

REVISTA DE DERECHO

AÑO XVIII

ENERO - MARZO DE 1950

N.º 71

DIRECTOR: SR. ORLANDO TAPIA SUAREZ

COMITE DIRECTIVO:

SRES.:

ROLANDO MERINO REYES

QUINTILIANO MONSALVE J.

JUAN BIANCHI BIANCHI

VICTOR VILLAVICENCIO G.

MARIO CERDA MEDINA

ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA - CONCEPCION

HECTOR BRAIN RIOJA

OBSERVACIONES AL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL CHILENO

(Continuación)

42.—Tentativa imposible.

Texto vigente: El Código Penal Chileno no contiene actualmente disposición alguna relativa a esta figura jurídica del **delito intentado**.

Proyecto: Inciso 4.º del artículo 8: "La tentativa no se sanciona cuando es absolutamente imposible la consumación del crimen o simple delito; pero en tal caso podrá aplicarse al agente algunas de las medidas preventivas que señala el artículo 21".

Conviene previamente advertir que, si bien es cierto que en la legislación penal vigente no se contempla el **intento imposible**, sin embargo los Tribunales habían reconocido esta fórmula jurídica y le habían dado aplicación en sus fallos, acogiendo, de este modo, el sentir unánime de la doctrina y siguiendo el ejemplo de varias legislaciones extranjeras, en el sentido de considerar que aquel que pretendía realizar lo imposible y actuaba en este sentido, en realidad no realizaba acto alguno.

De consiguiente, la novedad que el Proyecto propone en la reglamentación de la tentativa es digna de todo elogio.

43.— A manera de breve comentario sobre el particular, cabe recordar que sobre esta materia existe, como en general ocurre, diversidad de criterio para fijar el ámbito de la figura jurídica, de la tentativa imposible.

En la teoría, el delito imposible, como también se le denomina, abarca una serie de aspectos en que son de fundamental importancia la intención del agente, la idoneidad de los medios, la idoneidad del objeto, el peligro corrido por la víctima y la peligrosidad del agente.

Sin entrar a los pormenores doctrinarios, es conveniente precisar conceptos, para entender en su verdadero sentido la fórmula acogida por la reforma y determinar el alcance que pueda tener la eximente de la "imposibilidad absoluta de la consumación del delito".

Se distingue, por los penalistas, entre la imposibilidad absoluta y la relativa; la de medios y la de objeto: la subjetiva y la objetiva. Todas las clasificaciones atienden al elemento en el cual se radica la imposibilidad, esto es, según provenga de la persona de la víctima; de los medios empleados por el agente; o de la naturaleza misma de la imposibilidad, en el sentido de precisar si tiene el carácter de general o de particular.

Ejemplarizando la teoría, podemos imaginar el caso del sujeto que, pretendiendo intencionalmente realizar un homicidio, clava el puñal en un cadáver creyendo hacerlo sobre un cuerpo vivo. En tal evento, si bien hubo intención de cometer el delito de homicidio, o sea, hubo tentativa, este delito no ha podido verificarse por inidoneidad del objeto, esto es, porque no puede darse muerte a un cadáver. Podemos suponer, también, el caso de un individuo que intentando matar a otro le suministra, a manera de veneno, agua con azúcar, y no le causa daño alguno. Podemos imaginar, asimismo, el caso de un sujeto que quiere dar muerte a otro, empleando al efecto un veneno naturalmente dañino, pero que no logra su fin por ser insuficiente la cantidad utilizada. Y podemos imaginar, por último, la situación del individuo que desean-do hurtar una especie que sabe ubicada en determinado lugar, no la encuentra por haber sido previamente retirada de allí.

PROYECTO DE REFORMA DEL C. PENAL CHILENO

35

En los dos primeros casos mencionados existe imposibilidad absoluta, por inidoneidad de objeto y medio, respectivamente, toda vez que el objeto y medio son y serán siempre, en todo caso, por naturaleza, inidóneos, inútiles para consumir el delito.

En los dos ejemplos restantes, habrá sólo imposibilidad relativa, por cuanto objeto y medio, si bien para los casos propuestos no fueron idóneos, sin embargo, por su naturaleza han podido servir para obtener el fin perseguido y consumir el delito, variando las circunstancias secundarias del hecho.

La teoría que acoge la reforma es la de la imposibilidad absoluta, sin distinguir entre la de objeto o la de medios, de modo que habrá que inferir que se refiere a ambas situaciones.

44.—Para determinar la penalidad el Proyecto sigue, con muy buen criterio, un concepto dual: exime de pena conforme a la teoría clásica, porque donde no pudo haber delito no ha podido haber delincuente, pero agrega que podrá ser sometido el sujeto a las medidas de seguridad convenientes, introduciendo así el concepto moderno de la defensa social contra aquellos individuos que se manifiesten como peligrosos para el grupo. Porque si bien, en teoría, donde no hay delito jurídicamente considerado no puede haber pena —como ocurre en el caso propuesto de dar muerte a un cadáver— existe, sin embargo, por una parte una intención delictual que contiene todos los elementos de la responsabilidad subjetiva, o, como dicen algunos autores, hay consumación subjetiva del delito, faltando sólo la objetiva; y por otra, una demostración de la personalidad criminal del agente que, en el evento de no darse la inidoneidad señalada, habría conseguido la consumación de su acto ilícito. Tales antecedentes autorizan a la colectividad para aplicar al sujeto —independientemente de la teoría clásica jurídica del delito—, medidas de prevención necesarias para la defensa común, con miras a evitar la repetición de tales actos, en principio delictuales, peligrosos y dañinos.

Digna de todo elogio es la iniciativa de los reformadores, porque abre las puertas de la legislación penal a una de las ideas modernas de mayor aceptación en el medio científico y de más importancia para la vida colectiva, como es la prevención de los delitos,

la consideración de la personalidad del delincuente y su índice de peligrosidad.

Sin embargo, esta idea se resiente en su utilidad, porque el Proyecto, al reglamentar las medidas de seguridad en el artículo 21, omite muchas de las que serían menester, según veremos en su oportunidad.

Pero, en todo caso, la sola mención de aquellas ideas, dentro de nuestro viejo Código, importa un avance notable que más adelante podrá constituir, mediante nuevas reformas, una conquista singular para la legislación penal.

Cabe agregar que en las actas publicadas se dejó expresa constancia de que la tentativa relativamente imposible es punible según las reglas generales; y que se rechazó la idea de hacer distinciones alrededor de las diversas formas en que podía producirse la imposibilidad absoluta, a que ya nos hemos referido.

45.—El desistimiento de la conspiración y proposición.—En consonancia con la introducción del desistimiento de la tentativa, la reforma elimina el desistimiento que contenía el inciso 4.º del artículo 8.º relativo a la **conspiración y proposición de delito**, porque siendo éstas, figuras menos avanzadas en la ejecución del hecho que la propia tentativa, no es posible exigir mayores requisitos para tal desistimiento que los exigidos en la tentativa, como ocurriría de mantenerse el actual inciso 4.º; sin perjuicio —se dijo— de hacerlo en particular en aquellos delitos que por su gravedad así lo requirieren.

46.—De modo que, con la eliminación recién anotada, resulta que tales figuras quedan sin regla general relativa al desistimiento.

Pero, con ánimo analítico, preguntamos: ¿Podrá haber desistimiento de conspiración y proposición, cuando la ley en casos particulares no lo contemple? En otras palabras, ¿será aplicable a estas figuras delictivas la regla contenida en materia de desistimiento de la tentativa?

La constancia de las actas a que hemos hecho referencia parece respondernos que sí, puesto que se eliminó la regla particular para la conspiración y proposición, por exigir más requisitos que

PROYECTO DE REFORMA DEL C. PENAL CHILENO

37

el caso de la tentativa, como quien dice, a fin de que se rija por la regla que contiene menos requisitos.

Y también nos contesta afirmativamente la consideración de que estas figuras son fases menos avanzadas del iter-criminis, de manera que si la ley autoriza a desistirse en la tentativa que es figura o momento más avanzado de desarrollo del delito, con mayor razón ha de entenderse que puede desistirse, con el beneficio de la eximente, en momentos menos avanzados.

Sin embargo, hay un quid. Existe una norma invariable de interpretación de la ley penal que no acepta la analogía, esto es, no acepta la interpretación en la forma precedentemente hecha; no permite que en materia penal pueda argüirse que "si en determinada situación se ha reglamentado en tal sentido, en otra semejante, en el silencio de la ley, debe entenderse o subentenderse sometida a regla igual"; ni decir que, por ser etapas menos avanzadas del iter criminis, el silencio las subsume en la regla del momento más avanzado.

Creemos que la interpretación que corresponde es la primera, esto es, la afirmativa. Pero tememos que en virtud de este principio, íntimamente arraigado en los interpretadores y ejecutores de la ley penal, no se permita aplicar la regla del desistimiento de la tentativa, dictada expresamente para ella, en materia de conspiración y proposición. Por lo mismo, parece más conveniente señalar algún medio de solucionar el silencio en que ha quedado el desistimiento de la conspiración y proposición, para los casos en que la ley no lo reglamente en forma especial en cada delito.

47.—Por último, en orden al mejor entendimiento de la punibilidad de la conspiración y proposición, se dejó expresa constancia en actas de que no es necesario que ocurran conjuntamente para hacerse acreedoras a sanción, a fin de evitar erradas interpretaciones, por existir en el primer inciso del artículo pertinente la conjunción copulativa "y", que puede inducir a error.

48.—Eximentes de responsabilidad.— Continúa la reforma, introduciendo interesantes modificaciones a las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, tratadas en el actual artículo 10 del Código Penal.

En primer término, se discutió la posibilidad de agrupar de manera distinta las diversas circunstancias eximentes, lo que no se acordó, por estimarse difícil la calificación de algunas de ellas. Sin embargo, más adelante se altera su actual ordenamiento y, en definitiva, se propone una enumeración en que pueden distinguirse claramente los dos grupos en que la doctrina imperante clasifica las eximentes de responsabilidad; a saber: circunstancias de inimputabilidad.

Las primeras eximen de sanción penal en razón de que su concurrencia elimina todos o algunos de los elementos que integran la imputabilidad física y moral del sujeto; ejemplos: fuerza irresistible, enajenación mental, menor edad.

Las segundas eximen en razón de que su concurrencia elimina la antijuridicidad del acto, de manera que aunque éste reúna elementos típicos del delito y aparentemente importe infracción legal, no lleva en sí el elemento antijurídico, por tratarse del ejercicio de un derecho del sujeto, como ocurre con la legítima defensa y con el estado de necesidad, por ejemplo.

Por otra parte, se elimina la excusa absolutoria en favor del marido que sorprende a su mujer infraganti en delito de adulterio, por estimársela resabio de antiguas costumbres.

Y, por último, se agrupa en un numerando las eximentes relativas a la menor edad; en dos las referentes a la legítima defensa; y se separan en dos la fuerza irresistible y la fuerza moral. Quedan así reducidas a 10 las 13 circunstancias eximentes del Código en actual vigencia.

Estas modificaciones de forma son beneficiosas porque dan claridad y ordenamiento lógico a las materias de que tratan.

49.—Las enajenaciones mentales.

Texto vigente: Artículo 10.—“Están exentos de responsabilidad criminal:

N.º 1.º. El loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, y el que, por cualquier causa independiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razón” (inciso 1.º).

PROYECTO DE REFORMA DEL C. PENAL CHILENO

39

Proyecto: Artículo 11.— “Están exentos de responsabilidad criminal:

“N.º 3.º. El que incurre en alguna acción u omisión penada por la ley, sin comprender la verdadera naturaleza del hecho, o comprendiéndola, sin poder determinarse de acuerdo con ella, por padecer en ese momento de anormalidades o alteraciones psíquicas, que perturben completamente sus facultades intelectuales, afectivas o volitivas.

“Esta circunstancia no obra en favor del ebrio o intoxicado, salvo que su estado fuere agudo o independiente de su voluntad”.

Modificación: a) cambio de ubicación, ocupando ahora el N.º 3.º del artículo 11 en vez del N.º 1.º del artículo 10.

b) supresión íntegra del actual inciso primero del artículo 10 del Código; y su sustitución por dos incisos enteramente nuevos.

50.—La eximente de la **enajenación mental** sufre una interesante y urgente modificación.

Es de todos conocido que nuestro Código Penal, atendida la fecha de su dictación, adolece del grave defecto de referirse a una parte muy reducida de las enajenaciones mentales, al mencionar solamente la locura o demencia y la privación total de razón.

La reforma era imperativa y se ha hecho de manera utilísima.

Se dejó constancia en las actas que, atendida la dificultad científica de precisar todas las enajenaciones mentales conocidas y en el evento de que pueden aún alterarse sus actuales clasificaciones, era lo prudente dar una idea amplia, general, que contuviera a todas las actuales y futuras denominaciones.

La Sub-Comisión redactó dos veces la fórmula hasta darle su contenido definitivo, comprendiendo en ella las “anormalidades” psíquicas y las “alteraciones” psíquicas, ya de orden permanente o de orden transitorio; ya de carácter patológico o no patológico.

De esta manera, se ha formulado una regla legal amplia que permite englobar en ella todas y cada una de las enajenaciones mentales conocidas y por conocer, que reúnan los requisitos indicados en la ley, y que, por lo mismo, impliquen eliminación de la facultad de entendimiento o comprensión, porque afectan a la

inteligencia y demás facultades del conocimiento por una parte, y por otra las que, si bien no afectan directamente a tales facultades, importen un impedimento a las facultades del querer, de la decisión, de la volición.

De consiguiente, para el Proyecto constituye una circunstancia eximente aquella anormalidad o alteración de origen psíquico que importe perturbación de las facultades intelectuales, afectivas o volitivas del sujeto, que le impide comprender la naturaleza de sus actos o actuar conforme a su entendimiento. De esta manera, los elementos esenciales de la eximente vienen a ser los dos últimos: la falta de comprensión y la falta de determinación; y siempre que estos fenómenos tengan su origen en alguna enajenación mental, cualquiera que ella sea.

No podemos menos que celebrar la reforma en esta materia, porque ella llena las exigencias científicas actuales y viene a suprimir definitivamente la posibilidad de injusticias enormes cometidas al amparo de la estrecha regla vigente, en que no se considera seriamente este problema psíquico del sujeto, que muchas veces pasa desapercibido a la mera observación superficial de un proceso judicial, pero que, analizado detenida y científicamente, acusa la existencia de una anormalidad que debe sustraer al individuo de la aplicación y tratamiento ordinario de penas comunes que resultan injustas y aún contraproducentes.

De promulgarse esta reforma —como no podrá menos de hacerse—, se abrirá un nuevo horizonte en nuestras prácticas penales, la que sin duda importará, a corto plazo, un enorme beneficio consistente en no llenar las cárceles con individuos que precisan de un tratamiento para su enfermedad psíquica, y en obtener, por este otro medio, la eliminación de la reincidencia, mediante la regeneración del sujeto.

51.—Intervalos lúcidos.—Elimina el Proyecto de reforma la consideración de los "estados lúcidos", que para nuestra legislación vigente son períodos en que el sujeto es considerado como normal y, por lo mismo, como plenamente responsable.

En esta forma, el Proyecto capta los postulados científicos, universalmente conocidos en la actualidad, de que los estados lú-

PROYECTO DE REFORMA DEL C. PENAL CHILENO

41

cidos no importan la vuelta transitoria a la normalidad, sino meramente una "suspensión transitoria" de las manifestaciones externas de una enfermedad que sigue existiendo en estado latente y que, por lo tanto, no puede significar responsabilidad plena.

52.—**Estados intermedios.**— En el Proyecto de reforma se soluciona también, en forma indirecta, el problema que se había creado con los llamados estados intermedios del individuo anormal, porque tales estados habrán de ser considerados sólo a través de los elementos fundamentales contenidos en la definición del mismo Proyecto, que es bastante amplia y explícita como para comprenderlos.

53.—**Ebriedad.—Intoxicación.**— Por último, se pretende dar una solución definitiva al problema del ebrio o intoxicado, diciendo a este respecto el inciso 2.º del texto reformado: "Esta circunstancia no obra a favor del ebrio o intoxicado, salvo que su estado fuere agudo e independiente de su voluntad".

De lo anterior se deduce, pues, que, por lo general, el ebrio o intoxicado no está exento de responsabilidad penal —lo que concuerda con la actual situación legislativa—; pero que por excepción, puede quedar exento de responsabilidad penal común, cuando se trate de un estado "agudo" y cuando este último se produzca por causa "involuntaria".

54.—Esta excepción da margen para formular algunas observaciones.

Sobre el particular, las actas de la Comisión reformadora no dan mayores explicaciones que pudieran servirnos para precisar el alcance de los vocablos "voluntario" y "agudo".

Con respecto al primero, o sea, "voluntario", no se divisa dificultad en precisar su contenido, pero ello da lugar a un problema de hecho: ¿Cuándo habrá de estimarse que el ebrio o intoxicado se encuentra en tal condición "involuntariamente"? Porque, para colocarse en estado de ebriedad aguda, generalmente se inicia el proceso con la ingestión "voluntaria" de tóxico en insignificante cantidad, que en principio no importa estado anormal; pero llega un momento en que el tóxico hace sus efectos inhibiendo las fa-

cultades mentales del individuo, hasta dejarlo en un estado definitivamente anormal en que se perturban completamente esas mismas facultades.

Pues bien, la iniciación voluntaria del proceso, por ser, precisamente, "voluntaria", constituiría un impedimento para considerar involuntaria la conclusión realmente involuntaria del mismo, ya que si bien el estado definitivo no fué querido ni aún previsto, posiblemente, por el sujeto, sin embargo no puede negarse que para llegar a él hubo de partir de un acto voluntario.

También, hay que considerar que sólo las primeras dosis de un tóxico son ingeridas voluntariamente y que las siguientes lo son involuntariamente, porque las primeras inhiben las facultades del individuo que, perdido el dominio de sí mismo y exigido por una necesidad fisiológica, no puede hacer uso de su voluntad para impedirlo.

Esto nos llevaría a la conclusión de que siempre el último estado del intoxicado es involuntario, lo que importaría determinar que la regla general es ésta y que la excepción sería la contraria, y que, consiguientemente, deberíamos alterar la regla diciendo que por lo general el intoxicado está exento, a menos de probarse que se puso voluntariamente en tal estado o que las circunstancias del caso lo revelaren, circunstancias que serían fáciles de probar.

55.—Por otra parte, la reforma exige, además, que el estado de ebriedad o intoxicación sea "agudo".

El vocablo "agudo" habrá de entenderse conforme a la acepción que le da la ciencia correspondiente, pero en ella —cual es la médico-psiquiatra— no tiene un sentido muy determinado y preciso y a veces es de difícil verificación práctica, circunstancia que involucra un grave problema que, unido a lo anteriormente manifestado sobre la voluntariedad, viene sumando inconvenientes a la interpretación del texto de la reforma.

56.—Ha de advertirse, en favor de los reformadores, que la finalidad perseguida al introducir la norma que comentamos fué —según expresan sus actas—, impedir que la ebriedad pudiera considerarse como una circunstancia atenuante, si no es estimada

PROYECTO DE REFORMA DEL C. PENAL CHILENO

43

como una eximente conforme a la regla dada para las anormalidades y alteraciones mentales. Y, entonces, persiguiendo que no se transformara en ningún caso en circunstancia atenuante, se dijo que no sería eximente sino en el caso preciso que allí se indica; de modo que si no es ese el caso, no se convierte en atenuante.

Muy natural y aceptable es, desde luego, que la ebriedad, que no llega a convertirse en la anulación completa de las facultades psíquicas del sujeto, no pueda devenir en atenuación de la responsabilidad de sus actos. Pero creemos que si sólo se tuvo en mira esa finalidad y, de consiguiente, se aceptó que tal estado máximo de ebriedad y constituyera una eximente, no eran esos el momento y la manera de disponerlo, ya que esta situación debió contemplarse en el artículo y numerando respectivo de la atenuación por eximentes incompletas, en donde el Proyecto repite la salvedad de que la ebriedad y el tóxico, que no constituyeren eximentes, no serán en caso alguno atenuantes.

En esta última forma se eliminan las dificultades anotadas más arriba, y la ebriedad y el tóxico se regirán por la regla general dispuesta para los casos de alteraciones psíquicas que perturban completamente las facultades del sujeto y que si cumplieren con sus requisitos devendrían en eximente. En caso contrario, y en razón de la salvedad hecha en el título de las atenuantes, no tendría influencia para la responsabilidad.

57.—Tratamiento penal de los enajenados mentales.

Texto vigente: Incisos 2.º y 3.º del N.º 1.º del artículo 10: "Cuando un loco o demente hubiere ejecutado un hecho que la ley califica de crimen o incurriere en reiteración de otros que importen simples delitos, el tribunal decretará su reclusión en uno de los establecimientos destinados a los enfermos de aquella clase, del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo tribunal".

"En otro caso será entregado a su familia bajo fianza de custodia, y mientras no se preste dicha fianza se observará lo dispuesto en el acápite anterior".

Proyecto: Inciso 3.º, N.º 3.º del artículo 11: "Si la exención se declara en razón de enfermedad mental, el tribunal ordenará la

internación del insano en uno de los establecimientos destinados para esta clase de enfermos, del cual no podrá salir sin autorización del mismo tribunal, previo informe de peritos”.

Modificación: a) No se hace distinción acerca de la naturaleza del hecho —crimen o simple delito—, para la internación del insano;

b) Se agrega que para autorizar la salida del enfermo, el juez necesita informe de peritos sobre su restablecimiento;

c) Se elimina todo el inciso 3.º del actual N.º 1.º del artículo 10.

Los comentarios huelgan para decidirse por la fórmula del Proyecto.

El Código vigente hace una distinción injustificada de los crímenes y simples delitos, y del número de estos últimos, tratando cada caso de modo diferente y olvidando que lo interesante para la ley no es tanto el número o gravedad de los delitos cometidos por el insano, sino principalmente su “estado de enfermo”, que lo hace peligroso para la colectividad.

(Continuará)

★ ★ ★ ★ ★