de largo ‘su camino’; no, si es que el mismo sindicado dice que “el tiempo que me quedé en esa vaina fueron diez minutos” (fl. 18 vto.); “...estuve menos de quince minutos” (fl. 19 vto.); precisamente fue ese el lapso que duró el acometimiento; él no estuvo como mero espectador, sino en una eficiente cooperación en el atentado sexual, asiendo a la víctima por las manos, ayudando a introducirla en el rastrojo y sosteniéndola mientras el otro la accedía carnalmente. Luego, cuando su compañero de fechorías hubo terminado,

sustrajeron el dinero del bolso, y, como lo afirman la ofendida y la testigo B.L.V., “salieron conversando y caminando juntos por ahí cinco metros los dos y ahí se devolvió uno de ellos y luego se volvió a juntar con el otro y se fueron juntos”. Ya se anotó que el que se devolvió fue precisamente el sindicado, para decirle a BB que le prometiera que no iba a decir nada y que como prueba de la promesa le diera un beso. Por modo que, no obstante sus protestas de inocencia, con los elementos de convicción legalmente aportados al proceso, puede predicarse que él tomó parte, en concurso recíproco de voluntades y acciones con el otro delincuente aún no identificado, en la ejecución de los hechos punibles a que se contrae este proceso.

Tanto el sindicado como la madre de este, dieron en el proceso la información de que NN había sido tratado en el Hospital Mental de esta ciudad. Ello determinó al juez del conocimiento para ordenar “examen psiquiátrico” al procesado (fl. 36), ante los peritos del Instituto de Medicina Legal. En esta dependencia oficial se asignó la peritación al psicólogo forense. Del expediente se tomaron, para el peritaje, datos como estos: que la víctima de la violación distinguía a uno de los delincuentes como el que apodan “El Loco”; que la madre de NN expresó a fl. 5, refiriéndose a su hijo: “el sufre una enfermedad que es neurosis y debido a eso lo tratan en el Hospital Mental de Bello...”; que el sindicado en su indagatoria expresó que la víspera de los hechos estuvo ingiriendo licor y cuando se le preguntó “por el estado en que se encontraba a las seis de la mañana del nueve de febrero (el día siguiente, se aclara) en relación con el licor”, contestó: “estaba todavía embriagado”; que igualmente manifestó que consumía marihuana desde la edad de quince años; que estudió en una escuela especial hasta quinto de primaria.

Importa, para mayor claridad, precisar estas circunstancias:

a) En cuanto a la embriaguez del sindicado: “Yo estaba bebiendo —dice NN— el día

domingo solo, entonces arrimé por allá a la casa y tenía algunos tragos y por ello no sé a que horas arrimé, bebí hasta las doce de la noche, estando en diferentes heladerías y me fui para la casa y me acosté y me desperté a las cinco de la mañana y me bañé, me puse la misma ropa...entonces fui a ver si podía coger al cliente en el trabajo y ya no estaba”.

b) En cuanto al tratamiento en el Hospital Mental: de allí se informó (fl. 37 fte.) que se le trató “en forma irregular en consulta externa del 22 de agosto de 1979 al 12 de abril de 1980. El motivo de consulta fue agresividad, bajo rendimiento escolar e inestabilidad. Se hizo diagnóstico de retardo mental y tratamiento a base de sicofármacos”. La droga recetada fue “Largactil”, en gotas, según las fórmulas de fls. 9 a 15, la última de ellas correspondiente al mes de abril del año pasado.

c) En cuanto al estudio en una escuela especial: ciertamente, según constancia de la directora de la Escuela Antonio Derka (fl. 70 fte.), allí estudio durante los años 1976 a 1979; “ingresó por problemas de aprendizaje y dificultades de tipo psicológico; mientras estuvo en esta institución fue sometido a intenso tratamiento psicológico debido a sus múltiples problemas interpersonales que presentó dentro y fuera del aula de clase”.

e) Exceptuando la afirmación que hizo el sindicado en la indagatoria, en el proceso no hay más constancia de que sea adicto a la marihuana. Ni la madre de él lo sabía. Ella dice que en forma esporádica su hijo ingiere cerveza y aguardiente.

DE LA PERITACIÓN FORENSE:

Los hechos, como ya se anotó, ocurrieron el 9 de febrero del presente año. El psicólogo hizo su exploración en el sindicado el 9 de abril y en su evaluación conceptual emitió el siguiente diagnóstico y conclusión (fls. 71 y ss.): “NN padece de un retardo mental moderado”. “...El diagnóstico de retardo mental moderado y el consumo continuado y periódico de marihuana y alcohol hacen

que su personalidad se vaya deteriorando, tal como se observa en la evaluación clínica y en los resultados de los tests. El uso de estimulantes, barbitúricos, alcohol, y en general de estupefacientes está totalmente contraindicado para estas personas que padecen retardo mental, ya que por lo general precipitan la aparición de cuadros sicóticos. Por lo tanto considero que NN, el día de los hechos se encontraba en un estado de anomalía síquica por la ingestión de droga formulada y el alcohol...". Más adelante agrega: "El señor NN, el día de los hechos se encontraba bajo las circunstancias del art. 31 en un estado de intoxicación el cual se desencadenó en un trastorno mental transitorio".

Antes de hacer el análisis crítico al dictamen pericial, conviene apuntar de una vez esta observación al mismo: se dice en el concepto del experto que "retardo mental moderado y el consumo continuo y periódico de marihuana y alcohol hacen que su personalidad —la del sindicado— se vaya deteriorando..." (fl. 74). Ocurre, sin embargo, que nada hay en el proceso que indique que el implicado, el día de los hechos, ni la víspera, hubiere consumido marihuana; ni tampoco droga alguna. Es más, en cuanto a la periodicidad con que ingiere licor, la madre de él dice, al contestar interrogatorio en tal sentido: "él toma más que todo cuando hay fiestas que lo invitan...toma aguardiente o cerveza. Preguntada: Pero más o menos ¿cada cuánto tiempo se toma los aguardientes o las cervezas? Contestó: no tiene consistencia, no es aficionado a tomar, es una rareza que tome" (fl. 86 fte.).

El dictamen pericial del folio 71, a petición del juez y a fin de determinar si el trastorno mental en que actuó el inculpinado NN desapareció y por lo tanto no le quedó ninguna secuela de perturbación mental, fue ampliado de la siguiente manera por el psicólogo forense:

"a) El examinado padece un retardo mental equiparable a una inmadurez psicológica.

"b) El examinado, el día de los hechos se encontraba en un cuadro de intoxicación

crónica, el cual le desencadenó un trastorno mental transitorio. Por tanto el trastorno mental transitorio ya desapareció y no le deja como tal secuelas" (fl. 87).

CRÍTICA AL DICTAMEN FORENSE:

1º) En el caso que se estudia, el perito, partiendo de unas bases que no podían predicarse del sindicado al momento del hecho, obtuvo una conclusión equivocada. En efecto, en el dictamen pericial se dice que el procesado padecía 'intoxicación crónica', producida por el consumo continuado y periódico de alcohol y estupefacientes, lo que unido a la condición de retardo mental moderado hacen que la personalidad se vaya deteriorando. "El uso de estimulantes, barbitúricos, alcohol y en general estupefacientes está totalmente contra indicado para estas personas que padecen retardo mental; ya que por lo general precipitan la aparición de cuadros sicóticos" (fl. 71). Estas apreciaciones generales que el perito hace, no pueden predicarse para el sindicado, pues no es verdad procesal que él sea un alcohólico crónico; por el contrario, la madre de él dice que no es aficionado a bebidas embriagantes, "es una rareza que tome" (fl. 86). Tampoco está acreditado que sea adicto a los estupefacientes. Ni el tratamiento ambulatorio que se le dio en el Hospital Mental fue para una toxifrenia. El motivo de consulta en ese centro hospitalario se debió a que NN presentaba "agresividad, bajo rendimiento escolar e inestabilidad" (fl. 37); la droga que se le recetó fue 'largactil', sedante que suprime la excitación emocional y calma los desórdenes nerviosos, fármaco que, entre otras cosas, tampoco se sabe desde cuándo dejó el sindicado de consumirlo, ya que la última fórmula de control tiene fecha de abril de 1980. Nada, entonces, apunta hacia el concepto de la 'intoxicación crónica', menos para afirmar que "NN, el día de los hechos se encontraba en un estado de anomalía síquica por la ingestión de droga formulada y alcohol" (fl. 74).

Se sabe, es cierto, que el día anterior a los hechos el sindicado ingirió licor hasta las doce de la noche cuando regresó a su casa y se acostó a dormir. Que se levantó a las cinco de la mañana, se bañó y se dirigió a realizar 'un trabajo'; fue entonces cuando se encontró con otro sujeto, y siendo aproximadamente las seis de la mañana, agredieron sexualmente a la joven BB. Con estos antecedentes podría ser, en gracia de discusión, y en forma generosa, aceptarse que el procesado al momento del hecho padecía una embriaguez aguda voluntaria, pero ese estado de ebriedad solo en forma excepcional puede dar lugar a una situación de inimputabilidad de que trata el art. 31 del Código Penal, ya que, parece obvio, esa normal situación de ebriedad no trasciende por sí sola al concepto 'trastorno mental', en forma que impida la capacidad de comprender la ilicitud de la conducta o de determinarse de acuerdo con esa comprensión. Y se dice que por excepción puede presentarse ese estado de inimputabilidad, porque también puede ocurrir un estado de alteración sicosomática de tal magnitud en la ebriedad, que produzca en el sujeto agente trastorno mental que impida la comprensión de la ilicitud de la conducta al momento de actuar. Pero del estudio de la dinámica del hecho aquí investigado no se desprende esa situación de excepción. En efecto, si se examina la conducta del sindicado al momento de ejecutar los hechos punibles que dieron origen a este proceso, según los elementos de convicción ya relacionados, se tiene que él estaba en capacidad de comprender su ilicitud y de determinarse de acuerdo con esa comprensión, así se le considere en estado de intoxicación crónica o de embriaguez aguda voluntaria.

2º) Si la cuestión se examina por el aspecto del 'retardo mental moderado, equiparable a una inmadurez psicológica (fl. 87), tampoco resulta inimputable el sindicado. En efecto, reconociendo acierto en el diagnóstico que con fundamento en la exploración psicológica hizo el perito, para afirmar que el procesado "padece un retardo mental moderado", resulta absoluta-

mente necesario examinar la conducta del justiciable al momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, en orden a establecer un nexo causalista entre la enfermedad mental y el comportamiento del sujeto agente. Por eso este mismo tribunal, al estudiar este referido aspecto en otra oportunidad, expresó: "...la capacidad de entender o de querer no se excluye por la circunstancia de que esté disminuida o menguada. La posición de retardo mental, entonces, por sí sola, no es incompatible con la imputabilidad. Es necesario el estudio del comportamiento del reo, limitado al «momento de ejecutar el hecho legalmente descrito». Si el trastorno mental no opacó «la capacidad de comprender su ilicitud» (la del hecho legalmente descrito), ni afectó seriamente la capacidad «de determinarse de acuerdo con esa comprensión», y ello se establece mediante el censo de las cualidades personales del reo trasfundidas en el hecho cometido (RANIERI), debe «ser sometido a sus consecuencias penales», cual es el significado de la noción de imputabilidad" (Sentencia, febrero 16 de 1981. Magistrado ponente: EDGAR TOBÓN URIBE. Revista "Temas de Derecho Penal Colombiano" núm. 13, pág. 78). En esa misma providencia se trae esta cita de RANIERI: "...si es cierto que, para nuestro derecho positivo, como la base de la imputabilidad se encuentran la *madurez síquica* y la *sanidad mental*, es sin embargo exacto sostener que, por ello, no es necesario que se encuentren en su persona en un *estado de plenitud*, sino que es suficiente que existan aun en *grado disminuido*, con tal de que no excluya la capacidad de entender y de querer". Agregando: "Así, pues, para nuestro derecho positivo, la imputabilidad se funda, no sobre la plena madurez síquica y la plena sanidad mental de la persona del agente, sino sobre aquel grado que basta para no excluir la capacidad de entender y de querer" (*Manual de derecho penal*, t. II, pág. 218, *op. cit.*, pág. 80).

Cuando se examina la conducta del sindicado en el caso de autos, al momento de ejecutar el hecho, ayudando a conducir a la

víctima hacia un rastrojo; negándose a desistir de la abominable acción que se iba a realizar ante las súplicas de la joven; sosteniéndola de las manos, mientras el otro la accedía carnalmente; solicitándole, una vez consumado el hecho, de que no lo fuera a delatar, claramente emerge la conclusión de que ese procesado, por retardado mental que sea, e inmaduro psicológico, estaba en ese momento en capacidad de conocer la ilicitud de su comportamiento y de determinarse con fundamento en esa comprensión.

Explicando REYES ECHANDÍA la referencia que en el art. 31 del Código Penal se hace de la expresión al “*momento de ejecutar el hecho*”, apunta: “tiene por objeto precisar que el fenómeno de la imputabilidad y su negativo —el de la inimputabilidad— debe concurrir o, más exactamente, coexistir con el momento en que se realiza la conducta descrita en la ley como delito, de tal manera que si alguien, con el cuadro clínico propio de una determinada enfermedad mental (una sicosis maniaco-depresiva, por ejemplo), comete infracción penal en período de normalidad síquica, de tal manera que en ese momento estaba en condiciones de comprender la ilicitud de su comportamiento, no debe ser tenido como inimputable; lo mismo habrá de decirse, desde luego, cuando la anomalía sicosomática surge después de la ejecución del delito” (ALFONSO REYES E., *La imputabilidad*, 2ª ed., pág. 248). En este mismo sentido se pronuncia CARRARA, para quien “la mayor o menor duración de la alteración morbosa en nada influye sobre la imputabilidad, con tal que el acceso sea concomitante con la acción criminal, por lo cual hasta un furor transitorio puede excluir por completo la responsabilidad de los propios actos. Y por el contrario, aun el maniaco con delirio, si delinque en el estado de intervalo lúcido, es responsable del hecho propio” (F. CARRARA, *Programa*, vol. I, § 249, pág. 175, Depalma, Buenos Aires, 1944).

En cuanto a la expresión “*determinarse de acuerdo con esa comprensión*” (C. P., art. 31), el comisionado DARÍO VELÁSQUEZ GAVIRIA al explicar su alcance expresó:

“quien comprendiendo la ilicitud del hecho, se determina para realizarlo, estuvo en capacidad de valorar los motivos que lo inducían a ejecutarlo y los que impulsaban a no actuar, optando por los primeros, en lo cual se advierte la presencia de la libertad, manifestación de la voluntad entendida como capacidad para situarse por encima de motivos antagonicos y decidirse por algunos de ellos” (Actas de la Comisión redactora del Anteproyecto del Código Penal. Ministerio de Justicia, 1974, pág. 305).

Lo dicho en precedencia sirve para afirmar a la Sala que aun cuando se pueda predicar de NN como que es un retardado mental moderado, equiparable a un inmaduro psicológico, al momento de ejecutar el hecho legalmente descrito estaba en capacidad de entender y de querer, por ello era imputable y como tal debe juzgarsele.

Importaban estas dos breves anotaciones:

Es al juez, y no al perito, a quien corresponde, previa valoración del dictamen, hacer la correspondiente ubicación de la conducta en la norma descrita por el legislador. Y, finalmente, si el juez del conocimiento, al momento de la calificación considera, como ocurrió en este caso, que el procesado era inimputable —por trastorno mental transitorio sin secuelas—, debe sobreseer definitivamente, y no llamar a juicio ni dejarlo en libertad, situación esta última que no tiene fundamento jurídico. En efecto, ante esta situación, la calificación debe ser en la forma anteriormente dicha —con un sobreseimiento definitivo— dada la ausencia de responsabilidad y de punibilidad de esa conducta. ¿Qué objeto tiene seguir un proceso en el que no se puede ni condenar ni absolver, habida cuenta de que la ley tiene establecido (art. 33, inciso 2º) que no hay lugar a imposición de medida de seguridad? Esa conducta es impune, sin perjuicio, como lo dice la misma norma, de la responsabilidad civil a que hubiere lugar, lo que se ejercerá por otra vía.

Para proferir auto de proceder (C. de P., art. 481) se exige prueba de que “el procesado es responsable” y el inimputable no

puede ser responsable; por eso no se le aplican sanciones sino medidas de seguridad en orden a obtener la curación, tutela o rehabilitación, según el caso. (C. P., arts. 12; 94, inciso 2º; 95, inciso 2º; 96 y 97). Cuando se trata, como en el caso presente, de un trastorno mental transitorio sin secuelas, no se impone medida de seguridad ninguna, pues no hay lugar a curación, ni rehabilitación, ni es menester la tutela del agente. No queda otro camino que el sobreseimiento definitivo, pues a nada conduce continuar el proceso. ¿Qué objeto tendría la apertura a pruebas en la causa? ¿Qué se convertiría en el plenario, si ya desde la calificación se había dicho que el sindicado era inimputable y que no era acreedor a ninguna medida de seguridad?

En el Código derogado había un precepto, el art. 382, inciso final, que permitía, según la doctrina y la jurisprudencia, terminar el proceso con sobreseimiento definitivo cuando las circunstancias especiales del hecho demostraran una menor peligrosidad en el sujeto agente, pues la norma establecía que podía “*eximirse de responsabilidad*”. Se partía allí de la base de que el agente “era responsable” y, sin embargo, por las especiales circunstancias del hecho y la menor peligrosidad, se le eximía de responsabilidad. Ese pronunciamiento se hacía al momento de la calificación con un sobreseimiento definitivo. Con mayor razón debe hacerse igual calificación cuando se compruebe legalmente que se trata de un inimputable por trastorno mental transitorio al momento de la comisión del hecho, que no deje ninguna perturbación mental en el agente, pues ese inimputable no es responsable, ni se le puede aplicar ninguna medida de seguridad según lo dispone el inciso final del art. 33 del Código Penal.

Resumiendo: las penas se imponen a los imputables (C. P., art. 41). Los inimputables que realicen el hecho legalmente descrito son sometidos a las medidas de seguridad establecidas en el Código Penal

(art. 33, inciso 1º); y cuando la imputabilidad proviniera exclusivamente de trastorno mental transitorio que no deje en el agente perturbación mental alguna, “no hay lugar a la imposición de medida de seguridad” (art. 33, inciso final), vale decir, no hay imputabilidad, pues el agente no estaba en condiciones de conocer ni querer la ilicitud de su conducta; tampoco punibilidad. La forma de hacer esa declaración es en la calificación con el sobreseimiento definitivo. De otra parte, el principio rector de la legalidad (C. P., art. 1º), que tiene fundamento en el art. 26 de la Constitución Nacional prohíbe la condena por el hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.

El auto recurrido habrá de confirmarse, pero no por los argumentos expuestos en esa decisión, sino por los expresados en esta providencia, con la sustancial modificación de que NN debe ser juzgado como imputable, y por estar satisfechos los presupuestos exigidos por el art. 481 del C. de P. Se trata de los delitos de acceso carnal violento y hurto calificado, sancionados en los arts. 298 y 350 del Código Penal, agravados en razón de lo dispuesto en los arts. 306, numeral 1º, y 351, numeral 9º, respectivamente, de la obra citada. Se revocará el beneficio de libertad concedido a ese sindicado, y como consecuencia se ordenará la detención preventiva, pues si hay fundamento para llamarlo a responder en juicio, con mayor razón para esta medida precauteladora, al tenor de lo dispuesto en el art. 439 de la obra procedimental citada. Se ordenará para este efecto la captura.

DECISIÓN:

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

la ley, obrando en desacuerdo con el concepto del señor fiscal 7º de la corporación, *confirma* el auto de proceder apelado, de que se ha hecho mérito, de la fecha y procedencia indicadas, en contra de NN (a. "El Loco"), por los delitos de acceso carnal violento y hurto calificado, cometidos en concurso, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar anotadas en la parte motiva,

con la *modificación* de que al sindicado NN se le juzgará como imputable. *Revoca* la libertad y *en su lugar ordena la detención* del citado NN, por los delitos ya indicados. Librense las correspondientes órdenes de captura.

Aprobado en la fecha, según acta núm. 68.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta revista se terminó de imprimir en los talleres litográficos de Editorial Temis S.C.A., el día 23 de abril de 1982.

LABORE ET CONSTANTIA