

EVA FRIEDMANN BORDAN

EL DELITO PRETERINTENCIONAL

MEMORIA DE PRUEBA PARA
OPTAR AL GRADO DE LICEN-
CIADO EN LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURIDICAS Y SO-
CIALES DE LA UNIVERSIDAD
DE CHILE.

IMPRESA «LAZCANO»
SANTIAGO DE CHILE

1936

1-400089

A don Juan Cauasco Baurin, el hijo
compañero, en afecto.

EVA FRIEDMANN BORDAN

Eva Friedmann B

INTRODUCCION

S^{to} 2 de Octubre de 1936.

UCHABEL

F^o 911 d p
1936
C.1

EL DELITO PRETERINTENCIONAL

MEMORIA DE PRUEBA PARA
OPTAR AL GRADO DE LICEN-
CIADO EN LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURIDICAS Y SO-
CIALES DE LA UNIVERSIDAD
DE CHILE.

IMPRENTA «LAZCANO»

SANTIAGO DE CHILE

1936

21730

Podriga no 1, ext. 85.

Octubre 1955

CATALOGADO

EVA FRIEDMANN BORDAN

EL DELITO PRETERINTENCIONAL

MEMORIA DE PRUEBA PARA
OBTENER EL GRADO DE LICENCIADO
EN LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES DE LA
UNIVERSIDAD DE CHILE

UNIVERSIDAD DE CHILE
1955

21730

INTRODUCCIÓN

Con la vertiginosidad que la evolución de las ciencias criminológicas lo permiten se ha producido la mutación de los conceptos delito, pena y delincuente. La obra de Lombroso que ayer dejó asombrada a la humanidad, no es hoy sino un eslabón más en la cadena larga y firme del Derecho Penal.

El hombre adquiere civilización y cultura y, no obstante, la perpetración de actos que la sociedad repudia se reproducen, unos, desaparecen otros, y lo que es más grave, los nuevos medios de vida, han dado nacimiento a nuevas formas delictivas que no se conocieron y la sociedad debe soportar los azotes de la criminalidad.

Nosotros hemos atendido a la situación conjunta de estos fenómenos y nos ha dolido a veces, la lenidad con que se procede en la aplicación de las penas, otras, las torturas a que se somete a los reos para arrancarles declaraciones, y lo dura e inflexible que es la ley para con ciertas formas de delitos. Quizá nos asista la ambición humana de lograr la justicia perfecta. Y es este mismo anhelo lo que nos ha movido a desarrollar nuestro tema cuyo principal problema se reduce a la siguiente cuestión: ¿Debe castigarse al delincuente por el delito que cometió, o por aquel que se propuso cometer?

Los tratadistas se muestran recelosos de entrar en el laberinto de la intención. Nuestro Código, clacisista por demás, castiga excepcionalmente la intención, aun cuando en las reglas generales considera que no debe tomarse en cuenta esta etapa.

La jurisprudencia chilena es muy vacilante. Parece inclinarse en los últimos tiempos, en el sentido de castigar la intención del agente y no los resultados palpables del acto anormal. Igual camino recorre la legislación extranjera. De ahí la importancia de buscar la solución.

Esto lo que nos proponíamos al iniciar nuestro trabajo, para cuyo desarrollo hemos tropezado con múltiples dificultades de las cuales, sin duda la mayor es falta de libros, que no nos pudieron llegar a raíz de los últimos acontecimientos europeos. Válganos pues, el intento de contribuir a la medida de nuestras fuerzas, al estudio de esta parte del Derecho Penal, y ojalá que en la nueva legislación influyan en algo las conclusiones a que arrivamos, todo ello por el anhelo infinito de hacer justicia a quienes la vida a puesto en trance de delinquir.

CAPÍTULO I

1.—Definición. 2.—Noción técnico-jurídico del delito. 3.—Noción sociológica del delito. 4.—Caracteres propios del delito. 5.—Generación del delito. 6.—Causalidad del delito. 7.—Mal producido por el delito. 8.—Lucha contra la criminalidad. 9.—Transformaciones del delito.

1

Haremos notar, con Jiménez de Asúa que toda definición de delito que pretende darse no puede satisfacer ampliamente las diferentes exigencias doctrinarias, ya que, cada una de ellas ha de reflejar primariamente el punto de vista de su autor.

En su acepción original y al mismo tiempo la más amplia, la palabra delito significa: «toda desviación o en otros términos toda violación de la ley, castigada con una pena». (1)

Jiménez de Asúa en sus «Adiciones al Programa del Curso de Derecho Criminal», de Carrara cita de algunas definiciones, entre otras las de Rossi y Proal: «Delito es la violación de un deber exigible», la de Frank: «Delito es la violación de un derecho; la de Gabriel Tarde que trata de armonizar las discrepancias que surgen de la definición del delito dando una definición que abarca los conceptos de derecho y de deber violados; dice que: «el carácter especial del crimen es la violación de un derecho o un deber»; la de Wulfen, que refiriéndose a Wundt define el delito en función de la moral y del derecho: «El crimen es, abstracción hecha de ciertas prescripciones de policía, no solamente la oposición a la voluntad colectiva, cuya expresión es el derecho sino también la oposición al deber». La de Beling: «Delito es una acción típica contraria al derecho, culpable, sancionada con una pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de la penalidad». La von de Litz, para quien: «el delito es el acto culpable contrario al derecho y sancionado con una pena».

Parece ser que la defición de Beling ya copiada, es la que mejor satisface las exigencias jurídicas, pues, comprende en ella todos los elementos, tanto subjetivos como objetivos del delito.

(1) Ortolan.—Elements de droit penal. 2ª Edición. Paris 1859 N.º 561.

Si tomamos la palabra delito en su acepción **penal** buscaremos sus elementos en la teoría que fundamenta el derecho de castigar, y siendo las bases de este derecho la justicia y la utilidad social, considerando que las acciones u omisiones puramente psicológicas e internas en que los intereses de la sociedad no se atacan, diremos que: **“Delito es toda acción u omisión exterior que lesiona la justicia absoluta, cuya represión importa a la conservación o al bienestar social y que es castigado por la ley”**. (1)

Algunos criminalistas distinguen entre delitos naturales, que la ley castiga por ser contrarios a la moral, y delitos llamados positivos, que indiferentes al punto de vista moral, no serán castigados por el legislador, sino en virtud de su poder correccional. Esta distinción no tiene ninguna base y no ofrece tampoco ningún interés práctico. (2)

Vemos que en cada una de estas definiciones se señalan:

- 1.—El hecho constitutivo de delito, y
- 2.—Se hace mención de una ley anterior que señala la pena.

En efecto, a los ojos de la ley, un acto que ha sido previsto merece recompensa o castigo, según su naturaleza misma, es decir, según sea bueno o malo; por eso si la penalidad debe tener por base a un mismo tiempo lo justo y lo útil, no resultaría tal, si no se estableciera previamente que hechos son delictuosos, y se señalara de igual modo la sanción para el caso de que dicho acto se realizara por algún individuo. De no ser así, no habría ninguna seguridad para los ciudadanos, y el Derecho Penal destinado a asegurar la defensa social llegaría a ser una causa de inquietud para todos.

En Chile está también consagrado este principio de la legalidad de la pena en la Carta Fundamental en el Capítulo II que trata de las «Garantías individuales». Dice el Art. 11:»

«Nadie puede ser condenado si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae».

Al estudiar el delito en nuestro Código Penal, veremos con más detalles los elementos que le integran.

2

Noción técnico-jurídica del delito. La infracción Penal es ante todo una noción jurídica y desde este punto de vista es naturalmente convencional, cambiante, de acuerdo con la evolu-

(1) Ortolán, Ob. citada pág. 65 N.º 248.

(2) Garçon, Code pénal annoté, Art. 1.º, Pág. 1-17, Tomo I, Paris 1906.

ción de la vida social y la forma de gobierno. Lo que es severamente castigado en un país a veces no es ni siquiera prohibido en otro. Por ejemplo, el Código uruguayo no castiga el adulterio. Los delitos que tienen su base en la religión o en la superstición que se han castigado hasta la época de la Revolución Francesa y que hoy día no se castigan.

Esta noción jurídica no tiene nada que ver con la noción moral del delito, pues hay hechos inmorales y penales, pero también los hay que siendo inmorales y penales, pero también los hay que siendo inmorales no son penales, por ejemplo, la intemperancia de las costumbres, y hay otros que sin ser inmorales son sancionados por la ley penal, por ejemplo, las contravenciones de policía y los delitos de creación positiva de la ley.

De aquí se deduce que la verdadera noción de delito la da la ley con la amenaza de la pena. Colocándose desde este punto de vista von Litz ha definido el delito como «la acción culpable e ilegal la que se amenaza con una pena». (1)

Lo que caracteriza, pues, en este sentido todos los delitos son artificiales y no naturales, puesto que la idea y noción de delito viene de la ley. No le corresponde el derecho penal dar reglas de conducta, sino que le corresponde sancionar. El derecho penal es el arma utilizada para defender los intereses jurídicamente protegidos, «el gendarme siempre vigilante alrededor del derecho. La infracción implica, pues, una agresión contra los bienes protegidos; es el ataque del delincuente que desafía a la sanción penal». (2)

Los autores contemporáneos no se preocupan del delito natural y dirigen su atención a precisar los elementos de la definición jurídica del delito obtenido del sistema de los derechos positivos. Beling parte del principio de que la construcción jurídica del delito debe tomar sus elementos de la legislación positiva, y como la base fundamental de los Códigos modernos, son los hechos concretos, por lo tanto sobre ellos se debe operar técnicamente. De todos los hechos que forman la parte sustancial de los Códigos, puede establecerse un concepto formal que los comprenda a todos. De los hechos—muerte del hombre, robo de una cosa, etc. se forma el concepto del hecho **tipo** o abstracto. El tipo es, pues, el contenido íntegro de un hecho de los definidos en el Código, precindiendo de las demás condiciones, tanto subjetivas como objetivas que comprende su realización. (3)

(1) Pessina. Elementos de Derecho Penal. Pág. 174 y sgts.

(2) Garraud. Traité Théorique et Pratique de D. P. 3.ª Edición N.º 98.

(3) Beling. Cita tomada de Jiménez de Asúa y Oñeca.

Para Beling entonces, la noción técnico-jurídica del delito como ya lo hemos expresado sería ésta: «Delito es una acción típica contraria al derecho, culpable, sancionado con una pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de la penalidad». La introducción en la definición del delito de la tipicidad es lo que caracteriza principalmente la definición de Beling.

3

Noción sociológica del delito.--Desde el punto de vista sociológico el delito se manifiesta como un hecho que turba, o más específicamente, lesiona, daña o pone en peligro las condiciones de vida privada y social. Bajo este aspecto de fenómeno social la noción de infracción, evoluciona como la noción de la moralidad. La criminalidad de un acto, es decir, saber si este acto debe o no ser castigado, depende de lo que opine la mayoría representada por el Estado. (1)

Toda colectividad considera cierto número de reglas como necesarias a la vida de la sociedad, y fija en la ley penal los hechos (positivos o negativos) que los ciudadanos no pueden realizar y señalan al mismo tiempo una pena para el caso de contravención.

Vemos que se trata siempre de actos que, según una mayoría o un estado de civilización determinados, consideren atentarios al orden social establecida.

Ahora bien, considerando las diversas nociones del delito que hemos dado, podemos establecer que:

1.º—«Ningún delito puede decirse sea de derecho natural en el sentido que ordinariamente, se atribuye a esta idea: de que su contenido le formen una inmoralidad absoluta e independiente de sus circunstancias históricas;

2.º—Que todo delito es de derecho natural, pero solo, en cuanto significa una inmoralidad en justicia relativa, una ofensa al orden moral y jurídico, en la forma que lo conciben las sociedades representadas por el Estado.

3.º—Que al propio tiempo todo delito es de derecho positivo y, por consiguiente, también artificial, supuesto que de un lado significa, un agravio a la concepción del orden moral y del derecho natural, que existe en la mente de todos aquellos individuos y grupos sociales, que no comulgan con las mismas ideas y no se colocan en el mismo punto de vista, de quienes adoptan el

(1) Dorado.—Bases para un nuevo derecho penal. N.º 32 Pág. 52.

primer criterio, y de otro lado el motivo racional que abona toda prohibición y castigo de los hechos declarados delictuosos, es siempre un motivo (primitivo o derivado, que puede en este último caso, haberse convertido en ideal y abstracto) de conveniencia y utilidad social». (1)

4

Caracteres propios del delito.—Los caracteres propios del delito que sirven para diferenciarlo y distinguirlo de otros actos contrarios a derecho, han sido enumerados por Garraud del siguiente modo:

1.º—El delito es un acto humano, un acto externo del hombre consistente en una acción u omisión, por tanto: a) no hay delitos de intensión, es decir, en la pura voluntad criminal; b) no hay delitos de opinión consistentes en la expresión pura y simple de una idea moral, social, religiosa.

2.º—El delito es una acción u omisión que viola las leyes que tienen por objeto el mantenimiento del orden social; por consiguiente: a) uno de los caracteres esenciales del delito, lo constituye su oposición a las condiciones fundamentales de la vida social; b) la determinación de los actos que son contrarios a la vida social sólo pueden hacerse por la ley.

3.º—La prohibición o el mandato del acto deben estar sancionados con una pena. Esta condición de la penalidad del hecho prevista por la ley tiene tal importancia que basta para definir el delito, (acción u omisión penada por la ley).

4.º—Un delictuoso cuando es injusto. La injusticia es, pues un elemento esencial del delito. La noción de ilicitud, de injusticia, forma parte del concepto mismo de la infracción. Desde este punto de vista, el delito del Código Civil y el delito del Código Penal son iguales: ambos constituyen un acto contrario a derecho. Pero si un hecho prohibido y penado por la ley se transforma en lícito, por determinadas circunstancias que dá a su autor el derecho de ejecutarlo, no hay delito: como el homicidio del agresor en el caso de legítima defensa, por ejemplo. (2)

Estos son los caracteres más importantes que podemos anotar del delito.

5

Generación del delito.—(Veáse capítulo IV). Es evidente,

(1) Dorado.—Ob. y Pág. citadas.
(2) Garraud.—Ob. citada N.º 99.

que el delito no aparece desde luego en la mente del individuo como engendrado y producido en el mismo instante, sin antecedentes, sin progreso, sin principio ni preparación.

Desde la idea hasta su realización material hay una serie de grados y actos unos psicológicos y otros materiales, pero siempre sujetos al análisis de la razón y de la ciencia.

En la mente del delincuente, lo primero que se presenta es el pensamiento del mal; en seguida el deseo y la resolución, que puede tomarla de acuerdo con otros delincuentes, después vienen los actos preparatorios del delito y todavía puede haber principios de ejecución suspendidos por la voluntad de los mismos delincuentes, puede haber crímenes frustrados y todo ello sin que halla aun realización completa y efectiva del delito o delito perfecto.

Entre el pensamiento el deseo y la resolución del crimen, hay un carácter esencial que los une, y es que todos ellos son psicológicos, no los acompaña nada de material, de externo que los haga visibles, como principio de crimen o como verdadero crimen. Estos estados de génesis del crimen, como no causan ningún mal a la sociedad, ella no los puede castigar; además estos procesos meramente psicológicos escapan al control de la colectividad, la que no se viene a percibir de ellos sino cuando hay un principio de realización, por otra parte entre la idea, la deliberación, la resolución y la realización hay un espacio tan considerable (si bien es cierto que a veces la realización, sigue inmediatamente a la resolución) que no permite a esta sino el simple empleo, y éste muy condicionado, de medidas preventivas, además, como ha dicho alguien, si hubiéramos de castigar la simple idea y la resolución delictual serían pocos los individuos que escaparían a la sanción penal; lo que no significa que cuando estos pensamientos o resoluciones de delinquir se proclaman públicamente obligue a la sociedad a mantener atadas sus manos y no puede adoptar medida alguna, hasta podrá a veces aplicar medidas preventivas a estos individuos (ej. Art. 292 C. P.)

Siguen en el orden de generación del delito, y como premiar posible de muchos crímenes, actos preparatorios, para su comisión, que se manifieste por actos exteriores con el objeto de allanar los obstáculos que se oponen a su realización inmediata—pero el crimen en sí mismo no han principiado aún—¿que actitud debe adoptar la ley en este caso?—

Como aún no se ha producido mal alguno, podemos decir, que no tiene todavía acción penal sobre la persona que ha deci-

dido ser delincuente. Continuando nuestro análisis, siguen a los actos preparatorios la tentativa del delito, que cae, sin duda, bajo el poder de los tribunales, por ser un acto exterior que revela el propósito indubitable del delincuente.

La última etapa es el delito consumado, en que la justicia humana debe y puede obrar, porque moral y materialmente hay razones para corregir y castigar. (1)

6

Causalidad del delito.—El delito es considerado por la Escuela Clásica como un futuro contingente, que se realizará o no según el libre arbitrio del individuo; y por la Escuela Positiva como un fenómeno natural y social, que obedece a causas físicas, antropológicas y sociales, imposibles de neutralizar sino en una pequeña medida por la intimidación de la pena y en forma mayor por las medidas de seguridad y los sustitutivos penales. Alimenta trata de armonizar la teoría de la Escuela Clásica con la de la Escuela Positiva y escribe al respecto:» La ciencia nos dice que el delito es un fenómeno como todos los demás, que el delito no se sustrae a las leyes universales de la causalidad, que el delito es efecto de causas determinadas o determinables. La conciencia, por el contrario, nos dice que el delito efecto de nuestra voluntad y que nos sentimos responsables precisamente porque somos libres.—¿En esta contienda, de parte de quién está la razón?—¿Es la ciencia la que está en lo cierto o la conciencia?—Yo pienso precisamente que la verdad está en entrambas». (2)

¿Cuales son los factores que impulsan al hombre a delinquir?—Como ya vimos, la escuela clásica dice que el hombre es dueño absoluto de sus acciones, y esta convicción la llevó a atribuir el aumento de la criminalidad a los factores individuales, tales como la inmoralidad y la perversión del espíritu. Pero la escuela Positiva analiza las causas de la delincuencia misma y demuestra que está determinada por múltiples factores: individuales, sociales, físicos, económicos, intelectuales, etc., etc.; así, pues, el crimen considerado como producto de la maldad ha quedado sin explicación. Esta teoría de la voluntariedad libre de delinquir, quedó apagada con la teoría biológica de Lombroso,

(1) Pacheco.—Derecho Penal. Madrid 1868. Pág. 86-96.

(2) Allmena.—Notas filosóficas de un criminalista.—Versión española de José N. Campos y Pulido.—Madrid 1913. Pág. 66.

que es importante porque trata de dar una explicación científica del delito.

Pero la doctrina de Lombroso, una vez popularizada, empezó a decaer a causa de las numerosas críticas, y Lombroso mismo tuvo que introducir en ella modificaciones considerables, reconociendo en el criminal, al lado de los rasgos y atavismos especial, signos ocultos de epilepsia, y reconociendo influencia bastante importante a la acción de los factores puramente sociales.

En contraposición a esta teoría Lombrosiana, nació la nueva concepción que considera el crimen como un hecho determinado por factores individuales, por las condiciones sociales de existencia y más que nada por el estado económico de la población.

Estas doctrinas se ocupan de los factores generales, pero es necesario tener en cuenta los factores directos, que son siempre de una naturaleza individual. «Es por esto que ningún juez deberá contentarse, en un caso particular dado con estudiar los factores económicos y sociales, estudiará en cada caso, el esclarecimiento de las circunstancias que han precedido al crimen, y tratará de explicarse a la vez el carácter del criminal. El estudio de los factores generales de la criminalidad no suprimirá jamás el análisis de los factores individuales». (1)

Entre estos factores individuales podríamos anotar los siguientes: edad, estado civil, sexo, degeneración, y que no analizaré por no tener relación con mi materia.

7

Mal producido por el delito.—El delito, como hemos visto, es un hecho complejo y el mal que produce podemos clasificarlos en dos grupos.

1.º—El mal directo: la lesión de derecho que sufre la persona directamente afectada por el delito; daño individual en los delitos contra los particulares; daño colectivo en los delitos contra el Estado.

2.º—El mal indirecto, mal social y general: la alarma pública, la desconfianza en la ley y en la autoridad que se mostrará impotente de garantizar a la sociedad contra estos actos.

(1) W. Bechterew—La Psicología Objetiva aplicada al estudio de la Criminalidad. Archives d'Anthropologie Criminale-1910. Pág. 161-188.

Lucha contra la criminalidad.—La criminalidad en constante aumento no deja de inquietar a la sociedad, que ve en ella un peligro muy serio para nuestra civilización, y una prueba de las condiciones anormales de existencia. Las estadísticas no nos dejan lugar a dudas acerca del hecho de que la criminalidad es cada vez mayor: lo demuestra el aumento alarmante de la criminalidad infantil y de la reincidencia. Este peligro que mina la estabilidad de la sociedad, no lo podemos ocultar, sólo nos cabe buscar sus remedios que consistirá en tratar de suprimir sus causas. Pero es preciso observar que las más activas de estas causas no dependen del hombre, porque si los factores físicos y antropológicos, tales como el clima, la estación, la raza, las idiosincrasias individuales sobre las que la voluntad casi nada puede y que son las preponderantes, veremos que no podemos actuar más que sobre una pequeña parte de las causas sociales. (1-2)

Observa Nicéforo que el delito se va transformando. Así, demuestra como, a causa de la civilización, delitos que antes se cometían con violencia, hoy se cometen con fraude, astucia; como la delincuencia de los adultos va pasando a la juventud; la delincuencia masculina se va extendiendo a la femenina, y concluye preguntándose si el delito llegará algún día a desaparecer completamente, lo que cree imposible, ya que el delito es la resultante de múltiples factores imposibles de evitar. (3)

(1) W. Behteraw.—Art. citado.

(2) Tarde.—Filosofía Penal. Madrid. Trad. Moreno Barutel pág. 73-113.

(3) Nicéforo.—Transformaciones del delito en la sociedad moderna.

CAPÍTULO II

DOLO Y CULPA

1.a parte—del Dolo

1.—Definición. 2.—El dolo considerado desde el punto de vista interno. 3.—Clasificaciones del dolo. 4.—Graduaciones del dolo. 5.—Segunda parte: de la culpa. 6.—Elementos constitutivos de la culpa. 7.—Teorías acerca de la previsibilidad. 8.—Clasificaciones de la culpa. 9.—Graduaciones de la culpa.

1

Los actos contrarios a derecho, que aparecen como efecto físico de la actividad humana, no pueden ser considerados como verdadera infracción del derecho, sino cuando aquella actividad causa material de los mismos, sea también su causa moral, esto es, cuando dichos actos son el producto querido por la voluntad, de tal modo que verdaderamente puedan ser atribuidos a la misma. Este querer que produce el obrar, siendo como su espíritu vivificador en cuanto es volición de un delito toma el nombre de **dolo**. (1) Lo que, dicho en forma más clara significa que la voluntad dirigida a la ejecución de un delito se llama dolo, o lo que es lo mismo «voluntas sceleris».

Podríamos definir el dolo como la conciencia y la voluntad de cometer un hecho que es ilícito, o también como dice nuestro Código Civil que vale también en el terreno penal: «el dolo es la intención positiva de inferir injuria en la persona o propiedad de otro». Carrara lo define así: La intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que es contrario a la ley». (2)

2

De estas consideraciones se deduce que para poder decir que un individuo que aparece como causa física de un hecho contrario a derecho ha obrado con dolo, se requiere:

1.º—Que el fenómeno contrario a derecho, haya sido previsto por el agente como tal negación jurídica y como consecuencia cierta o probable de un movimiento espontáneo de su organismo.

(1) Pessina.—Elementos de Derecho Penal. Nápoles 1883. Vol. I. Pág 174.

(2) Carrara.—Programa del curso de Derecho Penal. párrafo 69.

2.º—Que el agente haya querido aquel movimiento de su organismo del que deriva como causa a efecto el fenómeno de la negación del derecho. Sólo cuando existan estos dos requisitos habrá dolo y la acción será punible. (1)

Para los positivistas esto no es bastante y Ferri critica esta noción por insuficiente: Según él para que el dolo exista, es necesario que concurren tres condiciones psicológicas distintas:

1.º—**La voluntad**, que considera el acto en si mismo. Así, por ej. el disparo de un revólver puede ser querido o accidental

2.º—**La intención**, que se refiere al motivo por el que se ha querido el hecho: se puede disparar para matar, herir, atemorizar, o simplemente para hacer ruido.

3.º—**El fin**, se relaciona con el efecto del acto que con determinada intención se trata de obtener y producir; por ej. se dispara un tiro con el fin de vengar una ofensa. (2)

Siempre las legislaciones penales han presupuesto para castigar un delito que su aparición se debe a la voluntad conciente, esto es, se viola el derecho, pero teniendo conciencia de que el acto es contrario, opuesto a las normas jurídicas; pero no basta decir que un hecho para ser ejecutado con dolo haya sido querido, sino es preciso penetrar en las determinaciones esenciales de la actividad humana, para investigar las condiciones de la volición en sus relaciones con el obrar exterior.

Es imposible que se pase de la volición al fenómeno de oposición al derecho, sin el trámite intermedio de algún hecho que tenga por causa, la voluntad y por efecto, la perturbación del derecho, ya que el querer no puede obrar sobre la realidad sin el vínculo del organismo corpóreo.

Si nuestra fuerza orgánica es la causa generadora del delito y la desición a obrar el efecto de nuestra voluntad, la voluntad será la causa motriz del fenómeno antijurídico.

Este vínculo hace que el hombre en cuya conciencia se ha despertado el deseo de delinquir sea la causa física de todos los hechos que se produzcan como consecuencia del deseo delictuoso. Ahora bien, cuando el hecho resultante ha sido visto como tal, en la conciencia del que obró, antes de realizar el movimiento causa inmediata del delito, o sea, esta preexistencia en nuestra conciencia del vínculo de causalidad, como cierta o probable entre el movimiento de nuestro organismo y el fenómeno de oposición al derecho, constituyen la **previsión**, que podríamos definir

(1) Pessina.—Elementos de Derecho Penal.

(2) Ferri.—Principios de Derecho Penal, pág. 422.

como: «el acto en virtud del cual el espíritu pone ante sí un hecho antes de que se realice como consecuencia de un movimiento orgánico propio».

El dolo puede considerarse en su contenido y en su intensidad. Considerada en su contenido, será la conciencia y la voluntad de cometer un hecho ilícito. No la voluntad de violar la ley, porque no se viola la ley por el solo placer de violarla.

Considerado en su intensidad, se refiere, ya a un evento querido directamente, y, por lo mismo, previsto como cierto, ya a uno no deseado directamente, y, por lo tanto, previsto solo como probable. Querer un hecho es lo mismo que saber que lo ocasionamos o podemos ocasionarlo. Por lo cual puede afirmarse que el dolo es: «La voluntad dirigida a la ejecución de un hecho», o lo que es lo mismo: «la representación de un hecho ante el cual la voluntad no retrocede». (1)

Puede ocurrir que un hecho se presente como probable o improbable. Es evidente que lanzarse a ejecutar un hecho que se prevé como probable es actuar con dolo. Pero la duda se presenta con respecto a saber si existe dolo en la ejecución de un hecho que se presenta como improbable. Pessina cree que en este caso no hay dolo, porque prever que un evento difícilmente se realiza equivale o no preverlo. (2)

Allmena opina lo contrario, porque dice que si consideramos un hecho como improbable, no quiere decir que no lo vislumbremos casi en la penumbra, y si ante él, el agente no retrocede quiere decir que lo ha querido y, por lo tanto, ha obrado con dolo. (3)

Pone el siguiente ejemplo: El agente dirige el arma contra un hombre que pasa. No quiere matarlo—pero sabe perfectamente que esto puede ocurrir y ante esta posibilidad no desiste y dispara, a consecuencia de lo cual el hombre muere. En este caso hay un homicidio voluntario como cualquier otro, porque el agente, si bien no quiso causar directamente la muerte, la previó, sin embargo, y no retrocedió ante esta posibilidad. La muerte en este caso es imputable como cualquier otro homicidio, porque como, vimos el hecho era previsible.

3

Clasificaciones de dolo.—El dolo admite diversas clasificaciones, según sea el punto de vista en que nos coloquemos.

(1) Berner Allmena.—Principios de Derecho Penal. Trad. y anotado por Eugenio Cuello Calón. Madrid 1915. pág. 363. Vol. I.
(2) Pessina.—Elementi di Diritto Penale. Vol. I. pág. 174. Nápoli 1863.
(3) Allmena.—Ob. citada.

1.º—Dolo general y dolo especial. (Genérico y específico).
Dolo general es aquel definido por la ley, el contenido en el Art. 1.º de nuestro C. P., la voluntad de cometer un hecho que es delictuoso.

Dolo especial existe cuando el legislador ha exigido determinadas consecuencias perjudiciales y el agente ha querido precisamente esas consecuencias. En esta clase de dolo el agente conoce todas las circunstancias del hecho concreto y también las circunstancias de hecho que acompañan a la definición legal del acto, es decir conoce los caracteres esenciales del delito. Este dolo, encierra la presunción exacta de que los hechos están previstos por la ley. Por ejemplo, en el homicidio, el *animus necandi*.

2.º—Considerando en su intensidad el dolo puede ser: de ímpetu y de propósito, según que el deseo criminal sea pasajero o persistente. Esta distinción puede tener importancia jurídica, en el caso de un desistimiento eficaz del propósito, o en el de un arrepentimiento ineficaz, o tratándose del individuo que se pone dolosamente en un estado de inimputabilidad, para cometer un delito, por ejemplo; en todos estos casos la evaluación jurídica no sería la misma que en el caso de que el individuo obrara con ímpetu.

3.º—Dolo directo e indirecto.

Dolo directo es aquel que consiste en la representación de un acontecimiento ante el cual no se retrocede, porque el autor tiene por seguro, la producción del resultado.

El dolo directo se puede dividir a su vez en:

- a) determinado, que es aquel en que el agente quiere especialmente el delito cometido o el que ha intentado cometer.
- b) Indeterminado, cuando el agente tuvo la intención genérica de delinquir proponiéndose ocasionar uno o más resultados criminosos, es decir, acepta y ratifica todos los eventos posibles, sin que su intención esté especializada precisamente a la consecución de un solo evento. En este caso, la intención culpable es evidente, el autor del acto material lo ha cometido sabiendo que cualquiera que sean las consecuencias, constituye un delito.

El dolo indeterminado se subdivide a su vez en:

a) Alternativo, que es la previsión de diversos eventos queridos de modo indiferente.

b) Eventual, en que el actor no necesita considerar como seguras algunas consecuencias delictuosas, pero en que es necesario que la totalidad del resultado sea previsto y que el autor se les haya representado como una posibilidad. En el dolo eventual

las consecuencias pueden ser taxativamente determinadas, aunque solo se representen como posibles.

Dolo indirecto.—Existe cuando el agente deseaba un evento criminal y el resultado obtenido sobrepasa sus deseos. Hay aquí un resultado que el autor se representa como seguro; pero en el curso real de los hechos el daño efectivo es mayor que el previsto. Estas consecuencias son imputables en cuanto son previsibles.

Dice Impallomeni que: «la expresión dolo indirecto» es falsa y contradictoria, porque el dolo es la dirección de la voluntad a un determinado delito, y es falso porque este efecto más grave se podía fácilmente prever, en este caso es inútil una indagación de previsibilidad porque la ley no puede exigir una previsión excedente de la capacidad media humana. La verdadera diferencia entre dolo determinado y dolo indeterminado, está en que el primero, el efecto delictuoso querido fué el exclusivamente obtenido, mientras que en el segundo, fué un evento querido de un modo eventual; en el primero la intención fué específica, en el segundo genérica, por lo que se deduce que el dolo indeterminado es tan directo como el determinado». (1)

4.º—Dolo posible y dolo real.

El dolo es posible en todos aquellos seres capaces de voluntad, porque la esencia del dolo, está en la capacidad de delinquir.

El dolo es real cuando en un delito determinado se descubre la voluntad especial de haber querido realizarlo.

Estas distinciones entre las dixerzas clases de dolo, se encuentran en doctrina, no en la ley, pero no puede negarse que pueden tener importancia, desde el punto de vista psicológico, pues revelan diferencias notables en cuanto a la temibilidad del delincuente. (2)

4

Tomando la palabra dolo en su significado de propósito criminoso, de querer el delito, no tiene gradaciones posibles, ya que se quiere o no se quiere delinquir. Las gradaciones de dolo solo serían posibles en las relaciones de la voluntad, ya con la mayor voluntad en la elección, ya con la reflexión que puede o no acompañar a los actos de la volición, ya con la mayor o menor impor-

(1) Impallomeni.—Dritto Penale. Pág. 252.

(2) Estas clasificaciones están tomadas de los sgts. autores:

Allmena.—Ob. y pág. citadas.

Berner.—Dritto Penale. pág. 136-140.

Pessina.—Elementos de Derecho Penal. Nápoli 1883. pág. 174 y sgts.

Jiménez de Asúa y Oñeca.—Derecho Penal. pág. 93.

Eugenio Florian.—Del Reati e delle Pene in general.

tancia de la norma jurídica que se sabe se viola, con la mayor o menor peligrosidad que se manifiesta al cometer el delito.

De estos varios puntos de vista puede resultar más o menos gravedad en la apreciación del dolo, y esto viene a servir de límite tanto para la diversa punición de los varios «genera delictorum», como para la, punición, de los delitos particulares en su apreciación individual. Así, por ejemplo hay tres grados de dolo:

Dolus Premeditatus o Propositum, dolus simplex vel repentinus y dolus affectivus o ímpetus. (1)

Dolo premeditado es el más intenso, se caracteriza por la perseverancia y la frialdad de ánimo; la premeditación en el delito constituye una circunstancia agravante de las más calificadas, por lo menos dentro de los principios de la Escuela Clásica.

Dolo simple es aquel en que la voluntad de cometer un delito se ha formado de un modo que pudiéramos llamar normal, siguiendo el proceso que habitualmente procede a la ejecución de nuestros actos.

En el dolo afectivo o de ímpetu, la formación de la voluntad delictuosa es rápida e instantánea.

Este criterio para apreciar la temibilidad del delincuente no puede servir de guía seguro, pues sabemos que en los delitos pasionales, (Dolo afectivo) existe generalmente, premeditación, y el agente no es un criminal peligroso; en cambio los delincuentes más avezados cometen sus delitos espontáneamente y sin detenerse a meditar, pueden cometer los crímenes más atroces.

Prins, para demostrarlo pone un ejemplo: un amante locamente celoso llega a pensar en dar muerte a la mujer que le engaña y termina matándola en una escena de celos que ella ha provocado; aquí hay premeditación, y por consiguiente, según la mayoría de los códigos, un asesinato.

Un reincidente, criminal profesional, se introduce para robar en una casa que cree deshabitada, pero al encontrarse con una mujer que le ordena salir, la golpea con un bastón de fierro y la mata; aquí no hay premeditación, legalmente no hay más que un homicidio y, sin embargo, este delincuente es más peligroso que el primero. (2)

(1) Pessina.—Ob. citada.

(2) Prins.—Science pénal et droit positif.

2.a parte: de la Culpa

5

El primer grado de la culpabilidad, el que representa la intención directa y clara, es el dolo. A través de una evolución aparece la segunda forma de la culpabilidad en que no existe la intención directa: la culpa.

La delincuencia por culpa requiere la existencia de un hecho lícito realizado con imprevisión, y que sea causa de otro hecho ilícito castigado por la ley penal.

Culpa es la voluntaria omisión de diligencia en el calcular las consecuencias de un hecho, posibles y susceptibles de ser previstas. (1)

La culpa es, formalmente, la no previsión del resultado, previsible en el momento que tuvo lugar la manifestación de voluntad. (2)

6

El concepto de la «previsibilidad» ha sido la piedra angular de la noción de la culpa, la que ha servido para diferenciarla del dolo y del caso fortuito.

La culpa considerada desde el punto de vista subjetivo, consta de dos partes:

1.º—Una falta de volición, que aparece clarísima en la imprevisión de las consecuencias del acto que se ejecuta, por lo que no puede afirmarse que haya sido querido aquel evento que no se ha presentado en la conciencia del que ejecuta un hecho lícito, como consecuencia cierta o probable de su acción. En esto la culpa se diferencia del dolo. La ausencia de intención caracteriza específicamente los delitos culposos, y es reemplazado por otro elemento: la imprudencia.

Recordemos que la intención (3) consiste en haber querido los elementos materiales de un delito, habiendo previsto las consecuencias contrarias a derecho del acto realizado.

El delito de imprudencia consiste en esta proposición: «Ac-

(1) Carrara — Ob. citada, Programa del curso de D. P. párrafo 69.

(2) Von Litszt—Derecho Criminal, párrafo 31 y 39.

(3) Los autores usan indiferentemente los términos: intención o dolo.

tuar sin haber querido ni previsto las consecuencias contrarias a derecho, siendo que se podían prever». (1)

2.º—Falta de previsión de las consecuencias, susceptibles de ella.

La posibilidad de prever es, pues, la esencia jurídica de la culpa.

En el hecho es muy difícil, si no imposible, constatar si durante un estado psicológico especial del individuo, este tuvo o no la posibilidad de prever, que caracteriza la culpa. Ante ésta dificultad, Sauvard (2) cree que se debe apreciar la imprudencia no tomando en cuenta las condiciones físicas del culpable sino según un tipo: aquel del hombre normal «actuando como la mayoría de los hombres deben actuar», lo que, dicho de otro modo, significa que en la práctica sería conveniente apreciar la culpa o imprudencia objetivamente y no según el carácter particular del agente; pero Von Liszt, (3) cree que por el contrario, es esto lo que se debe tomar en cuenta, o sea, considerar el elemento subjetivo, ya que en la culpa no puede conocerse la intención del agente por los actos externos, como ocurre con el dolo, y considera que la previsibilidad está en relación con las múltiples contingencias de los casos particulares, y con la condición de cada persona, tomando en cuanto sus facultades mentales en general y, especialmente, en el momento de actuar. Al considerar la capacidad mental del individuo se tomará en cuenta su mayor o menor perspicacia, agitación embriaguez, etc.

Para aclarar más el concepto de la culpa dividiremos sus elementos constitutivos en los siguientes:

1.º—Un acto voluntario lícito, productor de un hecho ilícito;

2.º—La no intención de causar el hecho ilícito;

3.º—La falta de precauciones debidas para evitarlo;

4.º—La posibilidad y obligación de preverlo.

7

Los autores se han ocupado de estudiar en que consiste la falta de previsión en los delitos culposos y cual es la causa de su punibilidad. Hemos podido anotar las siguientes teorías:

a) Teoría del vicio de la voluntad.—Esta teoría corresponde a Carrara (4), quien encuentra el fundamento de la inimputabi-

(1-2) Henry Sauvard.—Le Délit d'imprudence. Pág. 1-48. Paris 1899.

(3) Von Liszt.—Ob. y párrafo citado.

(4) Carrara.—Programa del Curso de D. C. Trad. por Octavio Bécche y Alberto Gallegos. San José de Costarrica 1889. Párrafo 274.

lidad de los delitos culposos en un vicio de la voluntad. Porque si bien el hombre tiene el libre arbitrio en la elección de sus actos, ya que es dueño de obrar según le parezca, y entre otras razones, porque las acciones voluntarias son reflexivas y toda reflexión implica voluntad, esto no impide que el individuo pueda encontrarse privado de la plenitud del libre albedrío en el momento de su determinación, debido a que una causa interna o externa obra sobre su espíritu, ejerciendo una fuerte impulsión sobre esa determinación.

b) Teoría de los positivistas.—Los positivistas no fueron partidarios de la doctrina del vicio de la voluntad en la previsibilidad de las consecuencias de un hecho lícito, como los delitos culposos, y establecieron que el fundamento de la responsabilidad criminal se encontraba en la responsabilidad social, cuya fórmula es: «todo individuo es responsable por el sólo hecho de vivir en sociedad», junto al carácter antisocial del acto y la temibilidad del delincuente.

c) Teoría orgánica.—Von Liszt pretende establecer una doctrina ecléctica tratando de conciliar la doctrina clásica del vicio de la voluntad y previsibilidad, con la de los autores que hablan de una falta de atención y con el criterio de los positivistas que consideran los delitos culposos como una falta de sentido social.

En efecto Von Liszt escribe: «El concepto de la culpa requiere:

1.º—Falta de precaución en la manifestación de voluntad, es decir desprecio del cuidado requerido por el orden jurídico y exigido por el estado de las circunstancias. La medida del cuidado se determina, en **general**, a éste respecto, según la naturaleza objetiva del acto comprendido, y no según el carácter particular del agente. La no aplicación de la atención o el no cumplimiento debido, se presenta, en el sentir de la terminología dominante, como una falta de voluntad.

2.º—Pero a la falta de precaución debe añadirse la falta de previsión, es decir, que debe haber sido posible al agente prever el resultado como efecto del movimiento corporal (aun no sea más que en sus trazos generales) y reconocer la existencia de los elementos esenciales del hecho. En la apreciación de este problema, debe tomarse por base las facultades mentales del agente en general, y en el momento del acto (agitación, embriaguez) y su mayor o menor perspicacia. La medida es aquí subjetiva, especial. Lo que está aquí en cuestión es la capacidad mental del agente individual. Si esta se afirma, la falta de previsión se presenta entonces como una falta de inteligencia.

3.º—De este modo, se aclara al mismo tiempo, el contenido material de la culpa, como especie de la culpabilidad. Este consiste en que el autor no ha reconocido, siéndole posible hacerlo, la significación anti-social de su acto, a causa de su indiferencia frente a las exigencias de la vida social. Por tanto en último término, se presenta la culpa, como una falta de sentido social». (1)

Si queremos encontrar el fundamento de la punibilidad del delito culposo, como consecuencia del hecho voluntario lícito, no podríamos señalar otro que un deseo extremado de auto-defensa por parte de la colectividad. En efecto, el deber que todo hombre tiene de cumplir las leyes, comprende incluso la obligación de abstenerse de la voluntaria transgresión de las mismas, pero encierra también la de adoptar toda clase de precauciones para evitar que de nuestros hechos aun inofensivos se derive un evento que, si bien constituye verdadera negación del derecho por falta de voluntariedad, sea, sin embargo, contrario a las exigencias de la ley. Así, por ejemplo, el Derecho al proteger los intereses de los hombres, exige que nadie atente voluntariamente contra la vida de sus semejantes, y que cada uno procure evitar que por un hecho suyo se cause la muerte de una persona. De aquí se deduce que la culpa produce, por sí misma, la responsabilidad, ante el derecho, porque encuentra su raíz en la voluntad del hombre: la falta de previsión de las fatales consecuencias de un hecho suyo voluntario, aunque lícito en sí mismo. Y por ésta violación del deber de diligencia la culpa llega a ser punible en nombre de la negligencia como violación de los preceptos legales.

8

Clasificaciones de la culpa.—Admite también diversas clasificaciones, pero la más importante es la siguiente: Culpa con previsión y culpa sin previsión.

En la culpa con previsión, el agente ha previsto como posible la desgracia acaecida, sin adoptar las precauciones necesarias para evitarla. Esta especie de culpa se aproxima al dolo, por la conciencia en el agente de la posibilidad del mal ocasionado, pero difiere esencialmente en que el autor no tuvo la intención de producirlo.

La culpa imprevista consiste en no haber previsto totalmente el mal que resulta de la acción o inacción.

(1) Von Liszt.—Derecho Criminal. pág. 419-420.

Grados de la culpa.—Consistiendo la esencia de la culpa en la posibilidad de prever el resultado contrario a derecho, la culpa puede tener muchos grados.

En efecto, se pueden prever las consecuencias de un acto como más o menos posible, lo mismo se puede tener una mayor o menor expectativa. La culpa puede, según esto, graduarse y su evaluación será más que nada una cuestión de hecho.

Por eso es difícil agrupar todos los casos en divisiones precisas, y, por lo mismo, la distinción clásica de la culpa en grave, leve, y levísima no tiene sino un valor relativo. No se puede encasillar los grados de la culpa sólo en tres divisiones, porque entre estos términos, hay lugar para muchas transiciones. Así se podrá decir: hay culpa demasiado leve, cuando el evento habría podido ser previsto por un hombre demasiado prudente; o hay culpa menos grave, cuando el resultado habría podido ser previsto por un cierto número de personas, pero no por todas. Vemos, pues, que la culpa supone una infinidad de grados, y que su gravedad, en cada caso, está en razón directa con la posibilidad de prever que tenía el autor.

Sauvard, estima que, atendiendo a ésto, entre el dolo y la culpa, hay una diferencia tan sólo cuantitativa y no cualitativa, y que la culpa sería solamente una forma de dolo atenuado. (1)

(1) Sauvard.—Ob. citada pág. 1-48.

CAPÍTULO III

DEFINICIÓN DEL DELITO EN EL C. P. CHILENO

- 1.—Definición. 2.—Elementos comprendidos en la definición.
- 3.—Que debe entenderse por la palabra «voluntario».

1.—2

Nuestro Código Penal, apartándose de la mayoría de las legislaciones vigentes, opta por definir el delito en el Art. 1.º, que dice: (1)

«Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley».

«Las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias a no ser que conste lo contrario».

En realidad, nuestro Código Penal da una definición puramente formal que descomponiéndola en sus elementos vemos que para que exista delito se requiere:

a) Una acción u omisión. La acción consiste en un movimiento de nuestro organismo (en un esfuerzo), encaminado a producir un cambio en el mundo exterior; sin que sea necesario que llegue a producirse, basta sólo la posibilidad de que se produzca. Así la tentativa y el delito frustrado son acciones, pues, aun cuando no producen cambio alguno en el mundo exterior, pueden producirlo.

La acción ha de ser externa; por eso decimos que «debe ser capaz de producir un cambio en el mundo exterior». Las simples voliciones, por criminosas que sean, no llegan a constituir materia de delito, sino dentro de los límites de su realización exterior; la acción es la materia del delito.

La definición contrapone a la acción, la omisión, que significa la abstención en la ejecución de un hecho positivo que la ley exige, que se tiene el deber jurídico de realizar.

El autor de un delito, puede cometerlo haciendo aparecer la realidad exterior como no alterada sin ningún cambio cuando debió haberlo alterado, para evitar el mal. De suerte que casi todos

(1) Nota tomada de Cuello Calón, Exp. del C. P. reformado de 1932 pág. 45. La mayoría de los C. Penales no definen el delito; criterio seguido por el C. francés, C. alemán, C. italiano, C. noruego, C. japonés, argentino e igualmente el proyecto alemán de 1921. Los Códigos hispano-americanos, casi todos elaborados tomando por base el C. español, definen expresamente el delito E. C. chileno, (Art. 1.); C. salvadoreño (Art. 1.); C. nicaraguense (Art. 1.); colombiano (Art. 11.) etc.

los delitos de acción se pueden transformar en delito de omisión, tenemos el caso del infanticidio, por ejemplo, el autor puede matar al niño por cualquier acto material, o bien, omitiendo alimentarlo, o privándolo de cuidados.

Podemos asegurar que la mayoría de los delitos son de acción, siendo la excepción los delitos de omisión. Como delitos de omisión podemos señalar en nuestro Código los siguientes: Arts. 252-253-254-256- 257-299-300-306-355-360.

b) El segundo elemento del delito según nuestro Código Penal es que las acciones u omisiones sean voluntarias. ¿Que sentido debe dársele a esta palabra? Debido a las muchas controversias que al respecto se han suscitado, y a la importancia que a este elemento atribuyó nuestro Código Penal en el inciso 2.º del Art. 1.º, lo dejaremos para estudiarlo con más detención después del tercer elemento.

c) La acción u omisión voluntaria ha de estar penada por la ley. La verdadera noción del delito la da la ley con la amenaza de una pena. Este elemento no hace más que consagrar el principio de la legalidad de los delitos, contemplado también en nuestra Constitución en el Art. 11, y que con tanta fuerza se ha manifestado en el Art. 1.º del Código Penal.

3

Escribe dorado: «La noción precisa que de la voluntad tuviera el legislador de nuestro Código Penal, podríamos inferirla, para saber cuando han de ser delictuosos los actos, por razón de la psicología del agente, según la definición del delito establecido en el Art. 1.º, examinando el sentido que el mismo legislador atribuyera, en otros pasajes del mismo Código, donde hiciera uso de tal voz. Pero el caso es, que después de registrar con cuidado todos sus artículos no se tropieza con ninguno en que aparezca nuevamente la palabra voluntad. Parece que el legislador luego de lanzarla como origen de dudas y discordias al comenzar su trabajo, ha puesto todo su interés en no volver a emplearla más. Usa en cambio con frecuencia los términos: «a sabiendas», «con alevosía», «con intención», «buena o mala fé», y algunas otras, pero en cuanto a la de voluntad fuera del Art. 1.º donde define el delito, no se encuentran en todo el Código, en el sentido de causalidad moral de los actos castigados». (1)

Se inclina este autor por hacer equivalente a voluntariedad «la intención consciente y deliberada», porque es corriente decir,

(1) Dorado.—La Psicología Criminal. Pág. 66 y siguientes.

cuando un delincuente ejecuta un acto previendo sus resultados y deseándolo, que ha obrado con intención. La intención sería, entonces, la voluntad de cometer un delito tal como está determinado por la ley, teniendo conciencia el culpable de que está infringiendo las disposiciones legales (que se reputan siempre conocidas) y que, pudiendo evitarlas haya aceptado, sin embargo, el riesgo de la condena.

No somos partidarios, sin embargo, de la opinión de Dorado, pues, voluntad e intención son conceptos distintos. Un acto puede ser voluntario, sin ser intencional. El caso del individuo que imprudentemente deja caer una piedra desde un balcón y con ella hiere a una persona, es un caso de acto voluntario pero no intencional, en el sentido de que no tuvo el deseo de herir a nadie. La voluntad está en el acto mismo; la intención está en el carácter ilícito del acto.

Pessina, estima que cuando la ley habla de acción u omisión voluntaria, debe distinguirse entre:

1.º—«Acción libre», que es la que se realiza sin coacción física o moral, sin violencia ni miedo.

2.º—«Actos voluntarios o inteligentes» que son los que se efectúan comprendiendo la persona que los ejecuta porque los realiza, pudiendo esta persona realizarlos o abstenerse de ellos y

3.º—«La acción intencional» que significa la determinación de la voluntad en orden a algún fin. En la inteligencia del agente que obra con intención estaba previsto el resultado obtenido. (1)

Para Cuello Calón, la voz voluntad se emplea como sinónimo de intención que, a su vez es equivalente a dolo, de manera que el Código al emplear la proposición: «Acción u omisión voluntaria», quiere decir: «acciones u omisiones dolosas». (2)

Esta misma opinión comparte Jiménez de Asúa y Oneca (3) y Vidal. (4) Interpretan el acto voluntario como manifestación de inteligencia; el discernimiento entre el bien y el mal, como acto libre e intencional, o sea, resuelto a cometer tal o cual delito. Basta, según Vidal, para que el agente sea acreedor en justicia a un castigo, que sea la causa inteligente y libre que haya comprendido la naturaleza y alcance de su acto y que haya tenido la intención de cometerlo.

Inteligencia o discernimiento, libertad e intención, son pues, los resultados esenciales de la voluntad que exige el Código para que un acto sea imputable y se haga responsable el autor de él.

Pacheco explicó la palabra «voluntaria» con un sentido

(1) Pessina.—Elementi di Diritto Penale. Nápoli 1883. Vol. I. pág. 174.

(2) Cuello Calón.—Ob. citada pág. 56.

(3) Jiménez de Asúa y Oneca.—Ob. citada pág. 93.

(4) Vidal.—Principios fundamentales de penalidad. pág. 93.

profundamente filosófico, diciendo que comprende: inteligencia, libertad e intención.

El acto es «inteligente» cuando es ejecutado con discernimiento y razón, esto es, con conocimiento por parte de la persona que lo realiza de todas las consecuencias funestas de su acción.

El acto es «libre» cuando haya sido realizado sin coacción alguna físico o moral, por lo cual no habrá acción punible cuando no concurra la libertad en él.

Como tercera condición, exige Pacheco que el acto sea «intencional». La «intención» es la orientación de la voluntad hacia un fin determinado y supone la predeterminación en la mente del agente del fin que obtuvo o aspira a obtener. Según este concepto para Pacheco voluntario sería también equivalente a doloso y aquellos actos en que falta la intención, como en el caso del que tira una piedra sin intención de matar, pero mata, sería castigado como actos imprudentes, por cuanto se realizó el hecho con conocimiento de que podría producir aquel daño. (1)

Von Liszt escribe respecto de la voluntariedad criminal: el delito como acto es el más agudo problema de todo un grupo psicológico: los problemas de la voluntariedad. Nada más complejo—con simplicidad aparente—que el sentido de la voluntariedad a través de la contienda filosófica. El delito—individualmente es el ápice punzante de la voluntad libre (2). Crece socialmente con la libertad política (3). Ataca jurídicamente las libertades ajenas:

Lo voluntario es lo que procede o depende de nosotros en proyecto o en realización, en deseo o en logro. Lo voluntario criminal es el mal intentado o consumado que procede o depende de nosotros. La voluntad es nosotros mismos proyectándonos magníficamente sobre el mundo exterior para modificarlo. Lo voluntario criminal es nuestra mala naturaleza, instintos, tendencias, potencias, inclinaciones, pasiones y hábitos, carácter y acción» (4)

Como vemos la interpretación que Von Liszt da de la voluntariedad criminal es más bien filosófica y no serviría en un caso concreto para aplicarla. Pero más tarde agrega que lo voluntario criminal comprende conocimiento y voluntad del hecho y del mal, o sea, para él la voluntad criminal es equivalente a dolo.

Veremos ahora la interpretación de dos comentaristas chilenos: don Pedro Ortiz y don Germán Riesco. Según don Pedro

(1) Pacheco.—Comentarios al C. P. de 1848.

(2) Saldaña.—Los orígenes de la criminología. Nota tomada de Von Liszt.

(3) Saldaña.—Antropología criminal. Nota tom. de Von Liszt.

(4) Von Liszt.—Derecho Criminal. Párrafo 31-39.

Ortiz para que un hecho objetivo (acción u omisión) llegue a constituir delito, es necesario que esté acompañado del elemento subjetivo en cualquiera de sus grados (dolo o culpa), sin que por eso la palabra voluntario se refiera únicamente a las acciones u omisiones dolosas. La voluntariedad existe con independencia del elemento objetivo del delito. (1)

Análoga opinión es la de don Germán Riesco, según quien, el Código al referirse en el Art. 1.º a las acciones u omisiones voluntarias, comprendió tanto a las acciones voluntarias maliciosas como a las acciones no maliciosas. Las acciones maliciosas siempre han de ser voluntarias; pero no así las voluntarias que pueden o no ser maliciosas.

Los actos voluntarios pueden ser con intención criminal o sin ella; en el primer caso se habla de dolo, en el segundo de culpa o de caso fortuito. ¿Nuestro C.P. se refiere al primero o al segundo o a los dos? Cree don Germán Riesco que si la ley no distinguió debe comprenderse al decir actos voluntarios tanto a los cometidos con intención como a los cometidos con imprudencia. (2)

Estos intérpretes, como vemos se apartan de la mayoría de los comentaristas, para quienes, como hemos visto la palabra «voluntario» es equivalente a dolo o intención, independientemente de la culpa. Estos dos comentaristas chilenos siguen muy de cerca las teorías alemanas.

Con estos antecedentes pasaremos a estudiar brevemente la presunción establecida en el inciso 2.º Art. 1.º que dice:

«Las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias a no ser que conste lo contrario».

Este precepto es muy importante, y sirve de regla para la interpretación respecto de la voluntariedad del acto que el legislador presume «juris tantum», correspondiendo, por tanto, a la defensa del procesado probar lo contrario, (3) esto es, que la acción u omisión no fué libre o que se ejecutó sin conocimiento o no fué intencional, en cuyo caso por no haber voluntariedad no hay tampoco culpabilidad basada en el dolo.

Don Germán Riesco, consecuente con su interpretación del inciso 1.º, estima que en este segundo inciso no se presume más que «la voluntariedad de la acción misma o de la omisión en su caso, es decir presume que el hombre se ha movido o permanecido quieto, porque así lo ha querido, porque ninguna fuerza extraña a su ser le ha impedido usar otra conducta, y que el indi-

(1) Pedro Ortiz.—Boletines jurídicos. Talca, Enero 10-1933. Pág. 114 al 120.
Pedro Ortiz.—Noiones generales de D. P.

(2) Germán Riesco.—La voluntad y la malicia en nuestra legislación penal. Stgo. 1934.

(3) Benito y Alejandro Curto.—Elementos de D. P. Pág. 68.

viduo ha obrado dándose cuenta de su comportamiento personal en ese instante. No es, por lo tanto una presunción de dolo, se presumen la voluntariedad de las causas más no de los efectos, porque si bien el hombre actúa cuando y como quiere, no es lo corriente que obtenga siempre lo que persigue ni que haya perseguido siempre lo que ha obtenido». (1)

Debemos agregar, finalmente, que no debe confundirse la voluntad con el «móvil» o los «motivos»; el móvil determina la voluntad y la decide a cometer el delito, el móvil puede indicar tanto sentimientos bajos como sentimientos nobles y generosos. Algunas veces el único móvil será alcanzar los resultados del delito, en este caso el móvil se confunde con el delito mismo; así por ej. el que roba lo hace, a menudo, con el único fin de apropiarse de la cosa sustraída; pero puede ocurrir que el delito en si mismo no sea el móvil único, sino que el móvil próximo; la causa de la determinación deberá buscarse en un móvil más lejano; así, por ejemplo, el que roba dinero para dárselo a su madre enferma. El móvil inmediato de este robo será, sin duda, sustraer el dinero pero el móvil más lejano, será la necesidad de entregar el dinero a su madre enferma. (2)

Cuando un solo motivo solicita la voluntad, esta obedece inmediatamente, pero cuando son varios los motivos, se origina una pausa entre la concepción de estos motivos y la ejecución del acto, durante el cual se examinan las fuerzas respectivas de cada uno de estos motivos, hasta que uno venza a los demás y adquiere una fuerza preponderante en la voluntad, haciéndola inclinarse hacia un determinado sentido y actuar. (3)

Estos móviles no los considera la ley, la que solo se preocupa del daño causado, pero el juez debería tomarlos en cuenta para apreciar la criminalidad del agente y regular con más justicia la pena, (circunstancias atenuantes). (4)

Vemos, pues, que nuestro Código, en el Art. 1.º determina las condiciones de imputabilidad y los elementos que constituyen el delito; el mismo criterio siguen el Código español el Código austriaco, etc. etc; otros Códigos, por el contrario, no señalan los elementos constitutivos del delito, ni las causas de imputabilidad, sino que, exponen las causas que excluyen la imputabilidad, de modo que por los casos negativos se llegan a conocer los casos positivos. Cuando un hecho no es excluido de imputabilidad es delito y, por consiguiente, castigado. Siguen este criterio los Códigos: alemán, francés, holandés, etc., etc. (5)

(1) Germán Riesco.—Ob. citada.

(2) Garçon.—Code Penal Annoté, Paris 1900. Tomo I. Pág. 1-17.

(3) Ver capítulo siguiente.

(4) Vidal.—Ob. citada. Pág. 411.

(5) Nota tomada de Allmena. Ob. citada. Pág. 363.

CAPÍTULO IV

LA VOLUNTARIEDAD: CONCEPTO PSICOLÓGICO

1.—Definición. 2.—Movimientos del acto voluntario. 3.—Del acto involuntario y contravoluntario. 4.—Naturaleza de la voluntad. 5.—Desarrollo de la voluntad. 6.—Influencia de la sociedad en la voluntad. 7.—Educación de la voluntad. 8.—Generación del delito como acto voluntario.

1

Al considerar las acciones humanas y sus efectos bajo su aspecto moral y jurídico, forzosamente debemos atender a la voluntad del hombre; porque sabemos que, según nuestro Código, la imputabilidad radica única y exclusivamente en la voluntad humana.—Pero—¿que es la voluntad?

Hemos visto que los juristas han tratado de interpretarla como la probable acepción que el legislador ha querido dar a la palabra voluntad, pero no se han puesto de acuerdo y no sabemos por cual inclinarnos. Veamos qué entienden los psicólogos por voluntad, cuales son las condiciones de producción de un acto voluntario y en que se distinguen de un acto involuntario, en que forma se presenta, como nace y extiende su dominio.

Se suele definir la voluntad, como «el poder de determinar libremente a actuar». Esta definición es defectuosa, porque, si bien es cierto que el acto voluntario, parece que emanara de nosotros, que dependiera de nuestro grado y de nuestra libertad, nada nos impide afirmar que haya allí una ilusión objetiva. No podemos definir la voluntad a base de un concepto que se ha prestado para tantas divergencias entre los filósofos: la libertad—su existencia y manera de concebirla, será distinta según la escuela a que se pertenezca, ya sea determinista, ya sea libre arbitrista; por eso, definir la voluntad sobre esta base será hacerlo erradamente.

Abel Rey, define más exactamente la voluntad y dice: «acto voluntario o volición es un movimiento complejo en mira de un fin conciente: los elementos son escogidos deliberadamente y es ejecutado con esfuerzo aunque aparezca como libre». (1)

El acto voluntario es, efectivamente un movimiento complejo compuesto por cuatro movimientos principales:

a) **Concepción o representación antecedente del acto.** Decimos que un acto ha sido ejecutado voluntariamente por nosotros, cuando antes de realizarlo hemos concebido la idea al mismo tiempo que la representación, aunque difusa, de los medios que tenemos para realizarlo, y hacia él hemos dirigido nuestra actividad; esta representación misma del acto es la que determina su realización. Esta concepción del fin y su representación es una de las características del acto voluntario.

b) **La deliberación.** La representación del fin hace que examinemos los motivos que tenemos para actuar en tal o cual forma, es decir, actuando con conocimiento de causa, sabiendo no solamente que actuamos, sino el porqué de nuestra determinación a actuar. La deliberación exige un esfuerzo, una intervención de la atención para considerar los diversos aspectos de cada solución posible, su utilidad, su valor moral, su conveniencia o inconveniencia, el conjunto de sus caracteres y consecuencias. Gracias a esta reflexión, la representación llega a constituir el «motivo», es decir, los elementos de orden representativo intelectual y que van siempre acompañados de los «móviles» o elementos de orden afectivo, tendencias, deseos, etc. que impulsan a proceder en tal o cual sentido. La deliberación consiste precisamente, en tener conciencia de estos motivos y móviles y pesar su valor. De ahí que pueda haber un intervalo más o menos largo entre el pensamiento y la ejecución, de manera que la representación y sus sentimientos unidas naturalmente con el pensamiento del fin, puedan aparecer y ejercer una acción.

Comprende la deliberación no sólo una impulsión sino varias, en que una, después de analizadas todas, obtiene la preferencia y las otras son suprimidas, «inhibidas». No hay acto voluntario en el caso en que el impulso es irresistible, es necesario que nos demos cuenta en el momento de realizar el acto que pudimos también no realizarlo. La voluntad es un poder de acción y de freno. Sin duda este poder de detención o freno aparece como posterior al poder de acción; de ahí que no exista en el niño ni en las razas inferiores de individuos cuya evolución es aún incompleta.

La voluntad necesita siempre esta inhibición; todo «quiero» envuelve necesariamente un «no quiero». En el movimiento de

deliberación la sistematización de los elementos psíquicos implica que cada tendencia, no debiendo producirse separadamente y por su propia cuenta, es preciso que sea detenida mientras se la compara, se la combina con otras, esto es las representaciones y tendencias se inhiben hasta que una de ellas termina por triunfar (1).

Vemos, pues, que la voluntad tiene dos características principales: un poder de actuar en condiciones particulares de conciencia y reflexión, y un poder de freno, de resistencia. Por eso dice Malapert que «la voluntad es propiamente el poder que ejercemos sobre nuestras ideas de poseerlas, o, por el contrario, de oponernos a su invasión, es el yo actuante, la inteligencia auto matriz la plena posesión del yo». (1)

c) **La decisión o resolución**, es la fase propiamente voluntaria, la elección práctica, la preferencia acordada a una parte en detrimento de las otras. Es el proceso que tiene por función reajustar la acción suspendida momentáneamente por el conflicto de dos tendencias, dándole supremacía a la tendencia superior. El estado de incertidumbre cesa de una manera que parece definitiva. Esta elección puede ser no solo entre los diversos elementos, sino que también entre actuar y no actuar. La afirmación práctica en virtud de la cual una de las alternativas es elegida y las otras descartadas, constituye el acto propio y esencial del querer. He ahí por qué la idea de la voluntad parece generalmente ligada a aquella de esfuerzo, y por qué en el lenguaje corriente es sinónimo de energía moral. La volición es, pues, un estado definitivo; el acto cesa de aparecer como un «posible» para llegar a ser algo real y efectivo. El deseo ha llegado a ser resolución. La escuela fisiológica ve en esto la ruptura final del equilibrio inestable en el cual estuvieron mucho tiempo las tendencias e impulsos opuestos. Esta elección de tendencia es lo que constituye nuestra personalidad, nuestro carácter, (2). Es por que al emanar así de nuestra personalidad conciente el acto voluntario, se nos presenta como libre y ha dado origen a la primera definición anunciada en la cual no se ha prestado atención al motivo preponderante que triunfó sobre los otros.

d) **Ejecución**. Es la realización misma del acto por el cual nos hemos decidido. Puede acompañar tan inmediatamente a la determinación, que se confunda con ella misma, o estar separada por un intervalo de tiempo más o menos considerable; puede aún

(1) Wundt.—Compendio de Psicología. Madrid. Trad. J. González Alonso. Pág. 251-276.

(2) Malapert.—Leçons de philosophie. Paris. 8.ª Edición, Tomo I, pág. 437-454.

(3) Malapert.—Ob. y pág. citada.

faltar porque se ha interpuesto algún obstáculo, o porque una volición nueva se ha formado, o porque en lugar de la decisión, se ha formado la intención de tomar más tarde una resolución. Pero no hay volición sino al comenzar la realización, el menos interior, porque si bien es verdad que el acto voluntario es relativamente independiente de su total realización material, es necesario que haya, sin embargo, un comienzo de ejecución orientada hacia la acción efectiva, porque todo estado de conciencia tiende siempre a expresarse por un movimiento o por un acto.

Esta descripción de los movimientos del acto voluntario ha sido criticada porque hace creer que el proceso de la volición se descompone en fases netamente marcadas; pero ocurre lo contrario. En la mayor parte de los casos, los diversos movimientos que hemos distinguido, no se separan unos de otros, porque la deliberación se reduce al tal punto, a un plazo tan breve que la concepción, decisión, y ejecución no constituye más que un solo movimiento; pero puede, asimismo, llegar a ser más compleja, ser interrumpida en medio de la duda, o determinar por una decisión brusca cualquiera, tomada a la suerte, para hacer cesar el molesto estado de incertidumbre o irresolución.

«Por eso no podemos concebir la voluntad como un poder siempre idéntico a sí mismo, sino como voliciones siempre diferentes uno a otro, porque cada hombre tiene una voluntad característica, quiere a su manera según su criterio, su sensibilidad, sus propósitos, por sus condiciones físicas, en parte innatas, y en parte adquiridas, y por el modo de reaccionar ante los motivos» (1)

3

Debemos distinguir el acto propiamente voluntario del no voluntario; así por ejemplo, el hecho de sentarse, un acto voluntario el más sencillo, no podemos confundirlo con un acto en el cual nuestra voluntad no ha actuado para nada, o con un acto que se produce aun contra nuestra voluntad. Los primeros los llamaremos «involuntarios»; refiriéndonos a ellos diremos: «no lo he hecho expresamente», a los segundos «contravoluntarios» y para referirnos a ellos diremos: «esto ha sido más fuerte que yo». Un ejemplo de acto involuntario sería: en una multitud pisamos a alguna persona; y de un acto contra-voluntario, sería una caída.

1) Pedro Ortiz.—Nociones generales de D. P.

La voluntad es la expresión más compleja y más elevada de la vida psicológica, ya que supone una coordinación de elementos psíquicos, reacciones, sentimientos, tendencias imágenes e ideas, en miras de un fin definido. Hay actos voluntarios que no son sino la manifestación de una parte superficial de nosotros mismos, mientras que otros nos retratan íntegramente, reflejan toda nuestra personalidad; de ahí que haya voliciones que fijan rumbo a nuestra vida futura, señalando la dirección hacia donde todos nuestros ulteriores actos se han de dirigir. Pero así como nuestras voliciones retratan nuestra personalidad pueden, a su vez, transformarla, porque si bien el acto voluntario es una síntesis de elementos psicológicos, no quiere esto decir que en él estén contenidos todos, porque a estos tenemos que agregarles el acto mismo del querer, y esta decisión que no suprime los motivos y móviles anteriores, puede modificar, sin embargo, su importancia, restándole una parte de su impulso o confirmando la autoridad de otros motivos o móviles, o cambiando sus relaciones de subordinación y así ha cambiado el fondo mismo de nuestro yo. Es a este impulso de innovación que los teólogos llaman «conversión» que consiste en convertir en dominador lo que está subordinado, y que los hace creer en la existencia del libre albedrío, talvez, porque ignoran las fuerzas que nos impulsan a actuar, creyendo que somos dueños de nuestras resoluciones, porque en realidad, como decía Spinoza, «la conciencia de nuestra libertad, no es más que la ignorancia de las causas que nos determinan a obrar».

La voluntad se forma en el individuo progresivamente, siendo posible seguir las fases principales de su evolución. El movimiento voluntario está precedido por el movimiento involuntario del cual sale. El niño ejecuta los actos espontánea e instintivamente, pero conserva la representación bajo forma de imágenes, se recuerda del efecto triste o agradable que le produjo tal movimiento reflejo automático y ensaya repetirlo, con este movimiento automático primitivo, suscitado por su propia imagen y orientado hacia un fin dá origen al acto voluntario al mismo tiempo que es posible el freno del movimiento. Por un mecanismo análogo la tendencia motriz, gracias al desarrollo de la representación al enriquecimiento de la vida intelectual llega a ser

idea del fin motivo del mismo y al identificarse con la idea del acto se transforma en móvil y es entonces cuando la voluntad aparece con sus elementos característicos; la deliberación y resolución ahí se manifiesta en forma expresa la intervención de ese poder personal que extiende progresivamente su dominio en el orden de representación, como en el orden de la emoción y del sentimiento que hace posible el dominio de sí, a una posesión de sí, más y más amplia y forma lo que constituye propiamente el carácter y la voluntad. (1)

6

Debemos dejar establecido que la sociedad ejerce una gran influencia sobre la voluntad de los hombres.

Cuvillier analiza este poder de la sociedad sobre el hombre y dice: «Para la inmensa mayoría de los hombres la voluntad obedece pasivamente a los imperativos colectivos. Son las representaciones colectivas las que absorbiendo las experiencias individuales en la experiencia limitada del grupo formando el tutor al lado del cual se elevan las inteligencias y las voluntades. Lo que hace que esas obediencias pasivas sean, sin embargo, voluntad es porque tienen por armadura conceptos capaces de aplicarse a una serie indefinida de casos y de abrazar en su generalidad todo el conjunto de la conducta humana. Son estos conceptos los que constituyen la irreductible diferencia entre el hombre y el animal. Es gracia a ellos que la actividad voluntaria es al mismo tiempo la actividad razonable y así la voluntad y la razón son los dos espléndidos presentes que la sociedad deposita en nuestra cuna. Son los imperativos colectivos los que han arrancado al individuo la tiranía de los instintos». (2)

7

Educación de la voluntad.—Hemos visto que son muchos los factores que influyen en el individuo, haciéndolo actuar en tal o cual sentido, que el hombre no es libre para elegir los elementos que le plazcan, sino que obedece al motivo más poderoso; por eso para educar la voluntad debemos estudiar los medios en que el mejor motivo llegue a ser para el individuo el preponderante.

Influyen en la voluntad del individuo en forma bastante imperiosa:

(1) Malapert.—Ob. citada, pág. 437-354.

(2) A. Cuvillier.—Manuel de philosophie. Paris 1933. Tomo I. Pág. 608 y siguientes.

1.º—La higiene corporal.—La voluntad tiene sus bases orgánicas, la salud es una condición esencial para la educación del yo. La educación de la voluntad supone, pues, una higiene (alimentación, reposo, etc.) y una cultura apropiadas; por eso se dice con razón, que «el ejercicio físico es la escuela primaria de la voluntad»; el esfuerzo muscular es en efecto una primera forma de esfuerzo voluntario.

2.º—El espíritu de disciplina y el sentido de la acción colectiva son también elementos esenciales. El niño debe aprender a obedecer, pues, aprende así a vencerse a sí mismo; aquí es la familia y la escuela quienes tienen la misión principal; la emancipación precoz de los niños, la desertión del hogar, hacen que el niño adquiera malas costumbres y que estas decidan su voluntad. Pero, bajo el influjo de la disciplina de la familia y de la escuela, el niño, a medida que crece, forma a su vez su propia disciplina, que llega a ser una disciplina conciente, hecha a la vez del espíritu de iniciativa y del sentimiento de solidaridad y cooperación.

3.º—El cultivo de la inteligencia.—La voluntad no puede separarse de la inteligencia. Aprender a querer es aprender a reflexionar, a fijar la atención, porque nada es tan funesto para la voluntad, como el atolondramiento, la dispersión del espíritu; para querer fuertemente es necesario ver claramente el fin, representado de una manera concreta y detallado, prever las diferentes hipótesis posibles y actuar decidiéndose por la mejor. El desarrollo intelectual tiene una acción moderadora sobre las emociones, y, muy especialmente, sobre las que preparan los actos volitivos.

4.º—La cultura del sentimiento.—Es necesario recordar que la idea, por sí sola, no basta para generar la acción: es necesario cultivar, además, sentimientos elevados que se unan a las grandes ideas humanas, saberse emocionar, ser capaz de entusiasmo es también una condición de la voluntad. (1)

8

El delito como acto voluntario, es también el resultado de un triple proceso volitivo:

1.º—Motivación, ideación, producción de la idea. El acto voluntario delictuoso empieza por su propia representación, el delincuente tiene la idea, sabe lo que va hacer y esta represen-

(1) Cuvillier.—Ob. citada. Pág. 608 y siguientes.

tación misma del acto, su idea, es la que determina su producción.

2.º—Deliberación, atención, valoración de los motivos. El caso más simple de un proceso voluntario delictuoso se ofrece cuando está determinado por un solo motivo; este es el caso de los llamados «procesos simples de la voluntad» o, más comunemente, «acciones impulsivas» (1). Estas acciones impulsivas son las que con mayor frecuencia originan los actos delictuosos, pues es necesario una gran energía para resistirlos. El caso más complejo está constituido por varios motivos que se contradicen y oponen, luchando por imponer cada uno cierta orientación particular a nuestra actividad. Las emociones y pasiones ejercen una fuerza más grande que los sentimientos y son, a menudo, preponderantes para proveer la acción.

La lucha de estos elementos trae como consecuencia la victoria de uno que es el preponderante y el delincuente se resuelve a actuar.

3.º—Determinación, resolución.—Esta es la fase propiamente voluntaria, es donde se pronuncia el consentimiento por el cual la voluntad toma conscientemente un partido.

(1) Wundt—Ob. citada. Pág. 451-276.

CAPÍTULO V

DELITO PRETERINTENCIONAL

1.—Concepto y definición. 2.—Elementos que lo constituyen. 3.—De la relación de causalidad en el delito preterintencional. 4.—De la pena (opinión de los tratadistas). 5.—Criterios seguidos por nuestros tribunales. 6.—Homicidio preterintencional. 7.—Aborto preterintencional. 8.—Incendio. 9.—Otros casos de preterintencionalidad.

1

Hemos visto que existe delito doloso cuando el evento (daño o peligro) causado por la acción humana (positiva o negativa) fué deseado por el agente; de esta noción, resulta claro que la voluntariedad en el delito doloso relaciona la acción con el evento. Que el delito es culposo, cuando se verificó por el hombre un hecho lícito que tuvo como consecuencia el resultado no querido, debido a su negligencia, imprudencia o impericia, para preverlo, siendo que era previsible; en éste caso el resultado no guarda relación con el hecho humano.

Nos falta, por último, estudiar el concepto del delito preterintencional, al que los autores italianos, han dado gran importancia.

Vimos en el capítulo anterior que resulta como inherente a la resolución criminal, la representación del efecto del acto que lesiona el bien jurídico. «Pero esta representación puede ser errada, por cuanto no siempre se presenta a la conciencia la idea de todos los resultados; así sucede que no obstante formarse la imágen del efecto de esa conducta resultado real consecutivo de la acción puede no ser atingente a la que como posible había ideado el autor. Surje, entonces, la figura jurídica, del delito preterintencional, en que los resultados de la acción son un producto que supera el límite del efecto dañoso concebido por el agente; en este caso en que el efecto real supera al efecto representado, tratándose de un delito doloso, que es tal desde el momento psíquico inicial que lo determina, y el efecto no querido que es una consecuencia de la resolución, aun cuando no haya sido previsto, ni previsible, hay un nexo causal con la acción que lo ha

determinado: hay un delito preterintencional» (1); pero es necesario que estas mayores consecuencias no se hayan previsto, porque si se previeron, responde en este caso por dolo indeterminado.

Podríamos definir el delito preterintencional como **aquel en que la acción u omisión humana encaminada a producir un mal causó un daño más grave que el que se proponía, siendo este daño mayor susceptible de prever.**

En la preterintencionalidad, la voluntad relaciona la acción a un evento menor que el causado.

Resulta de lo dicho, que el delito preterintencional, es en substancia doloso, por cuanto el agente quiso un resultado que viola la ley penal, produciendo con su acción uno más grave, y es, al mismo tiempo, culposo en esta cuota de mayor consecuencia que no fué querida ni prevista por el culpable. Por eso en esta figura jurídica se puede hablar de una forma mixta de dolo y culpa: habiendo dolo, porque existe relación entre la voluntariedad de la acción y el evento esperado; y culposo por la mayor cantidad de daño causado pero no querido. El sujeto ha deseado inferir un mal y lo ha inferido. La culpa consiste en no prever todas las circunstancias congeturables del acto o de la omisión. Pero, ¿si no ha podido prever todas las consecuencias de su acto? esto es, si se debe a caso fortuito entonces, responde únicamente de la lesión inferida, pero no del exceso del resultado, debido a causas no previsibles, por cuanto es un principio universalmente aceptado que nadie responde del caso fortuito, porque si no se han podido prever las consecuencias de un acto, ese hecho debe ser reputado de fuerza mayor; si por circunstancias de diverso orden esas consecuencias se han hallado fuera de la previsión, la irresponsabilidad se impone con todos sus efectos, pero sólo con respecto al exceso no previsible en lo relativo a la parte de dolo o culpa es enteramente responsable. El delito preterintencional se presenta, con frecuencia, en la hipótesis en que el autor desea directamente un primer delito y realiza en el hecho un resultado más grave; el caso por ejemplo, de la matrona que queriendo practicar un aborto opera mal, y provoca la muerte de su paciente; hay aquí a la vez un hecho imprudente, que consiste en el resultado no previsto, y un hecho doloso, que consiste en el resultado directamente deseado.

Según Impallomeni, la figura del delito preterintencional es errada, porque si el dolo es la causa de un delito, no se concibe

(1) Vincenzo Lanza.—Derecho Penal Italiano. N.º 96.

como puede tener contemporáneamente por causa la culpa, y considera que el delito preterintencional es solo un delito doloso, puesto que las consecuencias eran previsibles, si bien no las ha querido directamente. (1)

De la misma opinión es el tratadista Groizard y G. de la Serna que escribe:

«Es absurdo estimar que un mismo acto revista dos figuras distintas de delito: una la que en sí mismo tiene, por la dañada intención con que se ejecutó en ofensa de la ley penal, y otra la que se desprende de la imprevisión que pudiera producir otro mal distinto, no querido por el autor en el momento que realizó el delito intencional. El que ejecutó voluntariamente una acción penada por la ley, reo es de delito intencional, y según los principios que informan la teoría racional de la responsabilidad obligado queda a todos los resultados de su acto voluntario». (2)

A propósito de esta afirmación, debemos advertir que la culpa puede también clasificarse en culpa pura y culpa mixta. La primera es aquella clase de culpa que ya conocemos y que definimos como voluntaria falta de previsión de las consecuencias de nuestros actos lícitos. La segunda, se caracteriza en que el hecho inicial voluntario, es delictuoso pero su resultado origina un daño mayor que el deseado; este daño mayor era previsible pero el actor no lo previó; es entonces cuando decimos que existe delito preterintencional y no se puede negar que existe la fórmula mixta de dolo y culpa.

2

Por el concepto ya dado de la figura jurídica del delito preterintencional, sabemos que comprende los siguientes elementos:

1.º—La voluntad de ocasionar un determinado efecto dañoso (*primun delictum*).

2.º—Un resultado dañoso que excede de la voluntad del agente (*majus delictum*).

«Pero se presenta un tercer elemento, que es la previsibilidad, y de suma importancia, ya que se trata de determinar hasta que punto las consecuencias de un hecho pueden, penalmente, atribuirse a su autor, porque si el que proponiéndose cometer un delito determinado conocía la imposibilidad de encerrar dentro de límites absolutos las consecuencias de su acto, es justo que el evento derivado le sea enteramente atribuido». (3)

(1) Impallomeni.—Diritto Penale. Pág. 252.

(2) Groizard y G. de la Serna.—Derecho Penal. Tomo VIII. pág. 356.

(3) Florian.—Del Reati e delle pene in generale, Parte I. pág. 286.

Hemos visto ya que si el mal mayor producido se debe a caso fortuito, no cae dentro de la responsabilidad del hechor del principal delito.

3

Si se examinan los elementos objetivos que constituyen cada delito preterintencional, se ve que el delito base (principal delito) y el evento no querido (*maius delictum*) están ligados por un verdadero nexo causal; «pero no debe entenderse esto en el sentido de que basta que el mayor resultado se haya verificado inmediatamente después del hecho doloso, para que se pueda imputar al culpable, sino que es necesario que el delito mayor sobrenenido derive del delito menor, como el efecto de la causa y no ser la causa de un accidente extraño». (1)

De ahí que los comentadores, al tratar de esta materia, pongan especial interés en las palabras mismas empleadas por los legisladores, que refiriéndose a las mayores consecuencias imputables emplean entre otros, los siguientes términos: «cagionare», «producir», «derivar», etc. etc.; otros autores hablan de un nexo de «íntima dependencia» y Stopato habla a menudo de la «relación de producción», para hacer resaltar la necesidad de que el resultado material debe ser obra del culpable. Nosotros diremos que para que haya delito preterintencional es necesario que el evento sea consecuencia del hecho del agente; si se debe a otra causa independiente de su acción no existe preterintencionalidad. Hemos dicho que hay delito ultraintencional cuando se realiza un acto con intención de causar un daño y se produce un daño mayor; para que exista verdaderamente relación causal, es necesario que este mal más grave sea obra exclusiva de los medios puestos en práctica por el agente criminal. No es preciso que la acción del delincuente sea suficiente por sí misma para producir el suceso, sino que basta que esta aparezca, como necesario presupuesto, cual condición «sine qua non» del efecto dañoso; esto es, haciendo abstracción del delito, desaparece el resultado; pero si se suprime la acción del culpable, y el resultado no se modifica podemos afirmar que lo realizado por él, no puede considerarse como causa. Para aclarar estos conceptos pondremos dos ejemplos: uno en que exista la relación causal, y otro en que falta esta relación:

1.º—Una persona que ha sido secuestrada y encerrada, al esforzarse para abrir la puerta para salir se hiere gravemente en

(1) Vidal.—Principios fundamentales de la penalidad Pág. 411 y siguientes.

este caso la causa inmediata está constituida no por el hecho del culpable, sino por culpa de la víctima, quien se produjo las lesiones a consecuencia de las vanas tentativas puestas en práctica para obtener la libertad; aquí la acción del culpable no es directamente determinante de la acción,—pero: ¿falta aquí el nexo causal?—sin duda que no, puesto que el evento (herida) no habría acaecido sin el secuestro, que aparece como necesaria condición del efecto dañoso.

2.º—Dos individuos que viajan en un tren riñen, y a consecuencia de la riña, uno de ellos queda herido; el tren se descarrila y el herido muere. En este ejemplo, vemos claro que falta relación causal ya que el evento mayor se ha producido por una circunstancia completamente agena al culpable; si suprimimos en este caso el hecho del agente (herida) no se modificará en absoluto el resultado (muerte seguida del descarrilamiento); en esta hipótesis nuestro sentido común se revela a admitir la existencia de un nexo de íntima dependencia. El reo no ha tenido la intención de causar la muerte, ha sido un agente extraño el que ha sido un agente extraño el que ha producido, los hechos que Finzi califica de «accidentalidades exteriores», (1) fueron los que por su propia fuerza determinaron el evento y no se debe reconocer más eficacia causal a la condición producida por el agente cuando haya sobrevenido un hecho nuevo e independiente, sea advenimiento de la naturaleza, del hombre, o de los animales: (en el caso de que un herido quedara en una selva y fuera devorado por los animales salvajes); el cual no cambia en absoluto la acción del culpable ni las consecuencias que de ellas se derivan. Pero no todos los penalistas se inclinan por la doctrina anotada por nosotros, y así Carrara, por ejemplo, establece que el evento debe imputarse al culpable aun cuando la acción del agente no sea la causa necesaria y suficiente por sí misma para producir el resultado.

Establecer cuando existe esta relación causal, es un problema que reviste gran interés, pues servirá para establecer cuando debe castigarse el mayor resultado, cuando este es imputable al autor del delito principal.

4

El delito preterintencional presenta verdadera importancia, desde el punto de vista de la peligrosidad denotada en el agente, porque no podríamos decir que es igualmente temible el que mata voluntariamente, que aquel que solo desea herir y que por

(1) Marcelo Finzi.—Revista Penal. XCV. Año 1922. Pág. 102.

un accidente desgraciado da muerte a su víctima; y es inexplicable como todos los autores han descuidado el estudio del delito preterintencional, en su concepto y condiciones, para ocuparse únicamente de la forma como debe castigarse.

Ciertos penalistas sostienen, que cuando una persona se desliza en el delito, debe responder de toda las consecuencias ulteriores a él.

Esta doctrina tiene como principal representante a Finzi, quien la ha desarrollado en una forma muy convincente, aun cuando la doctrina es antigua, y no consiste sino en la aplicación del concepto latino que dice: «qui in re illicita versatur, tenetur etiam pro casu», es decir, el que cae en el delito, responde del infortunio consecuencia de ese delito. Este mismo criterio sigue Garçon, quien estima que si el individuo, tiene intención de dañar, debe ser responsable de todas las consecuencias de su acción y debe ser más o menos severamente castigado según sea el mal producido; no es necesario establecer que él ha querido este daño u otro cualquiera, sino que al actuar **debió** prever que su actitud podría acarrear una consecuencia semejante; (1) igual principio contempla nuestro C. P. en el Art. 479 al castigar con una pena mayor al incendiario, cuando el fuego se comunicare del objeto que el culpable se propuso quemar a otro u otros; pero, Garçon es de parecer que no se le debe aplicar una pena tan severa como la que le corresponde al caso en que su intención hubiera sido obtener realmente el resultado obtenido.

Impallomeni, sostiene la misma opinión, al establecer que debe castigarse más levemente, ya que el individuo ha demostrado una menor peligrosidad. (2)

Pacheco, el más conocido comentador español, cuyas ideas han seguido muchas veces nuestros tribunales basándose en el hecho de que nuestro C. P. tuvo por principal fuente al español, sustenta igual criterio, y, al hablar de las lesiones que traen como consecuencia la muerte, dice más o menos lo siguiente: existe homicidio, cuando el ofendido queda muerto en el mismo instante por el hecho material, y en vano se podrá alegar que el delincuente no quiso matarlo, pues este será reo de este delito y no de otro; no hay homicidio, por el contrario, cuando se causan lesiones y la víctima no muere, aun en el caso en que el victimario hubiera tenido intención, de matarlo, y no se podrá alegar que hubo tentativa o delito frustrado, pues toda argumentación pier-

(1) Garçon.—Ob. y págs. citadas.

(2) Impallomeni.—Ob. citada. Pág. 252.

de su fuerza con el efecto del hecho material de la lesión que está sancionado expresamente por el Código».

Este principio clásico lo han seguido nuestros tribunales en numerosas sentencias de fechas recientes.—Citaré algunas:

1.—Gaceta de los Tribunales. 1929. Cañete, 22 de Junio de 1929. p. 651 s. 140.

«Si el occiso muere a consecuencias de las heridas que le infirió el reo, este es responsable de homicidio, aunque el informe médico legal diga que si le hubiera atendido oportunamente no habría fallecido, porque eso es una simple hipótesis».

2.—Gaceta de los Tribunales 1918. Tomo III. Santiago, 11 de Marzo 1918. p. 447 s. 147.

«Es responsable de homicidio el que causa la muerte de otro, dándole un golpe en la cabeza con un bastón».

3.—Gaceta de los Tribunales 1929. Tomo II. Temuco, 21 de Enero 1929. p. 688 s. 152.

«El hecho de producirse un incendio en una población edificada ininterrumpidamente, basta para dar por establecido que su autor ha debido prever la existencia de personas cuya muerte produjo el siniestro».

4.—Gaceta de los Tribunales, 1918. Tomo III. Chillán, 13 de Noviembre 1917 p. 587 s. 197.

«Es responsable de homicidio el que ocasiona una herida que produce la muerte de la víctima, aunque sostenga que ha sido causal, si esto no aparece establecido en el proceso».

Becaria estima que la verdadera medida para sancionar los delitos, es el daño hecho a la sociedad, sin tomar en cuenta la intención del que los comete. (1)

Vemos pues, que estos tratadistas son partidarios de que se castigue el delito preterintencional, atendiendo a los resultados materiales del hecho, aduciendo para ello que la intención es muy difícil probarla; en cambio los resultados objetivos no pueden conducir a ningún error.

Otros, por el contrario, son menos severos y atienden a la intención del agente para fijar la sanción.

Garraud, considera que en principio, nadie puede ser castigado por un delito si no ha querido el hecho que lo constituye y que, en consecuencia, la intención entra como elemento esencial en la constitución misma del delito penal; (2) de este principio deducimos que si el agente tuvo el deseo de cometer un delito

(1) Becaria.—Tratado del delito y de las penas.

(2) Garraud.—Traité théorique et pratique de D. P. N.º 285.

y los resultados fueron más allá de su propósito, este exceso no debe tomarse en cuenta para la punibilidad.

Este mismo principio sostiene Dorado, y escribe al respecto: «Cualquier efecto fuera del horizonte de los designios, será involuntario, como al revés puede ocurrir que mis intenciones o designios, es decir, mi voluntad abarque más que el fin logrado. De aquí resultan los actos preterintencionales, considerados en lo que de extra intencional tengan, como pre-voluntarios y de los que en rigor de doctrina «solo ha de responder su autor en la parte que de conscientes o de previstos hayan tenido, pues sólo esta parte es obra suya susceptible de imputación». Si alguien plus fecit, minus voluit, parece que no ha hecho intencionada y voluntariamente cuando menos sino lo que quiso hacer y a esto solo habrá de extenderse su imputabilidad y responsabilidad, a lo sumo de los resultados que queden fuera de las finalidades conscientemente perseguidas podrá responder como autor de hechos culposos, si es que tales resultados aun no buscados de un modo directo fueron en manera alguna previstas, por ser fácilmente previsibles. Se daría aquí el dolo indirecto el cual más bien que dolo parece una verdadera culpa». (1)

Pessina, sostiene el mismo juicio; estima que los eventos exteriores de los cuales la actividad humana puede ser causa física no llegan a constituir materia del delito sino dentro de los límites de lo que se ha querido.

También estos tribunales han seguido este criterio en algunas sentencias que paso a citar:

1.º—Gaceta de los Tribunales 1930. Santiago 14 de Enero, 1930 p. 222 s. 48.

«Si el inculpado puso de su parte todo lo necesario para matar a la víctima y el homicidio no se consumó por causas independientes de su voluntad, es responsable de homicidio frustrado y no de lesiones».

2.º—Gaceta de los Tribunales 1929. Santiago 6 de Abril, 1929. p. 306. s. 52.

«Si el reo pone de su parte todo lo necesario para consumar el delito de homicidio y no se verificó por causas independientes de su voluntad es responsable de homicidio frustrado, y no de lesiones graves».

3.º—Gaceta de los Tribunales 1918. Tomo I. Punta Arenas, Febrero 28 de 1929. p. 841 s. 185.

«El que da de puñetazos y puntapiés a otro sin intención

(1) Dorado.—Psicología criminal. Pág. 68 y siguientes.

de matarlo pero causándole con ello, lesiones que contribuyen a su muerte, por un estado especial de él mismo, no es responsable de homicidio sino de cuasi delito».

Este es un caso de homicidio con causal y no de cuasi delito.

4.º—Gaceta de los Tribunales 1913. Tomo IV Corte de Apelaciones de Talca. Noviembre, 15 de 1923. p. 3297 s. 1109.

«Es responsable de lesiones y no de homicidio el que cause heridas que no son mortales, por necesidad y que con una oportuna curación habría demorado en sanar treinta y cinco a cuarenta días».

Otros comentaristas han tratado de combinar estos dos elementos: el subjetivo (intención) y el objetivo (resultado), aplicando una pena que comprenda íntegramente la intención agravándola en uno o varios grados por el mayor daño producido; esta parece debería ser realmente la verdadera medida de la sanción, ya que si el agente no denota tanta peligrosidad como si verdaderamente hubiera deseado todo el mal producido, no podemos menos que reconocer que es más temible (por su falta de previsión) que aquel que se propone causar un mal, pero trata de que sus consecuencias no vayan más allá de sus propósitos, y además ha causado a la sociedad un daño mayor.

Cuello Calon es partidario de esta teoría, pide que se castigue el hecho doloso, y que las mayores consecuencias se consideren como una agravante, pero no se explica, en que se funda para sostener este principio. (1).

Igual cosa ocurre con Benito y Alejandro Curto, (2) y Pessina. (3)

Jiménez de Asúa y Oneca se inclina también por esta fórmula y sostienen: «la pena debe ser mayor que la correspondiente al resultado propuesto (doloso), pero no tanto como correspondería al resultado ejecutado si todo fuese doloso».

Cuando el exceso no es previsible surge la cuestión; si se aplicasen los principios generales de la culpabilidad, claro está que no se podría imputar sino aquel resultado que había entrado en la intención del agente, pues el exceso es casual y el caso no se imputa. Mas hay una antigua regla que dice: «Qui in re illicita versatur, tenetur etiam pro casu». Esto es, si se realiza un acto lícito, es obligado a responder de todas las consecuencias que sobrevengan aunque sean accidentales o imprevisibles, pues, al cometer el delito ya debió comprender la imposibilidad de encerrar sus consecuencias dentro de límites rígidos y absolutos». (4) Sin

(1) Cuello Calon.—Derecho Penal. Pág. 223.

(2) Benito y Alejandro Curto.—Elementos de D. P. pág. 68.

(3) Pessina.—Ob. y pág. citadas.

(4) Jiménez de Asúa y Oneca.—Ob. citada. pág. 344.

embargo, diremos con Carrara que esta regla es falsa e inútil. Falsa (injusta) si se quiere hacer responsable al agente del caso no previsible por la única razón de versar sobre cosa ilícita, en contradicción de los principios universales de la culpabilidad, que, no conformándose con la mera causalidad material, exigen siempre algún elemento de causalidad moral, como es la previsibilidad. Inútil si se afirma la responsabilidad del caso previsible, pues el caso se castigaría por culposos, ya que la previsibilidad es, como hemos visto, el elemento característico de la culpa. Abundando en esta opinión el Congreso de 1909 de la U. I. de D. P. aprobó el siguiente principio: «Nadie es punible por razón de las consecuencias de sus actos sino en la medida de aquellas que ha previsto o que ha podido prever». El Art. 31 del C. P. español de 1928 dice que; «el responsable de una infracción lo será de toda lesión o daño que por consecuencia de la misma se produjere. Mientras que no aparezca y se pruebe que este resultado sobrevino en virtud de un accidente extraño a la acción».

Como se ve, para nada se habla aquí de previsión o previsibilidad del resultado. El que ha querido realizar un delito responde de sus consecuencias, aunque estas sean realmente extrañas a la culpabilidad del resultado.

Únicamente se excluye el resultado que sobrevino en virtud de accidente extraño a la acción, o sea, cuando no fuere realmente consecuencia de la misma. De modo que el problema queda encuadrado en lo de la causalidad material y, una vez comprobado que la voluntad del sujeto se dirigía a la comisión de un delito, no hay que hacer más averiguaciones sobre la causalidad moral para imputarle todos los resultados, bastando cerciorarnos que estas son consecuencia de sus actos y no accidente extraño a la acción, aunque, a decir verdad, si esta expresión no se toma como redundancia, el excluir lo que no es consecuencia de la infracción puede servir a la jurisprudencia para una interpretación restrictiva de la preterintencionalidad.

Carrara sostiene este mismo principio y escribe: «Hay, en fin, una forma particular de degradación que resulta de la falta de previsión del efecto más grave, ella da lugar a una imputación media, entre la que se atribuiría al hecho doloso, y que se atribuiría al hecho culpable. A esta forma se da el nombre de preterintención, título especial de frecuente aplicación en la práctica, en los homicidios cometidos con la intención de herir pero sin la intención de matar. El homicidio preterintencional encierra el dolo, el cual resulta de la intención de dañar al enemigo, pero en

cuanto al efecto de dar la muerte hay culpa, porque se supone que la muerte no ha sido prevista, hay menos imputación que en dolo indeterminado, en el cual se supone que, el efecto más grave ha sido previsto aunque no se haya querido precisamente; hay más que en la culpa, porque se ha obrado con la intención positiva de causar mal al enemigo». (1)

5

Nuestros tribunales han seguido a veces el criterio clásico, atendiendo para castigar el delito al mal producido, sin considerar la intención; otras veces han castigado únicamente lo que el sujeto tuvo como propósito realizar, siguiendo en este caso, el principio positivista que atiende el peligro que ofrece el delincuente, aun cuando el daño sea mayor, pero en ninguna de las sentencias consultadas han aplicado la pena relativa a la intención agravada en un grado por el exceso de resultado, o la correspondiente al efecto rebajado convenientemente por la falta de peligrosidad tan acentuada en el sujeto.

Los delitos en que con mayor frecuencia se presenta este resultado ultra intencional, son: lesiones en todas sus clases, aborto, incendio, abandono de niños y personas desvalidas, y envenenamiento de aguas.

6

Estudiaré algunas de las sentencias de nuestros tribunales en los delitos de lesiones y homicidios preterintencional.

A veces han castigado solo el resultado sin atender al propósito del agente, en el sentido de que cuando un individuo pega otro una puñalada sin intención de matarlo y lo mata, se le aplica la pena correspondiente al homicidio; y si, por el contrario, lo hiere con deseo de matarlo pero debido a una rápida atención médica u otra casualidad cualquiera se salva, se le aplica únicamente la pena señalada para el delito de lesiones.

Uno de los elementos esenciales del delito de homicidio es el «dolo específico», o sea, el «animus necandi»; este dolo especialísimo está representado concretamente por los móviles que han determinado la voluntad criminal. El animus necandi nos sirve para distinguir el homicidio común del homicidio preterintencional, del homicidio frustrado, del delito de lesiones y del cuasi delito de homicidio.

(1) Carrara —Ob. citada. párrafo 271.

He dicho que sirve para distinguir el homicidio común del preterintencional, porque la característica del homicidio preterintencional, está en que proponiéndose el sujeto simplemente ofender, ocasiona la muerte por exceso de los medios empleados para la agresión.—Y del homicidio frustrado y del delito de lesiones, y del cuasi delito de homicidio, en que estos hechos si bien es cierto, objetivamente son idénticos desde el punto de vista jurídico, solo se pueden distinguir entre si acudiendo al exámen de la intención. ¿Tenía intención de matar? Entonces habrá homicidio frustrado.—¿Tenía intención de herir? Habrá delito de lesiones. ¿Cómo se prueba la intención criminal? Viendo: región en que se ha inferido la lesión; repetición de los golpes, causas que han inducido al agente criminal a cometer la lesión; manifestaciones anteriores del victimario; manifestaciones posteriores, medios de que se ha servido para cometer el delito, etc. etc. Y si falta toda intención habrá cuasi delito. Pero debemos comprender que ninguna de estas reglas por si solas puede darle al juez, por lo menos en ciertos casos, la certidumbre respecto de la intención—lo contrario ocurre, si se estudian todas, pues ayudándose las unas a las otras pueden muy bien desentrañar el propósito del sujeto.

Tampoco debe confundirse el homicidio preterintencional con el homicidio concausal, que es aquel, en que la muerte no es el resultado exclusivo de los medios puestos en práctica por el agente: a la causa puesta en juego por el homicida se viene agregar otro factor pre-existente generando entre ambos la muerte.

El homicidio ultraintencional, es aquel, ya lo hemos dicho, en que el sujeto se propone simplemente originar un daño, y dados los medios puestos en práctica en vez de dañar, mata, siempre que no hubiera podido prever que por el empleo de esos medios la muerte era una consecuencia probable; o por lo menos posible.

Debemos diferenciar también el homicidio preterintencional, del homicidio culpable: en el primero, la muerte sobreviene como consecuencia de un ataque a la integridad personal; en el segundo como consecuencia de un acto que desde el punto de vista jurídico es lícito, o de una lesión de derecho que no constituye un atentado contra la integridad personal. Para que sea homicidio preterintencional es necesario que la muerte sobrevenga **siempre** a consecuencia de un ataque a la integridad personal, porque si falta este elemento lo más probable es que el homicidio sea culpable, y no ultraintencional.

Veamos como han resuelto nuestros tribunales algunos de estos casos.

1.º—Gaceta, 1909. S. de la C. de Casación 22 de Julio 1909. p. 764 s. 584.

«Constituye delito la acción voluntaria del reo hecha con intención manifiesta de causar un mal al ofendido, sin que se modifique el hecho delictuoso para convertirlo en cuasi delito, la circunstancia de que el propósito del ofensor no haya sido causar el daño que lo produjo.»

Comete, en consecuencia, delito de parricidio el marido que dándole golpes a su mujer, le causa lesiones que le producen la muerte, aunque su intención no haya sido causarle un daño de tanta gravedad.

Esta sentencia es a mi juicio, excesivamente severa, si atendemos al hecho de que entre la gente del pueblo, el marido acostumbra embriagarse y golpea con bastante frecuencia, por desgracia, a su mujer. No podemos decir por esto, que cuando el gañán, por ejemplo, lo hace, es porque tiene intención de matarla.

En este caso habría sido más justo aplicar la pena relativa al delito de lesiones pero agravada en un grado, a menos que aparezca que ha tenido intención manifiesta de matarla.

2.—Gaceta de 1909. S. de la C. de Apelaciones, 6 de Octubre 1909 p. 231 s. 836.

«Aunque la intención del hechor haya sido causar la muerte, si solo causó lesiones graves, se castiga el delito en consideración a éstas, y no como homicidio frustrado.»

Aquí, no se le aplicó la pena correspondiente que tuvo el propósito de cometer, atendiendo a la peligrosidad del agente, sino que le rebajaron, porque el mal no se produjo, muy a pesar suyo talvez.

3.—Gaceta 1916. Tomo II. C. de Apelaciones de Talca. Mayo 16 de 1916. p. 185 s. 364.

«Debiendo el agente responder de todas las consecuencias de su delito, hay que estimarlo como responsable de un homicidio, aun cuando el se produjera en último término, a consecuencia de una peritonitis supurada, por cuanto del informe médico, aparece que la lesión causante de la muerte fué inferida con un instrumento séptico, que produjo la infección.»

4.—Gaceta 1914. Tomo III C. de Apelaciones de Concepción. Concepción, 13 de Octubre 1914. p. 1967 s. 685.

«El que en una riña o pelea da un puntapié a otro que se según el informe médico legal respectivo, es la causa de su muerte, es responsable de homicidio.»

La prueba de testigos sobre el hecho de esa riña y el infor-

me médico expresado, son suficientes para dar por establecido el cuerpo del delito, y con tal antecedente la confesión del reo, sobre el hecho de haber dado el puntapié basta para condenarlo».

A mi entender el criterio seguido en esta sentencia es errado, porque si la pena se impone a los delincuentes con el doble objeto de corregirlos y de librar a la sociedad de individuos que por sus malos instintos son peligrosos para ellos—¿porqué ha de aplicarse la misma pena a un sujeto que, en un momento de arrebato ha agredido accidentalmente a otro, sin intención de matarle y por desgracia lo mata, que otro por malos instintos procede con propósitos de matar?—esto es injusto, en el primer caso, el sujeto merece una pena porque ha cometido delito, pero en ningún caso la pena correspondiente al homicidio, porque no se le puede considerar homicida; en este caso el individuo tiene malos instintos, pero para su corrección bastará con una pena reducida, más no así para el que posee una peligrosidad tan arraigada como para atreverse a dar muerte a otros; este necesita una medida de corrección muy superior y, en cuanto al fin de librar a la sociedad de aquellos individuos que le son perniciosos, creo que con los primeros hay que ser más indulgentes, ya que solo accidentalmente han cometido un delito de tanta gravedad, y no entraña un peligro tan grande, el juez al tomar conocimiento de un hecho que puede clasificarse de homicidio a primera vista, debe fijarse muy bien, en las circunstancias que lo rodean, y como se cometió porque de ellas podrá sacar muchos datos con respecto a la intención de la persona que lo comete. Si las lesiones son de las que necesariamente producen la muerte, en este caso, no habrá dudas de que se trata de un homicidio, sino es así, no deberá aplicarse sino la pena correspondiente al delito, cuyo propósito tuvo de cometer, agravada por el exceso de resultado; por ejemplo, si un individuo dispara a otro, un balazo y le pega en una pierna, no hemos de suponer que tuvo el deseo de matarle, pero si la víctima muere a causa de una hemorragia sería de justicia aplicarle la pena indicada para el delito de lesiones, pero en ningún caso la señalada al homicidio.

Otras veces, nuestros tribunales se han apartado de esta doctrina clásica que atiende solo al resultado para medir la sanción, y han tomado por base la intención del delincuente y las circunstancias que rodean el hecho, fundándose en el Art. 7 del C. P., que determina cuando hay crimen o simple delito frustrado, y cuando hay tentativa de crimen o simple delito, y en el Art. 147 del C. P. que da mucha importancia al informe médico legal, que

servirá de base al juez para poder apreciar entre otros factores, la intención del delincuente, circunstancias de hecho y materialidad de la lesión.

Veamos algunas sentencias apoyadas en estos Arts.:

1.—Gaceta de los Tribunales. 1907. C. Suprema. 19 de Mayo 1907 p. 41 s. 30.

«Las relaciones de mutua amistad existentes entre el inculgado y su familia, la falta de antecedentes para establecer que hubiera odio, resentimiento cualquiera u otra intención malevóla, el modo, forma, lugar y tiempo como se verificó el suceso, y la actitud del reo antes y despues del hecho, son antecedentes bastante para establecer que no constituye por falta de intención dolosa, la muerte de una persona causada por el disparo de pistola del inculgado».

En este caso se toman en cuenta las circunstancias que rodean al hecho y la intención del agente, desentendiéndose absolutamente del resultado.

2.—Gaceta de los Tribunales 1911.—C. de Apelaciones de Talca 19 de Octubre de 1911. II tomo. p. 485. a 1016, con un voto en contra que lo estima de lesiones.

«Conocida la intención positiva del reo de causar la muerte de su padre y habiendo empleado medios adecuados para la perpetración del crimen, que no llegó a consumarse por causas ajenas a su voluntad, pero causó lesiones a la víctima, debe estimarse el delito como parricidio frustrado, y no de lesiones».

3.—Gaceta de los Tribunales 1912. C. de Apelaciones de Valdivia. 20 de Mayo de 1912. Tomo I. Pág. 889. Sentencia 546.

Es solo responsable de lesiones graves y no de homicidio el que causa lesiones que según el informe médico habrían demorado cuarenta días en sanar, a pesar de que la víctima falleció a los ocho días a consecuencia de una hemorragia que sobrevino al herido por falta de asistencia médica oportuna».

Esta sentencia se apoya únicamente en el informe médico.

Hemos visto que nuestro C. P. no establece una distinción clara entre las lesiones mortales y el homicidio involuntario; este inconveniente no existe en otros Códigos modernos, como lo veremos al estudiar la legislación comparada; estos están basados en verdaderos estudios científicos.

Al estudiar los efectos ultraintencionales en el delito de lesiones hubiera querido tratar separadamente el delito de castración, que la mayoría de las veces no lleva la intención de matar sino únicamente la de imposibilitar al ofendido para la genera-

ción, pero que generalmente va seguida de ésta por falta de socorros oportunos, más he tropezado con el inconveniente de no haberse presentado estos casos ante nuestros tribunales; pero como creo que pueden llegar a presentarse, estimo que debería seguirse el criterio ya anotado, esto es; aplicar la pena correspondiente al delito de lesiones, agravada por no haber previsto las posibles consecuencias que podría acarrear.

7

El aborto preterintencional, está tratado en nuestro Código en el Ar. 343 que dice:

«Será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio, el que con violencia ocasionarse un aborto, aun cuando no haya tenido el propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer, sea notorio, o le constare al hechor».

En este Art. la ley sale de su marco haciendo excepción a la base en que se funda nuestra clásica legislación penal y castiga un delito cometido sin intención de cometer ese precisamente, sino que uno menos grave, pero, que produce consecuencias mayores, apartándose, en parte, de lo que establece el Art. 1.º. El fundamento de esta excepción está en el deseo de nuestro legislador de proteger hasta donde fuera posible, la existencia o personalidad natural del que está por nacer.

Para caer bajo la sanción de este artículo es necesario que el estado de embarazo de la mujer «sea notorio o le conste al hechor».

Nuestro código se ha colocado aquí en dos situaciones diversas:

1.º—Que el estado de embarazo sea notorio.—Si indagamos que quiso decir el legislador al emplear esta frase, nos parece que fué establecer el hecho de que la mujer lo demuestre por el abultamiento del vientre, porque este es el medio por el cual el común de las personas, saben cuando una mujer está embarazada, si bien es verdad, no siempre es signo cierto de embarazo, debemos, sin embargo, colocarnos en el caso más frecuente.

2.º—Que le conste al hechor.—La ley se pone esta vez en el caso de que el sugeto dada su situación con respecto a la mujer como el hecho de ser su marido, amante, padre, o por los conocimientos especiales que pueda tener, como por ser médico, pueda conocer el embarazo antes de que sea notorio para los demás. (1)

Pero en ambos casos es necesario que el embarazo sea conocido por el agente porque si así no fuera, se castigaría por

(1) Santiago Lazo.—C. P. Orígenes, concordancias, jurisprudencia.

delito de aborto al que golpea a la mujer sin conocer su estado, y provoca este por accidente.

Respecto a que clase de violencias, el Código nada dice, y debemos entender por esto, que se refiere tanto a la fuerza moral, como a una sorpresa, o sugestión hipnótica, por ejemplo, o física, consistente en golpes dados a la mujer.

El título tercero de nuestro Código nada dice de la sanción que debe aplicarse al que procurando un aborto causa la muerte de la mujer. Don Pedro Javier Fernández, comentando esta omisión, hace presente que en el acta de la sesión 66 se contempló este caso especial, pero se convino en no incorporarlo al Código por encontrarse comprendido en la regla general del Art. 75, que castiga con la pena delito mayor en su grado máximo, todo hecho que pueda considerarse como dos delitos a la vez. (1)

Pero este caso no puede comprenderse en el Art. 75, porque el aborto y la muerte de la madre, no es un hecho que constituya dos delitos, ni uno es el medio necesario para cometer el otro. La muerte, como en este caso, puede ser un accidente desgraciado, pero no necesario, por lo tanto esta situación no está comprendida en el Art. citado.

Los jueces deben atender para sancionar este evento mayor, a los medios empleados para procurar el aborto, y estudiar sobre esta base, si el que ayudó al delito lo consideró como muy probable y aplicar en este caso únicamente, la pena correspondiente al delito de homicidio, porque si previéndolo a pesar de todo lo realizado, es porque ha querido cometer este homicidio. Puede ocurrir también que la herida causada a la mujer haya ocasionado su muerte por el solo hecho de no curarse a tiempo, en este caso, no podrá aplicarse la pena correspondientes al resultado (muerte de la mujer) sino que solo al de lesiones; pero estas cuestiones deben resolverlas los jueces cada vez que se presenten ayudados por los médicos legistas. Es al perito a quien corresponde principalmente determinar si la muerte de la mujer ha seguido al aborto por la gravedad de la herida, en cuyo caso sería una consecuencia necesaria, o por el retardo o negligencia en que esa herida fué curada, circunstancia ésta en que la muerte fué un accidente imprevisto.

He podido anotar algunas sentencias antiguas de aborto preterintencional.

1.—Gaceta de Tribunales 2146. Sentencia 1610. Julio 18 de 1885.

(1) Pedro Javier Fernández.—C. P. de la Rep. de Chile. 2.ª edición. Año 1900. Tomo I.

«Se ha procesado por lesiones a X. X. por haber dado de golpes a I. I. El reo confiesa que dió una bofetada a su hermana. En apelación se le condenó por aborto».

2.—Gaceta de los Tribunales 2186. Sentencia 1360. Junio 19 de 1886.

«Contra X. X. por lesiones. Hirió con una navaja a la I. I. La navaja atravesó en dos partes a la criatura que la víctima llevaba en el vientre y que de resultas, nació a los dos días y murió una hora después. En apelación fué condenado por aborto».

8

Veamos ahora como sanciona la ley el hecho en que el incendio produce otras consecuencias mayores, que las que el agente se propuso causar.

El Art. 479 se coloca en el caso de que el fuego se comunicare del objeto que el culpable se propuso quemar a otro u otros, y aplica la pena más grave si se produce la destrucción de cosas que por su naturaleza, o consecuencias debe pensarse con mayor severidad. Este Art. no hace más que consagrar el principio general que rige nuestro Código, cual es el de castigar los resultados sin atender a la intención. Si este daño mayor fuera la muerte de una o más personas, se castigaría con la pena señalada en el Art. 474. Así lo ha sostenido una sentencia dictada en Santiago.

Gaceta 1917. Tomo II. Santiago, 24 de Mayo de 1916. Pág. 878 Sentencia 281.

«La ley solo exige para calificar el delito de incendio con muerte de una o más personas que la presencia se hubiera podido prever, que no hubiera habido intención en tal sentido, o que además se hubiera perseguido la muerte de ellas, porque entonces se habría cometido otro delito fuera del de incendio. La circunstancia de no haberse encontrado el reo en el sitio del siniestro no lo exime la responsabilidad si existe en su contra la presunción legal de culpabilidad no desvanecida en forma legal».

El Art. 474 no establece la exigencia de que el autor haya tenido la intención de atentar contra la vida de los que se encontraban ahí; con mayor razón no es necesario que haya tenido especialmente voluntad de cometer un homicidio, porque si este propósito se constata, el autor será culpable de homicidio agravado.

¿Pero a falta de premeditación propiamente dicha, es necesario que el autor haya tenido conocimiento de la presencia de las víctimas y sabido que ellas perecerían?—El Código P. no tiene esta exigencia.

Existen en el Código otros artículos que dicen relación con esta materia, y que se agrava la pena cuando las consecuencias del delito van más allá de los propósitos del agente; esto, es se aplica la sanción atendiendo al mayor o menor resultado, independientemente de la voluntad; son los siguientes:

Art. 348; «Si a consecuencia del abandono resultaren lesiones graves por la muerte del niño, se impondrá al que lo efectuare la pena de presidio mayor en su grado mínimo».

Este Art. no exige la intención de causar las lesiones o la muerte del niño, basta solo el hecho de abandonarlo; igual situación contempla los Arts. 351 y 352.

El Art. 317 habla de la pena aplicable al que arrojar en fuente, cisterna, o curso de agua destinada a la bebida algún objeto que la haga nociva para la salud. Este Art. no exige que se produzca efectivamente el daño; contempla el caso de que este mal pueda llegar a verificarse.

Estos son los únicos casos de preterintencionalidad contemplados en nuestra legislación. Antes de terminar hago presente que sería muy conveniente llenar el vacío que existe en nuestra legislación para el caso de lesiones y aborto que causan la muerte cuando esta no es deseada por el autor, lo que contribuiría para que la jurisprudencia en esta materia fuera más uniforme.

CAPÍTULO VI

LEGISLACIÓN COMPARADA

Copiaré algunos Arts. de códigos extranjeros que se refieren a casos de preterintencionalidad.

Alemán.—Arts. 226-229. Tratan de las lesiones que causan la muerte, y la doctrina que en el se profesa es dar gran influencia a la moralidad o intención con que se ejecuta el delito.

Art. 223. (a) En este artículo se ve claramente la intención y toma en cuenta algunas circunstancias que nuestro código no ha considerado. Se refiere al delito de lesiones y dice más o menos así: «Si las vías de hecho hubieren sido cometidas con arma especial, con puñal, o con cualquiera otra arma peligrosa, empleando la sorpresa o premeditación, yendo muchos contra uno, o por último si los medios empleados «pudieran causar la muerte».

Argentina.—Art. 103. «Será castigado con arresto de seis meses a un año, el que con violencia causare un aborto, sin que haya tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuera notorio o le constare».

Establece las mismas circunstancias que el Art. 343 de nuestro C. P.

Bélgica.—Art. 349 «Cuando el aborto ha sido causado por violencias ejercidas voluntariamente, pero sin intención de producirlo, el culpable será castigado con prisión de tres meses a dos años y multa de \$ 26 a 300 francos.

Si las violencias han sido cometidas con premeditación o conocimiento del estado de la mujer, la prisión será de seis meses a tres años, y multa de 50 a 500 francos».

Este Art. fué el que sirvió de base para redactar el 343 de nuestro Código.

Brasil.—Art. 300: «El que provocare aborto haya o no expulsión del fruto de la concepción, será castigado en el primer caso con prisión celular de dos a seis años y en el segundo de seis meses a un año.

1.º—Si a consecuencia del aborto o de los medios empleados para provocarlo, se siguiera la muerte de la mujer, la pena será de prisión celular de seis meses a veinticuatro años».

Es de hacer notar que la pena está bastante elevada para el caso de que la mujer muera a consecuencia del aborto.

Colombia.—Art. 491. «El que estropear a una mujer embarazada dándole golpes, o cometiera cualquier otra violencia, o exceso de que resultare el aborto, sin que esta fuera la intención del reo, sufrirá por el sólo hecho reclusión a presidio de uno a cuatro años, sin perjuicio de las penas que merezca por los golpes o cualquier otra violencia que haya cometido».

Con respecto al homicidio preterintencional el Código colombiano establece dos clases de homicidio involuntario.

1.º—Un caso cuando no se propuso causar daño alguno y un segundo caso cuando el homicida se propuso causar un mal distinto de la muerte. El Art. 613 establece que el que por ligereza, descuido, imprevisión, falta de destreza en el manejo de algún arma, equivocación, contravención a reglas de policía, y otra causa semejante que pueda y debe evitarse, mata involuntariamente a otro, o tenga aunque involuntariamente la culpa de su muerte, sufrirá una reclusión de seis meses o dos años.

El Art. 604 dispone: «El que siendo provocado por alguna ofensa, injuria grave, cometida hacia su propia persona, o alguna de las personas expresadas en el Art. 587 (parientes) mate en el acto mismo al provocador sufrirá una reclusión de seis meses a un año».

Señala una pena de seis meses a un año de reclusión para el homicidio voluntario, de donde resulta que castiga con mayor rigor una culpa, que un delito propiamente tal.

El otro caso de homicidio involuntario es el señalado en el Art. 621 que dice: «En el caso de que dentro de los sesenta y un días, o después de ellos, muera el herido o maltratado, constando que no fueron mortales los golpes o las heridas y que la muerte no fué efecto de ellas, sino de la impericia de los cirujanos, de algún exceso del herido, o de otro accidente causal o inconexo con el delito, no será castigado el reo como homicida sino como autor de heridas o golpes, según la incapacidad que deberán producir la que infirió con arreglo al capítulo VI».

El Código castiga como homicidio involuntario al hecho de causar la muerte a alguien, cuando no se le quiso ocasionar sino un mal menor. La razón de esta segunda clasificación de homicidio preterintencional se debe, a que, es uno de aquellos delitos en que se necesita comprobar la intención determinada, y a falta de esa comprobación el hecho se debe castigar como lesión simplemente, aunque se aumente la pena como ya dijimos en ra-

zón de la gravedad del mal causado. Pero este aumento de la pena no puede llegar hasta el absurdo de esta legislación, que señala una pena más severa al homicidio casual que al voluntario.

Cuba.—Art. 424. «Será castigado con presidio correccional en sus grados mínimo y medio el aborto ocasionado violentamente cuando no haya habido propósito de causarlo».

Dos Sicilias.—Art. 396. «Si los medios empleados háyase o no producido el aborto, ocasionaren la muerte de la mujer, se impondrá al reo el castigo del primero al segundo grado de cadenas en presidio, cuando la mujer hubiera consentido en hacer uso de estos medios pero si ella no hubiera consentido se impondrá el castigo del tercero al cuarto grado de cadenas en presidio.»

España.—Art. 338. «Será castigado con presidio correccional el aborto ocasionado violentamente cuando no haya habido el propósito de causarlo».

Con respecto a las lesiones, que acarrear la muerte sin que sea este el propósito del agente, el Código español de 1929, reaccionó también ante esta materia y señala las normas que los tribunales deben tener presente para determinar en los delitos contra las personas la intención del delincuente.

Art. 401. Cuando los golpes o heridas causados voluntariamente pero sin intención de dar la muerte, la han producido sin embargo, se castigará al culpable, con reclusión. Se le castigará con trabajos forzados de diez a quince años, si se hubiesen cometido con premeditación dichos actos de violencia».

Este Art. viene a corroborar lo que hemos dicho que no debe castigarse como homicida al que no tiene intención de matar sino tan solo de lesionar.

Filipinas.—Capítulo 222. Del infanticidio.

Art. 7 «Aquel que con intención de causar daño a un niño, ejerciendo voluntariamente vías de hecho sobre una mujer que sabía estaba en cinta, causa involuntariamente la muerte del niño, será castigado con reclusión hasta tres años, o reclusión hasta tres meses».

Francia.—Art. 317. «Cualquiera que por alimentos, bebidas, medicamentos, maniobras o violencias o cualquier otra forma, haya procurado o intentado procurar el aborto de una mujer encinta, sea que ella haya consentido o no, será castigado con prisión de uno a cinco años, y a una multa de quinientos a 1.000 francos».

Art. 309. «Todo individuo que voluntariamente haya lesionado o golpeado o cometido cualquier otro acto de violencia o

vía de hecho, si de estos actos resultara alguna enfermedad o incapacidad para trabajar por más de veinte años, será castigado con prisión de dos a cinco años, y a una multa de 16 a 2,000 francos. Inciso 4.º.—Si los golpes o heridas hechas voluntariamente, pero sin intención de causar la muerte, la han ocasionado sin embargo, el culpable, será castigado con la pena de trabajos forzados.

Hungría.—Art. 286. «El que intencionalmente, hace abortar a una mujer encinta o mata el niño en su seno, sin su consentimiento, será castigado hasta con cinco años de casa de fuerza».

Si se sigue la muerte de la mujer encinta la pena será de diez a quince años de casa de fuerza.

Italia.—Art. 548. «Todo el con actos directos tendientes a cometer alguno de los delitos previstos en los Arts. 581 y 582 ocasiona la muerte de una persona es castigado con reclusión de diez a dieciocho años».

Art. 581.—«Todo el que golpea a alguien y del hecho deriva una enfermedad en el cuerpo o en la mente, es castigado a requisición del ofendido con retención hasta seis meses, o con multa hasta 5,000 libras.

Tal disposición no se aplica cuando la ley considera la violencia como elemento constitutivo, como circunstancia agravante de otro delito».

Art. 582.—«Todo el que ocasiona a alguien [una lesión personal de la cual deriva una enfermedad en el cuerpo o en la mente, es castigado con reclusión de tres meses a tres años». Si la enfermedad tiene una duración de diez días, y no concurra alguna de las circunstancias agravantes previstas en los Arts. 584 y 582 el delito se castiga a requisición de la persona ofendida.

El Código italiano hace en el caso de las lesiones mortales distinciones muy de acuerdo con la justicia y con los principios de la medicina legal, considerando la intención que hubo de matar o no matar, y las causas preexistentes o posteriores que influyeron en la muerte del ofendido, y distingue la muerte causada con propósito de matar y la que es ocasionada por lesiones que no van dirigidas a privar de la vida a una persona. Esta segunda clase de muerte es contemplada bajo dos aspectos:

1.º El que sea causada por lesiones mortales «per se» y el que sea causada por heridas no mortales, como resultado de circunstancias preexistentes e ignoradas del culpable, o sobrevinientes o independientes del hecho; como la mala curación por ejemplo, y aplica penas diferente para cada uno de estos casos.

Méjico.—Art. 578. Al tratar del aborto que ocasiona la muerte de la mujer establece una regla curiosa: ordena que se acumulen los delitos, el de aborto, y la muerte, dice así: «si los medios que alguno empleate causaren la muerte de esta, se castigará al culpable, según las reglas de la acumulación como si hubiera tenido la intención de cometer los dos delitos, o previó o debió prevenir ese resultado».

Paraguay.—Art. 217. «El que de propósito ocasionare el aborto de una mujer empleando violencias, bebidas u otros medios sufrirá tres años de prisión.

Se rebajará esta pena si la mujer hubiese solicitado el aborto, a la mitad, y a la tercera parte si este se hubiera ocasionado con maltratos, bebidas u otros medios que no hubieran tenido por objeto directo, sino que producir otro mal menor».

Uruguay.—Art. 342. «El que causare el aborto de una mujer con el consentimiento de ésta, será castigado con penitenciaría de dos a cuatro años.

La pena será aumentada de uno o dos grados, si por razón de los medios empleados para causar el aborto, o por el hecho mismo del aborto resultare la muerte de la mujer y será aumentada en tres grados si la muerte hubiera resultado por emplearse medios más peligrosos que los consentidos por la mujer».

Venezuela.—Art. 377. «Si resultare el aborto o la muerte del feto del maltrato, violencia, sin haber tenido intención de causarla, el maltratador sufrirá la pena correspondiente el maltrato o violencia».

Este Art. castiga únicamente la intención sin atender al exceso de daño.

.....

El proyecto del Código Penal chileno, elaborado en el año 1929' por don Eduardo Erazo, y Rafael Fontecilla toma en consideración la intención del delincuente, estableciendo una diferencia entre el delito de lesiones simplemente y el de homicidio.

El Art. 183, del proyecto aludido dispone: «Que si la circunstancia del hecho revelaren equivocadamente, que el agente obró sin la intención de causar la muerte, se impondrá la pena de prisión, o la correspondiente a la lesión o daño en el cuerpo que se quiso causar si constaré».

Art. B. del proyecto establece: «Si el lesionado sufiere da-

ño grave en su cuerpo o en su salud, en especial si es considerablemente mutilado, desfigurado, para siempre, o en forma ostensible, o afectado para siempre considerablemente, y por largo tiempo, en el uso de su cuerpo, de sus sentidos o facultades mentales, o si callere por largo tiempo enfermo, la pena será de presidio no superior a cinco años».

Este Art. se refiere a los resultados más graves que pueden sobrevenir a causa de la acción del actor y a que un hecho debe imputársele aunque no a su culpa. Si a consecuencia de la lesión se produce la muerte, pero sin que haya habido negligencia de parte del hechor, esa muerte se pena como delito de lesiones. Si la muerte causada por las lesiones fué prevista por el hechor en el momento de actuar, o no fué prevista, aunque debió y pudo preverla, el delito no será ya de lesiones sino de homicidio doloso, en el primer caso y negligentemente en el segundo. De ahí se desprende que la diferencia entre lesiones graves y el homicidio está en la relación subjetiva, entre el actor y el resultado, relación que se establecerá en el proceso, mediante una buena investigación, sobre los orígenes y circunstancias del hecho.

BIBLIOGRAFIA

- Alimena.**—Derecho Penal. Trad. Eugenio Cuello Calón. Madrid 1915. Vol. I.
- Alimena.**—Notas filosóficas de un criminalista. Trad. José N. Campos y Pulido. Madrid 1913.
- Berner.**—Trattato di Diritto Penale. Milano 1887.
- Bechterew.**—La Psicología objetiva aplicada al estudio de la criminalidad. Archivé d'Anthropologie, criminal. 1910.
- Beccaria.**—Tratado de los delitos y de las penas. Madrid. 1879.
- Benito y Alejandro Curto.**—Elementos de derecho penal. Madrid 1895.
- Cuello Calón.**—Derecho Penal. Barcelona 1926.
- Cuello Calón.**—Exposición del Código Penal reformado de 1932.
- Cesare Cívole.**—Manuale de Diritto Penale. Milano 1907.
- Cuche Paul.**—Précis de droit criminal. Paris 1927.
- Cuvillier.**—Manuel de philosophie. Paris 1933. Tomo I.
- Chauveau Adolphe, et Faustine Hélie.**—Théorie du Code Penale. Paris 1861-1862.
- Carrara.**—Programa del Curso de Derecho Criminal. Traducido y adicionado por Luis Jiménez de Asúa. Madrid 1915.
- Cathein.**—Principios Fundamentales de Derecho Penal. Trad. José M. S. Tejada. Barcelona 1911.
- Dorado.**—Psicología criminal. Madrid 1910.
- Dorado.**—Bases para un nuevo derecho penal. Barcelona s. a.
- Florian.**—Dei Reati e delle Pene in generale. Milano 1910. Vol. I.
- Fernández Pedro Javier.**—Código Penal de la Rep. de Chile. 1900. Tomo I.
- Garçon.**—Code Penale annoté. Paris 1906. Tomo I.
- Garraud.**—Traité théorique et pratique du Droit Penale Français. Paris 1913.
- Garofalo.**—Criminología. Torino 1910.
- Groizard y G. de la Serna.**—El C. P. de 1870. Concordado y anotado. Madrid 1904-1923.
- Irureta Goyena.**—El delito de homicidio. Montevideo 1910.
- Impallomeni.**—Istituzioni di Diritto Penale. Torino 1916.
- Jiménez de Asúa y Oneca.**—Derecho Penal conforme al Código de 1928. Madrid 1929.
- Malapert.**—Leçons de psychologie. Paris 8.^a edición.
- Nicéforo.**—Transformaciones del D. P. en la sociedad moderna. 1902.
- Ortiz.**—Nociones generales de Derecho Penal. Santiago 1933.
- Ortolan.**—Elements de Droit penal. Paris 1869.

- Pacheco.**—Derecho Penal. Madrid 1868.
Pessina.—Elementos de Derecho Penal. Nápoli 1883. Vol. I.
Riesco Germán.—La voluntad y la malicia en nuestra legislación penal. Santiago 1934.
Río del Raimundo.—Derecho Penal. Santiago 1935.
Roux.—Cours de droit penal et de Procedure penale. Paris 1920.
Rey A.—Leçons de philosophie. Paris 1921.
Paogli Giuglio.—Principi di Diritto penale. Padora 1929.
Lanza Vincenzo.—Diritto Penale italiano. Torino 1910.
Liszt F. Von.—Derecho criminal. Trad. P. Saldaña. Madrid 1926.
Sauvard.—Le delit d'imprudence. Paris 1899.
Tarde.—Filosofía penal. Madrid. Trad. Moreno Barretel.
Vidal.—Cours de Droit Criminel et Science Penitentiaire. Paris
Vidal.—Principios fundamentales de penalidad. Madrid 1892.
Villey E.—Précis d' un cours de droit criminel. Paris 1906.
Finzi.—El problema de la relación de causalidad. Revista Penal 1922.
Wundt.—Compendio de psicología. Madrid. J. González Alonso.

REVISTAS

- Repertoire générale alphabétique de Droit français.
Revista Penal. Año 1922.
Boletines jurídicos. Talca 1933.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

Capítulo I.—Del delito

	Pág.
1 Definición	7
2 Noción técnico-jurídica del delito	8
3 Noción sociológica de delito	10
4 Caracteres propios del delito	11
5 Generación del delito	11
6 Causalidad del delito	13
7 Mal producido por el delito	14
8 Lucha contra la criminalidad	15
9 Transformaciones del delito	15

Capítulo II.—Dolo y Culpa

1.ª Parte: del dolo.

1 Definición	17
2 El dolo considerado desde el punto de vista interno	17
3 Clasificaciones del dolo	19
4 Graduaciones del dolo	21

2.ª Parte: la culpa.

5 Definición	23
6 Elementos constitutivos de la culpa	23
7 Teoría acerca de la punibilidad	24
8 Clasificaciones de la culpa	26
9 Graduaciones de la culpa	27

Capítulo III.—Definición del delito en el C. P. Chileno

1 Definición	29
2 Elementos comprendidos en la definición	29
3 Que debe entenderse por la palabra «voluntaria»	30

Capítulo IV.—La voluntariedad: Concepto Psicológico

	Pág.
1 Definición	35
2 Movimientos del acto voluntario.....	36
3 Del acto involuntario y contra-voluntario.....	38
4 Naturaleza de la voluntad.....	39
5 Desarrollo de la voluntad	39
6 Influencia de la sociedad en la voluntad	40
7 Educación de la voluntad	40
8 Generación del delito como acto voluntario.....	41

Capítulo V.—Delito Preterintencional

1 Definición	43
2 Elementos que lo constituyen.....	45
3 De la relación de causalidad en el delito preterintencional	46
4 De la pena (opinión de los tratadistas)	47
5 Criterio seguido por nuestros tribunales	53
6 Homicidio preterintencional	53
7 Aborto preterintencional	58
8 Incendio	60
9 Otros casos de preterintencionalidad.....	61

Capítulo VI.

Legislación comparada.....	63
----------------------------	----

UNIVERSIDAD DE CHILE



3 5601 15900 1738