



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Escuela de Postgrado

Programa Magister en derecho

Mención en derecho Penal

Versión Santiago I

Región Metropolitana

REGULACION DE LA AUTOINTOXICACION Y LA ACTIO LIBERA IN CAUSA

Actividad Formativa Equivalente a Tesis para optar al grado académico de Magister en Derecho con mención en Derecho Penal.

AUTOR:MARCIA VERONICA FUENTES CASTRO

R.U.T: 8.168.880-k

PROFESOR GUIA: JUAN PABLO MAÑALICH RAFFO.

Santiago, Chile

2013

RESUMEN

El trabajo elaborado como actividad formativa equivalente a tesis, cuya metodología es el análisis bibliográfico, proyecta un estudio acerca de la fundamentación de la responsabilidad penal en los supuestos de *actio libera in causa*.

Se investigará el concepto de *actio libera in causa*, su estructura y ámbito de aplicación.

En pos de la tarea propuesta, se consultará la interpretación que la doctrina ha otorgado al artículo 10.1 segunda parte del Código Penal, vigente a contar del 1° de marzo de 1875, que regula el llamado trastorno mental transitorio.

En un análisis crítico, se presentarán las principales soluciones doctrinales para fundamentar la punición en los casos de *actio libera in causa*, en especial el modelo de la excepción, patrocinado por Hruschka, el modelo del tipo, propuesto por Roxin y la solución que considera la *actio libera in causa* como una variante estructural de la autoría mediata.

Finalmente, luego de la exposición crítica de las soluciones doctrinales, la autora observa una mayor coherencia en nuestra legislación con el modelo de la excepción.

Palabras Claves: *actio libera in causa*, inimputabilidad, modelo del tipo, modelo de la excepción, autoría mediata.

ABSTRACT

Research developed as a formative activity equivalent to thesis, whose methodology is bibliographic analysis, will conduct a study on the basis of criminal liability in cases *actio libera in causa* and investigate the concept of *actio libera in causa* (hereinafter *a.l.i.c*), its structure and field of application.

In pursuit of the proposed task, will consult the interpretation that the doctrine has given to second part of the Article 10.1 of the Criminal Code, effective from 1 March 1875, which regulates so called the temporary insanity.

In a critical analysis, will present the main doctrinal solutions to support the punishment in cases of *a.l.i.c*, especially the model of the exception, sponsored by Hruschka, the model of the crime proposed by Roxin and *a.l.i.c* solution considered as a structural variant of indirect perpetration.

Finally, after critical exposition of the doctrinaire solutions, the author concludes that the exception model has more consistency with our legislation.

Keywords: *actio libera in causa*, criminal insanity, crime model, the exception model, indirect perpetration.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	1
1. PRINCIPIOS INVOLUCRADOS EN LA ACTIO LIBERA IN CAUSA.	5
2. CONCEPTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA ACTIO LIBERA IN CAUSA	9
3. LA ACTIO LIBERA IN CAUSA Y SU TRATAMIENTO EN LA DOCTRINA CHILENA.	14
4. FUNDAMENTO JURIDICO DE LA PUNICIÓN DE LA ACTIO LIBERA IN CAUSA: EXPOSICIÓN DE LOS MODELOS O SISTEMAS DE IMPUTACIÓN PROPUESTOS POR LA DOCTRINA.	31
5. EL MODELO DEL INJUSTO TÍPICO O TIPICIDAD O TAMBIÉN LLAMADO DE LA IMPUTACIÓN ORDINARIA.....	36
6. EL MODELO DE LA EXCEPCIÓN O SISTEMA DE IMPUTACIÓN EXTRAORDINARIA.	42
7. ACTIO LIBERA IN CAUSA Y LA AUTORÍA MEDIATA.	54
8. EL MODELO QUE MEJOR EXPLICA DOGMÁTICAMENTE LA ACTIO LIBERA IN CAUSA EN NUESTRO PAÍS. ARTÍCULO 10.1 SEGUNDA PARTE DEL CÓDIGO PENAL.	58
CONCLUSIONES.....	62

INTRODUCCIÓN

La actividad formativa equivalente a tesis que se presenta llamada “Regulación de la autointoxicación y la *actio libera in causa*”, constituye un asunto relevante en el ámbito de la culpabilidad, que ha atareado a la doctrina nacional desde la dictación del Código Penal, motivando su elección.

A nivel de doctrina internacional, se hace innegable que la *Actio libera in causa* (a.l.i.c en adelante), es uno de los temas de la ciencia penal, en los que no gobierna la claridad ni los grandes consensos.

Nuestro esfuerzo va dirigido a exponer la problemática existente, su regulación en Chile, los principios fundamentales involucrados, la estructura que presentan los supuestos de a.l.i.c. e indagar acerca de la fundamentación de la punición de los casos de a.l.i.c.

Roxin¹, ilustra con aquellos casos en que un sujeto se embriaga para vencer sus inhibiciones y dar una paliza a su enemigo en estado de inimputabilidad o el caso del individuo que imprudentemente bebe alcohol hasta la embriaguez, sin advertir que en tal estado ejercerá violencia sobre su enemigo. El aludido autor afirma que existe acuerdo en la jurisprudencia y en la doctrina científica en castigar el primer caso por lesiones dolosas y el segundo, por lesiones imprudentes.

El citado autor sostiene que tales conductas punibles se contienen en el concepto de a.l.i.c. y manifiesta que lo discutido es cómo fundamentar jurídicamente ese resultado.

Este es el problema jurídico penal que nos ocupará en el presente trabajo. Si nuestro legislador otorgó solución a estos casos en la norma del artículo 10.1 segunda parte del Código Penal, es pertinente averiguar cuál es su contenido y extensión, su significado al amparo de los principios esenciales de un derecho penal moderno en un

¹ ROXIN, Claus. *La actio libera in causa*. Traducción de la 2.a edición alemana y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. España, Rodona Industria Gráfica, 2007. p. 850

estado democrático. Y la interrogante a contestar, es cómo cimentamos el castigo de estas acciones de estructura particular, que desde el punto de vista de la política criminal son merecedoras de pena² y, sin embargo, son de difícil acomodo en las formas de imputación de responsabilidad desarrolladas a partir de las disposiciones legales.

Por una parte, la existencia del artículo 10.1 en su segunda parte del Código Penal constituirá el foco de atención, pues en dicho precepto el legislador chileno de la segunda mitad del siglo XIX, ha manifestado la decisión de eximir de responsabilidad penal al actor que se encuentra privado de razón por cualquier causa independiente de su voluntad.

En otras palabras, el legislador eligió imputar jurídico-penalmente la lesión de un bien jurídico protegido por una norma penal, al agente que se encuentra en estado de inimputabilidad, por haber puesto una causa para ello en forma voluntaria.

La interpretación de la norma en comento ha generado preocupación a nivel doctrinal hasta nuestros días, lo que amerita su revisión, atendidos los términos rigurosos en que fue redactado el artículo que, en una aplicación irrestricta o absoluta, vulnera principios básicos de un Derecho penal del hecho, atento a los principios de culpabilidad, legalidad, coincidencia, entre otros.

El estudio del problema jurídico planteado, conduce, como ya se anticipó, al análisis de la llamada a.l.i.c, que es una construcción doctrinal creada para dar solución a los casos en que se realiza el tipo objetivo de un delito, pero el agente se encuentra en estado de inculpabilidad, por una acción precedente.

Luego de profundizar en el examen bibliográfico, que es la metodología utilizada, se puede aseverar sin temor a equivocación que la doctrina de la a.l.i.c es de antigua data, no hay uniformidad de criterios en cuanto a su concepto, ámbito de aplicación, qué es lo que se entiende por acción, si la ejecutada en estado defectuoso o la acción

² ALCACER GUIRAO, Rafael. *Actio libera in causa dolosa e imprudente. La estructura temporal de la responsabilidad penal*. Barcelona, Winihard Grafics, 2004, pp. 15-19.

provocadora de dicho estado, cuáles son los fundamentos y contra argumentos de cada una de las tesis que sostienen el castigo de la a.l.i.c.

Ahora bien, el tema propuesto sobre regulación de la autointoxicación y la a.l.i.c, lleva a revisar, como se dijo, la disposición del artículo 10.1 del Código Penal, que contiene dos de las tres causales de inimputabilidad que reconoce nuestro sistema penal: la enajenación mental y el llamado trastorno mental transitorio.

Dicha disposición legal establece la exención de responsabilidad penal, “a causa de su incapacidad para comprender lo injusto de su actuar y auto determinarse conforme a ese conocimiento”³, para el loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, y el que, por cualquier causa independiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razón.

La fórmula empleada por el artículo 10.1 en su segunda parte, tiene una doble exigencia para excluir de responsabilidad criminal. A saber: la transitoriedad de la privación total de razón, requisito que se deduce de la circunstancia que si fuera permanente el trastorno, el caso quedaría incluido en la primera parte de la disposición, esto es, en la locura o demencia y por otro lado, que la voluntad del sujeto no haya intervenido en la creación de la situación de inimputabilidad.

Como apunta Cillero⁴ citando a Novoa, los mencionados requisitos de ausencia de voluntad, transitoriedad de la alteración y la privación total de la razón, son copulativos y exigibles en el momento de la acción.

Es del caso tener presente que los miembros de la Comisión Redactora del Código Penal se apartaron en esta materia del Código Penal español que les sirvió de modelo, porque según refiere Etcheberry⁵, la fórmula consignada se la consideraba demasiado restringida, toda vez que no permitía incluir casos como el del sonámbulo, que se

³ CURY URZUA, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005. p. 409

⁴ CILLERO, Miguel. *De las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal*. En: Código Penal Comentado. Parte General. Doctrina y Jurisprudencia. Santiago, Legal Publishing Chile. 2011. pp. 177-201

⁵ ETCHEBERRY, Alfredo. *Inimputabilidad: Otras Causales*. En su: El Derecho Penal en la Jurisprudencia. Parte General. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1968. Tomo I, p. 217

estimaba análogo, pero dejando constancia en acta, según se indicó, que dicho precepto no comprendía la ebriedad.

Es importante en el análisis que se viene haciendo, subrayar el hecho que la fórmula del Código Penal Chileno resultó en definitiva más amplia⁶ que la del “trastorno mental transitorio”, que posteriormente agregó el legislador español, pues nuestro legislador puso énfasis en los efectos- privación de razón- más que en las causas-trastorno mental transitorio, captando de esa forma casos como el sonambulismo en que no hay necesariamente un trastorno mental.

Surge la interrogante: ¿qué significa esta fórmula?, ella fue escogida por el legislador de 1875 que, conforme las Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal números 5, 8 y 120, ⁷dejó expresa constancia que la aludida disposición no comprendía la situación del ebrio que padecía delirium tremens, porque era exigencia para la exclusión de responsabilidad que la ausencia de razón en el autor del ilícito fuera independiente de su voluntad.

Desde ya, se observa que tales afirmaciones de la Comisión Redactora podrían conllevar severos criterios de política criminal,⁸ pues pretendieron excluir por completo la embriaguez como causal de inimputabilidad, en una época en que los principios de culpabilidad, de coincidencia, entre otros, igualmente relevantes, no ocupaban en la dogmática penal el sitio que hoy tienen. Pero como refirió el profesor Garrido Montt⁹, aplicando la normativa del artículo 19 del Código Civil, lo aprobado es el precepto y no la opinión de los legisladores.

Considerar como punto de partida para el análisis del problema planteado que ese es el mandato, independientemente de la opinión de los legisladores, nos llevará necesariamente al estudio de la construcción dogmática de la a.l.i.c y a explorar el estado de la situación en nuestro país.

⁶ Ibid, p.206.

⁷ CURY URZUA, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005. p. 425

⁸ Ibid, p. 424.

⁹GARRIDO MONTT, MARIO. *Derecho Penal. Parte General*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005. Tomo II, p. 291

1. PRINCIPIOS INVOLUCRADOS EN LA ACTIO LIBERA IN CAUSA.

El llamado principio de la culpabilidad, que se expresa en el aforismo “*Nulla poena sine culpa*” importa una limitación de la facultad de castigar del Estado, porque sólo puede sancionar a quienes son “culpables” de un delito y la pena debe ser proporcionada a esa culpabilidad.”¹⁰

La culpabilidad en sentido estricto es reprochabilidad¹¹ del hecho típico y antijurídico, fundada en que su autor lo ejecutó no obstante que en la situación concreta podía someterse a los mandatos y prohibiciones del derecho.

En efecto, para que el *ius puniendi* del estado se manifieste en una sentencia condenatoria no es suficiente atribuir objetivamente a un sujeto la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Además, es necesario que ese hecho se le pueda reprochar, de forma tal de hacerlo responsable de su acto.

Como ha señalado Garrido Montt¹², para responsabilizar al agente por su conducta se requiere que tenga la madurez suficiente para comprender los actos que ejecuta y determinar su conducta conforme a esa comprensión, también debe tener potencialmente conciencia de lo injusto de su actuar y por último, haber obrado con un mínimo de libertad.

Estas exigencias para hacer a un individuo responsable por su conducta constituyen también manifestación del principio de igualdad ante la ley¹³, porque es necesario diferenciar si el hecho es perpetrado por un menor, un enfermo mental grave o por un sujeto adulto y sano mentalmente, por un agente en condiciones normales o por uno que actúa en situación de anormalidad o de excepción que le impide adecuar su conducta a los mandatos normativos.

¹⁰ GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte General*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005. Tomo I, p. 47

¹¹ CURY URZUA, Enrique. Tomo I. op. cit., p. 385.

¹² GARRIDO MONTT, Mario. Tomo I, op. cit., p. 47.

¹³ GARRIDO MONTT, Mario. Tomo I, op. Cit., p. 47.

Sin pretender en este trabajo presentar la discusión doctrinaria acerca de si el reconocimiento a nivel constitucional del principio de culpabilidad, esimplícito o expreso, es posible indicar, que la doctrina ¹⁴está de acuerdo en que a nivel procesal existen manifestaciones del mismo en la presunción de inocencia.

Es así como el artículo 4° del Código Procesal Penal dispone que: “Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme.”

Y el artículo 340 del mismo cuerpo legal prescribe que: “Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.”

Ahora bien, la Constitución Política de la República de 1980, actualmente en vigor, en su artículo 19 N°3° inciso 6° asegura a todas las personas que “la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”.

Se sostiene que siendo la culpabilidad un presupuesto de la responsabilidad penal, presumir de derecho aquélla implica presumir ésta última.¹⁵ Esta prohibición a presumir de derecho la responsabilidad penal se ha entendido, al menos tácitamente, según Hernández, como una prohibición de prescindir de la culpabilidad, agregando que en eso tiene razón la doctrina, toda vez que la responsabilidad objetiva generalmente se expresa utilizando la fórmula de una presunción de derecho.

Asimismo, se esgrimen como argumentos de la jerarquía constitucional del principio de culpabilidad, el reconocimiento de la dignidad humana en el artículo 1° de la Constitución Política de la República de Chile y el de la irretroactividad de la ley penal en el citado artículo 19.3 en su inciso 7°.

¹⁴ GARRIDO MONTT, Mario. Tomo I. op. cit., p. 47

¹⁵ HERNANDEZ BASUALTO, Héctor. El régimen de la autointoxicación plena en el derecho penal chileno: deuda pendiente con el principio de culpabilidad. *Revista de Estudios de la Justicia*. (9):11-45, 2007.

Como concreción del principio de culpabilidad se encuentra el principio de coincidencia, o de simultaneidad¹⁶, el cual exige, como requisito de la responsabilidad penal, una congruencia temporal entre la acción realizada y los requisitos subjetivos- dolo y culpabilidad en sentido estricto- que se remiten a dicha acción. Esto significa que dicho principio exige una “congruencia plena tanto entre la realización del tipo objetivo y su aprehensión por el dolo, de una parte, como entre el injusto y la culpabilidad, de otra”¹⁷

Este es el principio primordial en el que las diversas teorías que se han elaborado para fundamentar los supuestos de a.l.i.ccolisionan, puesto que conforme a la estructura presente en tales casos, la etapa en que se ejecuta la acción dañosa del bien jurídico protegido no se corresponde con el momento de imputabilidad del agente y, por otro lado, aquella etapa en que dicho sujeto es imputable y auto provoca su estado defectuoso, no realiza la acción lesiva, la que tiene lugar cuando se encuentra en situación de inculpabilidad.

Señala Alcacer Guirao, que Hruschka, asume el principio de coincidencia “como un principio previo al derecho, cuya exigencia se debe a que viene a formular una condición de todo discurso con sentido, por la razón de que si la existencia de una cosa depende de la concurrencia de determinadas características, siempre que se afirme la existencia de esa cosa han de estar presentes dichas características.”¹⁸, Esto significa que si aceptamos que el delito es una acción típica, antijurídica y culpable, implica que todos estos elementos deben concurrir simultáneamente. Como expresa Joshi Jubert,¹⁹ el principio de coincidencia significa que los elementos del delito, por lo menos, injusto y culpabilidad deben darse en un mismo momento, por lo que el “hecho” del cual debe pronunciarse la culpabilidad sólo puede ser el hecho injusto.

¹⁶ ALCACER GUIRAO, Rafael. *Actio libera in causa dolosa e imprudente*, op. Cit., p. 25

¹⁷ Ibid, p. 25

¹⁸ Ibid, p. 27

¹⁹ JOSHI JUBERT, Ujala. *Actio Libera in Causa y Delitos Cometidos Bajo la Influencia de las Drogas: Una Nueva Orientación en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Diario La Ley: *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. (1): 1097-1109, 2001.

Tan relevante es este principio de coincidencia, que se le considera emanación del principio de culpabilidad en cuanto garantía, pues en un estado democrático, como dice Mir Puig²⁰ la responsabilidad penal por el hecho, que exige un derecho penal del hecho, se opone a la posibilidad de castigar el carácter o el modo de ser.

Esto enlaza con el principio de dolo o culpa, la manifestación más clara del principio de culpabilidad, pues ya no es suficiente constatar la realización de un resultado lesivo o la realización objetiva de un tipo penal para fundar la responsabilidad penal.

Actualmente, se trata de suprimir todo vestigio de responsabilidad objetiva o por el resultado, por medio de la cual se imputaba dicha acción o resultado aunque no hubiese sido querida ni se debiera a imprudencia. Ahora la tendencia es a la responsabilidad subjetiva, eliminando cualquier posibilidad de manifestación del *versari in re illicita*, principio que permitía atribuir responsabilidad penal de todas las consecuencias incluso fortuitas al autor de un acto inicialmente ilícito.

Entonces, como manifestación del principio de culpabilidad, en sentido estricto, teniendo en la base el principio de igualdad de las personas, se encuentra el principio de imputación personal, que exige que el hecho pertenezca a su autor, no sólo material y subjetivamente, sino como producto de una “racionalidad normal”, que permita verlo como obra de un ser suficientemente responsable.²¹

En conclusión, toda solución doctrinaria al problema de la fundamentación de la punición en los supuestos de a.l.i.c, deberá enfrentar el principio de coincidencia, como manifestación del principio de culpabilidad en un derecho penal del hecho.

²⁰ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. 7ª ed. Argentina, Euros Editores S.R.L., 2005. p. 134.

²¹ *Ibid*, p. 135.

2. CONCEPTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA ACTIO LIBERA IN CAUSA

La doctrina de la a.l.i.c. es uno de los temas clásicos²² en el Derecho Penal, existiendo dificultades en su conceptualización, ámbito de aplicación y en la discusión surgen diversas interrogantes difíciles de responder, entre otras, en relación a la tentativa y al desistimiento, a la autoría mediata, a los delitos de propia mano o, en el caso de la omisión, según se advierte en la presentación de los modelos existentes para fundamentar el castigo de esos casos.

En Alemania, país en que la a.l.i.c., en palabras de Hirsch²³ era considerada una figura jurídica de segura consistencia, a raíz de una sentencia del Tribunal Supremo-BGHSt. 42, 235 de 22 de agosto de 1996-, la discusión no sólo gira en torno a las distintas fundamentaciones, sino que al tenor del precepto (§20 StGB) que exige capacidad de culpabilidad en el momento de la comisión del hecho, cuestionándose seriamente que deba sostenerse de *lege lata* tal construcción e invocan al legislador. Tal pretensión de los autores, especialmente de Hruschka, citado por Hirsch²⁴, que ha propuesto se añada a la regulación legal una frase que impida la exención de responsabilidad penal cuando el autor mismo ha sido responsable de su inimputabilidad, abogando por una atenuación de la misma, en opinión de Alcacer Guirao²⁵ puede ser muy peligrosa, sobre todo para el respeto del principio de coincidencia, que constituye un requisito básico del sistema de responsabilidad penal, según el mismo autor alemán, por lo que a su juicio es del todo rechazable el establecimiento de tales excepciones por el legislador y las peticiones en ese sentido.

²² DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Acerca de la actio libera in causa*. [en línea] <http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/lh%20barbero.pdf> [consulta: 04 julio 2011]

²³ HIRSCH, Hans- Joachim. *Acerca de la actio libera in causa*. En su: Derecho Penal. Obras completas. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999. Tomo I, pp. 173-191.

²⁴ *Ibid*, pp. 173-191.

²⁵ ALCACER GUIRAO, Rafael. *Actio libera in causa. Tres contribuciones recientes*. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época (13): 393-432, 2004.

No obstante las dificultades que se observan en la doctrina de la a.l.i.c, en cuanto a la coherencia que presenta con la teoría del delito, según Hirsch, “hay que constatar que nadie preconiza la impunidad para los casos comprendidos bajo la figura de la a.l.i.c.”²⁶.

Esas dificultades, en la contraposición de los modelos que pretenden fundamentar la punición de la a.l.i.c, dicen relación con la infracción de principios rectores del Derecho penal, como el de culpabilidad, la exclusión de la responsabilidad objetiva, el de coincidencia, legalidad y la prohibición de la analogía.

Ahora bien, en cuanto al concepto de a.l.i.c, en la investigación de Joshi Jubert, citada por Demetrio Crespo²⁷, se destaca que al respecto existen tres posiciones:

1.- una que identifica la a.l.i.c con su origen histórico, entendiendo que con ella se alude a la acción realizada bajo un estado defectuoso de ausencia de libertad.

2.- la que bajo tal concepto comprende que existe una estructura que permite imputar la acción precedente y por último,

3.- la que estima que el concepto de a.l.i.c debe entenderse independientemente de su origen histórico y de la solución concreta que se dé a los supuestos que cubre.

Sobre los antecedentes históricos de la a.l.i.c, se extiende Hormazábal Malarée²⁸, quien expone que de acuerdo a las referencias históricas, la expresión a.l.i.c describe a la acción realizada en un estado de no libertad. Es decir, que toda a.l.i.c es una *actio non liberae in se*, la que se equipara a las *actiones liberae*. Explica que, en consecuencia, pasa a ser una *actio liberae, pero liberae in causa*, porque el autor ha provocado la situación de no libertad. Concluye que la a.l.i.c es un criterio de imputación de aquellas acciones ejecutadas en estado de inimputabilidad, puesto que se trata de equiparar las acciones en que el agente es responsable de la falta de

²⁶ HIRSCH, Hans- Joachim. *Acerca de la actio libera in causa*, op. cit., pp. 173-191.

²⁷ DEMETRIO CRESPO, Eduardo, op. cit.

²⁸ HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. *La doctrina de la actio Libera in causa y su Incorporación al Derecho Español*. En: DIEZ J., ROMEO CASABONA, Carlos, GRACIA MARTIN, Luis e HIGUERA GUIMERA, Juan. *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*. 2ª edición. España, Editorial Tecnos (Grupo Anaya. S.A.), 2003. pp. 781-807.

libertad con las acciones que son libres en sí mismas, de manera de hacer efectiva una responsabilidad penal.

Bustos²⁹ expone que esta institución con origen en el derecho común, permitía imputar hechos realizados en situación de inimputabilidad en aquellos casos en que el sujeto se hubiere colocado en esa situación, bien sea con el propósito de delinquir o bien si no tenía ese propósito, cuando era previsible que en ese estado cometiera un hecho punible.

Maurach³⁰ expresa que bajo la denominación de a.l.i.c se entiende una acción cuya causa decisiva ha sido puesta por el autor en condición de libertad e imputabilidad, pero que, en cuanto resultado típico, opera en un momento en que el autor es incapaz de imputabilidad. Maurach, a diferencia de Bustos y de Hruschka, considera que la a.l.i.c no sólo se aplica cuando falta el elemento imputabilidad, sino que también puede ser objeto de ella todo elemento del delito, incluso la propia capacidad de acción. Da el ejemplo de la enfermera que en su turno, ingiere una gran cantidad de barbitúricos que le producen un sueño profundo, de modo que no aplica el procedimiento médico al paciente, caso en el cual no sólo se ha hecho inimputable, sino que también incapaz de acción.

Jescheck³¹ comprende bajo la denominación de a.l.i.c un “comportamiento cuya realización se decide en una situación en que se posee capacidad de culpabilidad o que, en todo caso, pudo prever en esas condiciones, pero cuya ejecución sólo tiene lugar cuando el autor ha perdido la capacidad de acción o la plena aptitud para la culpabilidad.”

²⁹ BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Obras Completas. Derecho Penal. Parte General.* 2ª Ed. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007. Tomo I. p.732.

³⁰ MAURACH, Reinhart. *Derecho Penal. Parte General. Teoría General del derecho Penal y estructura del hecho punible.* Traducción de la 7ª Ed. Alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires, Editorial Astrea. 1994. Tomo I. p. 622.

³¹ JESCHECK HEINRICH, Hans. *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* 5ª Ed. Granada, Editorial Comares. 2002. p. 479.

Hirsch citando a Hruschka³², señala que éste sustenta el modelo de la excepción, en el cual se considera como acción típica aquella ejecutada en estado de inimputabilidad, fundando la imputación de culpabilidad en la acción de provocación dedicho estado, lo que lleva a la no coincidencia entre injusto típico y momento de culpabilidad.

En un concepto amplio de a.l.i.c, Álcacer Guirao³³ la define como “el conjunto de situaciones en las que un sujeto lesiona (o intenta lesionar) un bien jurídico en un estado o situación que impide la imputación de responsabilidad penal (en sentido amplio), pero habiendo provocado él mismo, dolosa o imprudentemente, ese estado defectuoso”.

En consecuencia, la acción en estado defectuoso es una acción *no libera in se o no libera in actu*, pero atendido que tal estado ha sido provocado dolosa o imprudentemente, pasa a ser *libera in causa*.

También Alonso Álamo³⁴ propone un concepto de a.l.i.c amplio, no sólo comprensivo de la inimputabilidad, expresando que corresponde al “fenómeno delictivo caracterizado porque, al tiempo del hecho, el autor se encuentra en estado de inimputabilidad o es incapaz de acción, pero esta situación puede referirse a un momento anterior (*actio praecedens*) en que era plenamente capaz.” Enfatiza que en el primer momento, en que tiene lugar la *actio praecedens*, el sujeto aún no ha comenzado a realizar la acción típica y que sólo, en el segundo momento se procede a la ejecución del tipo penal, exigiendo que entre ambos momentos medie un nexo psicológico o anímico.

Se advierte en la estructura de la a.l.i.c, la existencia de dos momentos que se pueden diferenciar claramente, punto en que todos los autores concuerdan: el primero, llamado de la *actio praecedens*, o “acción de provocación”, en que el agente del ilícito auto provoca un estado o situación que impide responsabilizarlo penalmente y un

³²HIRSCH, Hans- Joachim. *Acerca de la actio libera in causa*, op. cit. pp. 173-191.

³³ALCACER GUIRAO, Rafael. *Actio Liberae in causa dolosa e imprudente*. Op. Cit., p. 21.

³⁴ALONSO ALAMO, Mercedes. *La acción <Libera in causa>*[en línea]

<http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/alonso%20alamo.pdf> [consulta: 08 octubre 2013]

segundo momento que Álcacer Guirao denomina de la *actio posterior*, o “acción defectuosa”, por la que se lesiona o pone en peligro el bien jurídico protegido por la norma penal, lo que tiene lugar cuando el sujeto se encuentra en dicho estado o situación defectuosa. Entre ambas acciones, dice Álcacer Guirao, debe existir una relación funcional, lo que se da a través del tipo subjetivo, “lo perseguido por el autor, lo que se representó o podía haberse representado”. También Demetrio Crespo³⁵ distinguiendo estos dos tiempos en la a.l.i.c, agrega que la *actio praecedens* se conforma a su vez por dos momentos: la provocación dolosa o imprudente de la situación defectuosa, y la concepción dolosa o imprudente del hecho posterior.

Se discute que la doctrina en comento se pueda aplicar a los casos de incapacidad de acción, precisamente porque no hay acción alguna. Claro que algunos autores como Joshi Jubert, citada por Demetrio Crespo³⁶, estiman que existe cierta similitud estructural entre la provocación de la incapacidad de acción y, de la inimputabilidad que permitiría un tratamiento en conjunto o al menos en paralelo de ambas situaciones, pero comenta que es aún más problemático considerar si corresponden a la estructura de la a.l.i.c otros casos de provocación de los presupuestos de causas de exculpación, de una causa de justificación, de un error de tipo o de prohibición o de una situación de semi inimputabilidad.

³⁵ DEMETRIO CRESPO, Eduardo, op. Cit.

³⁶ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Op. Cit.*

3. LA ACTIO LIBERA IN CAUSA Y SU TRATAMIENTO EN LA DOCTRINA CHILENA.

Labatut³⁷ expuso que el problema de la influencia del alcoholismo en la imputabilidad siempre ha sido materia de debate, sobre todo cuando el tóxico no lleva al actor a la enajenación mental. Y aunque médicamente sus efectos indiquen que el individuo se encuentra con sus facultades síquicas alteradas (conciencia, inhibición, juicio), no pudiendo estimársele imputable, la legislación por “motivos jurídicos y de conveniencia general”, exime en casos muy contados y considera en algunos, tal circunstancia como agravante.

En esas simples palabras gira el problema de la a.l.i.c, pues por una parte, por razones de política criminal, determinadas conductas que afectan bienes jurídicos penales necesitan ser castigadas, tanto por razones preventivo generales como por motivos de merecimiento de pena y, sin embargo, dichas conductas no tienen un encuadre lógico dentro de la teoría del delito, afectándose el requisito previo de la legitimidad para la imposición de la pena³⁸, elaborándose diversos modelos explicativos de su punición.

En nuestro país, Labatut expresa que el Código Penal guarda silencio³⁹ en el Libro I acerca de la responsabilidad criminal del ebrio que ha cometido un delito. Y que en las Actas de la Comisión Redactora (Sesión 120) se dejó constancia del criterio de los legisladores al respecto, quienes estimaron que la embriaguez no podía considerarse como excusa, ni siquiera en el caso de la locura alcohólica con episodios de delirium tremens, atendido que el artículo 10.1 en su segunda parte, exigía que la privación

³⁷ LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal*. 9ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007. p. 140.

³⁸ ÁLCACER GUIRAO, Rafael. Actio Libera in Causa. Tres Contribuciones Recientes, op. cit., pp. 393-432.

³⁹ LABATUT GLENA, Gustavo, op. cit., p. 140.

transitoria de razón fuera independiente de la voluntad del agente del delito. Etcheberry⁴⁰ explica detalladamente el contexto de tales Sesiones.

Conforme la norma en estudio, Labatut, lo mismo que Novoa, apunta que sólo hay exención de responsabilidad penal en el caso de la ebriedad aguda, cuando es plena y fortuita, anotando que en los demás casos la embriaguez no ejerce influencia alguna en esa responsabilidad. Labatut expone la situación existente en nuestra legislación, más no critica la norma en estudio, puntualizando que la jurisprudencia ha enmendado el error científico de la Comisión Redactora que no diferenció la situación del alcohólico crónico y del loco alcohólico frente a la del alcoholismo agudo, considerando dentro de la eximente de la enajenación mental los casos en que la alteración de los procesos síquicos alcanza tal magnitud que priva al sujeto de la conciencia de sus actos. Y anota también que en el caso de perturbaciones de menor gravedad, que no llegan a constituir una enajenación mental, se ha aplicado la atenuante del artículo 11.1 del Código Penal, esto es, se considera que concurre una imputabilidad disminuida.

Si bien, Labatut en la obra mencionada señala que nuestro Código Penal guarda silencio respecto a la “responsabilidad criminal del ebrio delincuente”, dicha afirmación se comprende en el sentido que el citado cuerpo legal explícitamente no se hace cargo de las consecuencias de la intoxicación para la responsabilidad penal por los delitos perpetrados en ese estado.

Conforme expresa Hernández⁴¹ recientemente, apoyado de abundante cita bibliográfica, se ha entendido pacíficamente por la doctrina que la decisión fundamental al respecto se encuentra en la regulación del trastorno mental transitorio contemplado en la segunda parte del artículo 10.1.

Novoa⁴² al referirse a la imputabilidad da por establecido que los requisitos que la constituyen deben presentarse simultáneamente en el tiempo en que el agente realiza

⁴⁰ ETCHEBERRY, Alfredo, *El Derecho Penal en la Jurisprudencia*, op. cit., p. 206.

⁴¹ HERNANDEZ BASUALTO, Héctor, op. cit. pp. 11-45.

⁴² NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General*. 3ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009. p. 428

la conducta típica y antijurídica. Reclama la existencia del principio llamado de coincidencia, agregando que si en ese momento se dan los demás requisitos de la culpabilidad (reprochabilidad) habrá responsabilidad penal, estimando que hacen excepción sólo aparente, al igual que Maurach⁴³ en Alemania, las *actio libera in causa*. Novoa⁴⁴ conceptualiza las a.l.i.c como aquéllas acciones en que el sujeto pone en marcha en un momento de imputabilidad una cadena de factores causales que hacen que una manifestación corporal suya, que tiene alcance típico y antijurídico se desarrolle cuando la imputabilidad está ausente. Ejemplifica su concepto con el conocido caso del guarda-agujas de trenes que para no efectuar el cambio de vías al cual está obligado, se embriaga, provocando con ello un choque de trenes, explicando el autor que con ello el agente emplea la colocación en estado de embriaguez como una forma de cortarse asimismo la posibilidad de un arrepentimiento.

Otorga, enseguida, como fundamento de la circunstancia de encontrarse como dice “presente la imputabilidad en los casos de a.l.i.c”, el hecho que el propio agente ha sido quien se ha provocado su estado de incapacidad para convertirse en instrumento de sus intenciones criminales, pudiendo observarse en esa explicación, aunque no lo dice expresamente, un atisbo de aceptación del modelo de la tipicidad que justifica el castigo de la a.l.i.c, estimando que la acción propiamente tal es la *actio praecedens* donde convergen tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, acudiendo a una analogía con la estructura de la autoría mediata.

Novoa considera que la a.l.i.c puede presentarse en forma de una acción positiva o de una omisión, que puede ser dolosa o imprudente. Para el caso de la a.l.i.c imprudente, da un ejemplo conocido en la doctrina, consistente en el caso de la madre que sabiendo que tiene un sueño agitado que la lleva a dar vueltas en la cama, coloca junto a sí al hijo recién nacido y lo asfixia. También Novoa refiere estar de acuerdo en que la a.l.i.c se aplica no sólo a la imputabilidad, sino también en términos generales a la conducta. Explica el caso, con el sujeto que sabe que será objeto de fuerzas extrañas sobre su cuerpo, el cual se coloca en una posición tal que le permita alcanzar el

⁴³MAURACH, Reinhart. *Derecho Penal. Parte General. Teoría General del derecho Penal y estructura del hecho punible*, op. cit, p. 622..

⁴⁴NOVOA MONREAL, Eduardo, op. cit. p. 428.

resultado querido y previsible: el caso del individuo que se pone en la dirección en que sopla un huracán de manera de ser impulsado sobre la vidriera de su enemigo para destruirla.

Novoa⁴⁵, como consecuencia de su exposición concluye que la a.l.i.c es un principio general de derecho.

El citado efectúa un meritorio análisis de lo que llama problema jurídico de la ebriedad, distinguiendo según su origen o causa y según su intensidad, las diversas clases de ebriedad.

Según la causa que la origina, indica que la ebriedad puede ser forzada, fortuita, culpable, intencional y pre ordenada, la primera es aquella en que el agente pudo ser objeto de fuerza física o moral para lograr la ingesta alcohólica; la segunda, es el caso del individuo que ingiere la bebida desconociendo sus propiedades, el efecto que en él causará o por haber sido engañado; culpable, es la ebriedad que se produce cuando el sujeto bebe voluntariamente conociendo el tipo de bebida, pero suponiendo imprudentemente que no se embriagará, ebriedad intencional, la que se da cuando el sujeto sabe lo que bebe y sus efectos, buscando la ebriedad y pre ordenada, cuando el individuo bebe alcohol intencionalmente y con el propósito deliberado de cometer un delito o adquirir el ánimo para cometer alguno.

Ahora, según su intensidad, la embriaguez pasa por varios grados, en el primero de ellos no se pierde la lucidez, pero sí, se debilitan las inhibiciones, luego hay una ebriedad semi plena, en que no obstante ser más apreciable los efectos del alcohol, no se pierde aún la conciencia y por último la ebriedad plena o completa, en que el individuo pierde la lucidez, actúa más por instinto y termina en el coma o sopor.

Y, en el análisis del problema planteado, Novoa⁴⁶ consciente que el legislador penal chileno no contempló expresamente la responsabilidad del ebrio, indica que sí manifestó su parecer con extrema dureza en el artículo 10.1 segunda parte del Código Punitivo, que trata los casos de inimputabilidad, pues no consideró incluida la completa

⁴⁵ NOVOA MONREAL, Eduardo, op. cit., p. 429.

⁴⁶NOVOA MONREAL, Eduardo, op. cit. p. 446.

ebriedad ni el *delirium tremens*, eliminando también la atenuante que contemplaba el Código Penal español, a favor del que delinquía en estado de embriaguez, que no fuere habitual o posterior al propósito de delinquir.

Haciendo presente la necesidad que la norma debe ser interpretada conforme su voluntad y no la de los individuos que participaron en su gestación, considera que en un análisis de *lege lata*, la expresión “por causa independiente de su voluntad” significa que solamente se eximiría deresponsabilidad criminal a quien quedó privado derazón por ebriedad completa ignorando los efectos de la bebida ingerida, es decir, exime en el caso de ebriedad fortuita, pero no en el caso de la culpable. Explica⁴⁷ que tal decisión legislativa implica que si el sujeto se embriagó culpablemente, no será eximido y responderá a título de dolo por el ilícito perpetrado en tal estado, “por ser ésta la especie de culpabilidad que la ley presume”. Esta última oración de Novoa, en el escenario actual, con un reconocimiento del principio de culpabilidad a nivel constitucional, exige una revisión, pues no puede presumirse de derecho la responsabilidad penal y, en consecuencia, no puede prescindirse de la culpabilidad, fundamento de aquella.

Aclara Novoa que, en su opinión, la conclusión a la que lleva la ley no es coherente con la teoría penal, pues de esaforma se considera responsable penalmente por un ilícito cometido en estado de ebriedad completa, a quien tal situación le impide todo efecto volitivo y cognitivo, pues está en un estado similar al del enajenado mental.

Ahora, si el individuo se ha embriagado intencionalmente con el propósito deliberado de cometer un delito o pudiendo prever que en tal estado cometerá un hecho típico y antijurídico, se aplican los principios de la a.l.i.cY, en tal caso, el sujeto será tratado como imputable, en el primer caso, a título de dolo, y en el segundo, a título de culpa.

Al igual, que para los demás autores nacionales, como venimos analizando, en principio sólo la ebriedad total fortuita y la ebriedad total forzada, que se la equipara por ausencia total de voluntad en la ingesta alcohólica, darán lugar a eximir de

⁴⁷ NOVOA MONREAL, Eduardo, op. cit., p. 449.

responsabilidad penal. Y, agrega que en el caso de las psicosis alcohólicas, normalmente darán lugar a la inimputabilidad por enajenación mental del artículo 10.1, no obstante el criterio expresado por la Comisión Redactora.

El autor Cousiño Mac Iver⁴⁸, al referirse al tema que nos ocupa, parte comentando que la imputabilidad, el dolo y la culpa, en los delitos de resultado material, no necesitan subsistir hasta que se produzca el resultado, siendo menester que estén presentes al momento de la ejecución de la acción, lo que trae como consecuencia que si el autor era inimputable a ese momento aunque recupere posteriormente la razón, no puede hacersele reproche penal alguno.

Ahora si era imputable y posteriormente, pierde esa calidad por una causa transitoria, de todas formas resulta merecedor de reproche, porque ejecutó la acción dolosamente.

Cousiño Mac Iver⁴⁹ refiere que a conclusiones tan diáfanas, se oponen aquellos casos en que la acción es ejecutada por una persona en estado de inimputabilidad, que se ha pre ordenado al delito, lo que ha provocado la inquietud de la doctrina desde los tiempos de los pos glosadores y prácticos italianos, quienes debieron resolver la disyuntiva de no castigar a una persona que se encuentra con las facultades mentales perturbadas o en estado inconsciencia y el principio que nadie se puede favorecer con su propio dolo. Este argumento parece afín al del “abuso del derecho” que argumenta Bustos Ramírez⁵⁰, para fundamentar que la a.l.i.cen el nuevo Código Penal español, es una excepción real al principio de culpabilidad.

Cousiño⁵¹ cita a Vitalis, quien sostuvo “*ebriosus non punitur si deliquit, nisi dolose inebriaverit*”, es decir, “si el ebrio delinque no es punible, a no ser que se embriague dolosamente.”

⁴⁸ COUSIÑO MAC IVER, Luis. *Derecho Penal Chileno*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1975. pp. 525-545.

⁴⁹ Ibid, pp. 525-545.

⁵⁰ BUSTOS RAMIREZ, Juan, op. cit., p.733

⁵¹ COUSIÑO MAC IVER, Luis. *Derecho Penal Chileno*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1975. pp. 525-545.

Cousiño Mac Iver, concluye que el problema específico de la ebriedad o de la privación total de razón no puede darse en Chile, atendida la disposición del artículo 10.1 del Código Punitivo.

Considera este autor que esa norma posee una amplitud mayor que la doctrina de la a.l.i.c, pues en la fórmula de la norma citada se hace imputable de los delitos que perpetra, incluso a aquel autor que se encuentra privado voluntariamente de razón, aunque ese estado no lo haya buscado para cometer un delito. Comenta Cousiño Mac Iver que jamás el reproche penal puede recaer sobre la actuación del inimputable y exige que la acción llevada a cabo libremente deba configurar un injusto típico, aunque no se produzca resultado alguno.

Además, requiere que injusto y culpabilidad coincidan temporalmente y que en todo caso, exista una acción reprochable a título de culpabilidad. Reflexiona que para ello, debe darse al menos una acción ejecutiva en grado de tentativa, no basta la mera resolución delictiva, sin llevar a cabo actos ejecutivos directos, en los términos expresados en el artículo 7 del Código Penal.

Aduce este autor que la teoría de la a.l.i.c, en la forma estructurada en la antigüedad, por los pos glosadores, esto es, que el autor es una persona imputable que se ha utilizado a sí mismo como instrumento para consumar el delito en estado de inimputabilidad, actualmente es superflua, pues los principios generales de derecho bastan para la punición.

Cousiño en la obra citada, manifiesta los peligros para el principio de culpabilidad que conlleva la aplicación irrestricta de la norma del artículo 10.1 segunda parte del Código Penal y nos adelanta que la a.l.i.c no puede constituir una excepción al principio de coincidencia, esto es, que injusto y culpabilidad deben concordar temporalmente, reiterando que ello no significa que tal elemento subjetivo deba subsistir hasta la consumación del delito.

Para Cousiño⁵², entendiendo que en la a.l.i.c se dan dos acciones o fracciones de ella, una en estado de plena capacidad y otra en estado de condición defectiva, en sus palabras la única acción culpable que puede imputarse al autor es la primera, que necesariamente debe ser injusta, para no herir el principio de la culpabilidad, manifestando de esta forma que en su parecer la fundamentación de la a.l.i.c está en el llamado modelo de la tipicidad.

En el mismo sentido, Etcheberry⁵³, señala que en la disposición en estudio, la exigencia de la causa independiente de la voluntad del sujeto, se agregó para excluir del beneficio de la exención de responsabilidad penal al ebrio, ya que éste aunque esté privado de razón no lo está por “causas independientes de su voluntad”, agregando que al menos la bebida es voluntaria, aunque no sus efectos. Menciona que esta disposición- la del artículo 10.1 en su segunda parte- se vincula a las llamadas a.l.i.c, no critica la norma en análisis y expone que simplemente comprendería “casos especiales en los cuales el hombre, mediante su previsión intelectual y volitiva, ha incorporado a su acción los resultados delictivos. Así, los actos ejecutivos en sí mismos no serían voluntarios, pero la acción en la cual se incorporan sí lo sería, y por ende, habría responsabilidad para el que obra”, manifestando de esta forma su criterio en relación a cuál es la acción que ha de considerarse para los efectos del análisis de culpabilidad, en este caso, lo es la acción provocadora del estado de inimputabilidad y no la que se realiza en dicho estado.

El profesor Jaime Náquira Riveros⁵⁴, luego de un análisis de la a.l.i.c, afirma que en Chile esta doctrina es de poca importancia, porque la disposición del artículo 10.1 segunda parte del Código Penal comprendería precisamente el caso del autor de un delito en situación de inimputabilidad que en un actuar precedente se colocó dolosamente en ese estado, es decir, con conocimiento y voluntad de perpetrar un

⁵² COUSIÑO MAC IVER, Luis. *Las acciones liberae in causa*. En su: Derecho Penal Chileno. 1ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1975. pp. 525-545.

⁵³ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. 3ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 288.

⁵⁴ NAQUIRA RIVEROS, Jaime. *Incapacidad autoprocurada para actuar sin responsabilidad penal: “Actio Liberae in causa”*. En su: Derecho Penal. Teoría del delito I. 1ª edición. Santiago, McGraw-Hill/Interamericana de Chile Ltda. 1998.

ilícito determinado, por lo que la responsabilidad penal de dicho agente no será excluida y responderá a título de dolo.

El mismo profesor⁵⁵ concluye que en los demás casos, aquellos en que el estado defectuoso fue logrado con dolo (explicando que es el caso del individuo que se embriaga pudiendo representarse que en tal estado puede cometer un delito) o con culpa (aludiendo, como dice, al caso del sujeto que se embriaga imprudentemente sin buscar dicho estado, pero que puede representarse esa posibilidad y en tal situación cometer un ilícito), es innecesario buscar la solución en la doctrina de la a.l.i.c toda vez que ésta simplemente consistiría en aplicar la normas generales de atribución de responsabilidad penal cuando se comprueba la infracción de un deber de cuidado en el ejercicio de determinada actividad.

Para Náquira⁵⁶, en el análisis de la norma del artículo 10.1 segunda parte, debe consultarse no sólo su tenor literal, sino el fin que la inspira, exponiendo que no resulta suficiente constatar que el agente “causó” un trastorno mental transitorio y acudiendo a una relación de causalidad, estimar que el estado en que se encuentra ha dependido de su voluntad y concluir que no lo beneficia la eximente de responsabilidad. Con mucha claridad, arguye que cuando el legislador establece la exención de responsabilidad criminal para el loco o demente, lo hace en relación a un hecho típico y antijurídico, misma solución que debe aplicarse a la enajenación mental transitoria, lo que obliga a establecer previamente un hecho típico prohibido y luego realizar la atribución normativa que implica la imputabilidad. Y continúa con el razonamiento, en cuanto a que es menester determinar la existencia de un hecho doloso o imprudente, porque de no ser así, no sería típico. De otra forma, explica el autor, se estaría construyendo una responsabilidad penal sobre la base de resultados lesivos ocasionados accidentalmente o por caso fortuito, infringiendo el principio de culpabilidad y volviendo a una responsabilidad objetiva que debe ser desterrada de nuestra legislación penal. Acertadamente, expone que resolver lo que es dependiente o independiente de la voluntad del actor, es un problema jurídico penal, que debe investigarse en un ámbito normativo y no simplemente natural, con un criterio

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid.

psicológico o causal explicativo. Trae a colación dos ideas fundamentales para la solución del problema: la primera, que un hecho delictivo sólo puede atribuirse a la voluntad del autor cuando es algo respecto de lo cual tiene un razonable dominio, o control y la segunda idea, alude a un principio cardinal del Derecho y es que nadie está obligado a lo imposible. Entonces, concluye que en una posición respetuosa del principio de culpabilidad, la norma en comento debe interpretarse en el sentido que sólo habrá exención de responsabilidad criminal para el agente que no ha sido forjador doloso o imprudente de su enajenación mental transitoria.

El autor Enrique Cuy Urzúa⁵⁷, efectúa algunas distinciones para resolver los casos de auto colocación en situación de inimputabilidad por ingesta de alcohol o drogas.

En primer término, se refiere a los casos de psicosis alcohólica, que define como aquellos casos en que la necesidad de beber hasta la embriaguez es impuesta por una perturbación profunda de las facultades mentales. En este caso, arguye que debe ser excluida la responsabilidad criminal del agente fundado en el artículo 10 N° 1 del Código Penal en su primera parte, pues se trata de una persona enferma, es decir, de un loco o demente. Indica que tal solución es diferente a la opinión que los miembros de la Comisión Redactora del Código Penal mantuvieron en el Acta de la sesión 120, cuyo parecer influyó en algunas sentencias erróneas, pero la jurisprudencia mayoritaria ha resuelto aplicando la disposición citada.

Enseguida, si la ingestión de alcohol no tiene una base patológica, diferencia dos grandes situaciones, la embriaguez pre ordenada al delito y la que no es pre ordenada. Dentro de la embriaguez no pre ordenada al delito, distingue la ebriedad dolosa, la culposa y la fortuita. En el caso de la embriaguez pre ordenada, esto es, del individuo que se embriaga intencionadamente para cometer un delito en ese estado, estima que se trata de verdaderas a.l.i.c y se determinará la responsabilidad del agente sin más, conforme a la ley en vigor.

⁵⁷ CURY URZUA, Enrique, op. cit., p. 425

Aduce Cury, que la embriaguez pre ordenada es aplicable a los delitos dolosos, pero es difícil imaginar que la situación se presente en delitos culposos.⁵⁸

En el caso de la ebriedad dolosa, el sujeto se propone ingerir alcohol hasta embriagarse, pero sin intención de cometer un delito, en el evento de la ebriedad culposa el individuo bebe alcohol sin ningún propósito de llegar a la embriaguez, pero en tal caso considerando la cantidad ingerida podía representarse esa posibilidad. En ambos casos, concluye Cury, contra lo que sostenía anteriormente, según él mismo refiere y además citado por Náquira⁵⁹, que sólo podría castigarse al agente por el hecho criminoso ejecutado en estado de inimputabilidad a título de delito culposo más no doloso, toda vez que sólo puede reprochársele que al iniciar la conducta que lo condujo a un estado defectuoso pudo representarse la posibilidad de un actuar ilícito, pero no ocurre lo mismo con la conducta desarrollada durante el estado de inimputabilidad. Y si la embriaguez es fortuita, situándose el autor en los casos de la ingesta forzada y del sujeto que ignora que una condición física o psicológica preexistente le provoca ebriedad con una pequeña cantidad de alcohol, conforme a la norma en referencia, corresponde eximirlo de responsabilidad, toda vez que la causa de la privación total de razón es independiente de la voluntad del sujeto.

Resulta relevante consignar que para Cury⁶⁰ la disposición del artículo 10.1 en su segunda parte, al exigir que la privación transitoria de razón obedezca a una causa independiente de la voluntad del actor, constituye algo más que la pura consagración legislativa de la a.l.i.c. Y su crítica va más allá, al señalar que se trata de un resabio de conductas calificadas por el resultado, agregando que no distinguir entre ambos conceptos lleva a extender la a.l.i.c en una forma que la doctrina comparada no conoce,⁶¹ porque, según explica, la ausencia de ese elemento negativo- no creación por el agente del ilícito de la situación inimputabilidad- lleva sancionar hechos no comprendidos en el concepto de a.l.i.c Puntualiza que en el concepto de a.l.i.c sólo

⁵⁸CURY URZUA, Enrique, op. cit., p. 426

⁵⁹NAQUIRA, RIVEROS, Jaime. Artículo 10 N° 1°. En su: Texto y Comentario del Código Penal Chileno. 1a Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003. pp.101-107.

⁶⁰CURY URZUA, Enrique, op. cit., p. 412

⁶¹CURY URZUA, Enrique, op. cit., p. 412.

pueden considerarse aquellas situaciones en que el autor se ha colocado culpablemente en un estado de inimputabilidad.

Cury también señala que en Chile la punibilidad de las a.l.i.c no se apoya en esta disposición legal, sino en las reglas generales del ordenamiento jurídico sobre estructura de la culpabilidad.

Particularmente interesante y acordes al principio de culpabilidad son las conclusiones a que arriban los autores Politoff, Matus y Ramírez⁶², cuando después de conceptualizar la a.l.i.c, comparten la opinión de Garrido Montt en cuanto a que la historia legislativa del artículo 10.1 segunda parte del Código Penal, no obliga al intérprete y coinciden en que el sujeto que se alcoholiza o se droga en forma voluntaria, pero sin tener conciencia que perderá sus facultades cognitivas y la posibilidad de adecuar su conducta a ello, es inimputable, a menos que medie culpa de su parte, lo que lleva a la posibilidad de considerar una atenuante de responsabilidad criminal, en el marco de las eximentes incompletas.

Concluyen, aplicando a la embriaguez la doctrina de la a.l.i.c, expresando que resolver si el agente del delito ha obrado culpablemente será una tarea que debe ser resuelta por los tribunales, conforme a la situación concreta y a las circunstancias que rodean el hecho criminoso.

En efecto, Garrido Montt⁶³, en su obra sostiene este criterio agregando un razonamiento muy iluminador a considerar y es que ninguna persona puede por voluntad propia perder o recuperar la razón, lo que depende de su voluntad es embriagarse o drogarse, pero para que tenga importancia en sede de culpabilidad es menester que tenga conciencia que en ese estado delinquirá, lo que conduce a este distinguido autor a concluir que la finalidad de la norma contenida en el artículo 10.1 en su segunda parte, es excluir la inimputabilidad del que provoca su estado

⁶² POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMIREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno*. 1ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004. p. 314.

⁶³ GARRIDO MONTT, Mario. *La actio liberae in causa (preordenación delictiva)*. En su: Derecho Penal. Parte General. 4ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005. Tomo II, pp. 290-292.

defectuoso en forma preordenada. Como el mismo autor dice: “alude exclusivamente a la a.l.i.c”.

El autor Garrido Montt, explica que tal interpretación es la correcta si consideramos que la privación de razón transitoria debe ser por una causa independiente de la voluntad del actor, en el fondo lo que el legislador exige al emplear la voz “voluntad” es que el agente del ilícito esté consciente que con lo que efectúa perderá la razón y en tal estado delinquirá, lo que guarda armonía con la interpretación que se hace por parte de la doctrina, de la expresión “voluntaria” del artículo 1° del Código Penal al conectarla con la conciencia de la antijuridicidad. Y agrega, en consecuencia, que el que se embriaga o se droga voluntariamente, pero sin tener conciencia que perderán las facultades del intelecto y la aptitud para adecuar su conducta a los mandatos normativos, es inimputable, a menos que medie culpa de su parte, en cuyo caso podría atenuarse su responsabilidad criminal.

Por otro lado, el destacado abogado Claudio Prams Julián⁶⁴ estima que la causal en estudio del artículo 10.1 en su segunda parte, abarca casos de falta de injusto y falta de culpabilidad, explicando que ello es así atendido los significados que a la voz “razón”, otorga el diccionario de la Real Academia Española, comprendiendo, en consecuencia, dicha causal tanto la falta de conocimiento, que implica eliminación de injusto y falta de voluntad, ligada a la inimputabilidad. Sostiene, contrariamente a la opinión de la mayoría de la doctrina nacional actual, que nuestro sistema penal no presenta vacíos como corresponde a un derecho penal respetuoso de los principios constitucionales, no se hace cargo de los comentarios que precedieron a la aprobación del precepto porque considera que es un punto superado e insostenible, toda vez que de aceptarlo habría que llegar a soluciones injustas y totalmente reñidas con los principios constitucionales de tipicidad y culpabilidad. Tampoco está de acuerdo con aquel sector de la doctrina nacional que exige en la privación total de razón una base patológica, porque ello significa agregar requisitos que el legislador no consideró, aclarando que la tipicidad también rige en los tipos negativos.

⁶⁴ PRAMBS JULIAN, Claudio. *La privación total transitoria de razón*. En su: *El Tipo de Culpabilidad en el Código Penal Chileno*. Santiago, Ediciones Metropolitana, 2005. pp. 217-221.

Este autor⁶⁵, partiendo de la base que la privación absoluta de razón puede no tener una base patológica, diferencia los siguientes casos:

a) si hay base patológica y se trata de una enfermedad que anula totalmente la voluntad, la solución se traslada a la primera parte del artículo 10 N° 1 citado;

b) si la base de la falta de razón es patológica, pero no priva en forma total de la razón, o no es permanente, debe concurrir algún otro factor para que complete las exigencias de la norma en su primera parte y por último,

c) si la base no es patológica, la causa debe ser de tal intensidad que prive al individuo totalmente de razón.

En este punto, aclara que si la causa dedicho estado es el miedo opera esta exculpante y no la eximente referida al miedo, porque esta última no exige la privación total de razón, que en todo caso tendría carácter subsidiario, a diferencia de la fuerza irresistible que sí exige la anulación total de la voluntad.

Resulta relevante que el autor esclarezca que en esta causal lo importante no es sólo el análisis de la causa que priva de la voluntad al momento de perpetrar el hecho delictivo, sino que también la consecuencia, esto es, la privación total de voluntad y si ello no es así, nos encontraremos frente a una eximente completa o incompleta de miedo insuperable o eximente incompleta de trastorno mental transitorio o atenuante de arrebató u obcecación.

Pramps⁶⁶ concluye que la solución del problema planteado, está en las instituciones de la autoría mediata y de la a.l.i.c, sin que se requiera crear o buscar nada asistemático para solucionar los distintos casos, teniendo siempre en vista los principios fundamentales de un Derecho Penal moderno.

Resume la solución en los siguientes planteamientos:

1.- Si el hechor se intoxica, voluntaria o involuntariamente, no hay reproche penal porque esa conducta no es típica, salvo que se efectúe en lugares públicos.

⁶⁵PRAMBS JULIAN, Claudio, op. cit., pp. 217-221.

⁶⁶PRAMBS JULIAN, Claudio, op. cit., pp. 217-221

2.- Si se intoxica voluntariamente con la intención de cometer un delito, no hay exculpación posible, la intoxicación es ya principio y medio de ejecución del delito.

3.- Si se está intoxicando al momento de la comisión del ilícito, pero ha existido provocación de parte de la víctima, será necesario estudiar si hay exención total o parcial de la voluntad, dependiendo de cuán afectada estuviere al momento del hecho considerando las circunstancias que rodearon el delito, atendida la provocación de la víctima. Incluso, dice el autor, en estos casos, puede haber un concurso con las causales de fuerza irresistible o miedo insuperable.

4.- Si hay inducción por un tercer individuo para cometer el delito en estado de intoxicación, se examinará el grado de afección de la facultad volitiva al momento de la inducción y el grado de influencia, sea para eximir de responsabilidad o para atenuar.

5.-Por último, si en la intoxicación hay dolo eventual, esto es, se auto intoxicó sabiendo que en ese estado podía cometer un ilícito, no hay exención posible, no importa para Prامbs que el agente no haya tenido al momento de la ejecución del delito la posibilidad de controlarse, explicando que sí tuvo esa posibilidad al momento de la ingesta de alcohol o drogas causantes de su estado defectuoso y conocía las consecuencias.

En el desarrollo que hace Prامbs,él no plantea interrogantes en torno al fundamento de la sanción del agente, no obstante su estado defectuoso al momento de perpetrar el ilícito, cuestión que ha ocupado a la doctrina por largo tiempo, tratando de otorgar un fundamento a esa punición, considerando que podrían verse vulnerados los principios de tipicidad, culpabilidad y coincidencia, como se explicitará más adelante.

El profesor señor Hernández⁶⁷, refiere, como ya se expuso, que existiría cierto consenso, en que la solución se encuentra en la norma del artículo 10.1 del Código Penal. Como se analizaba previamente, explica que dado el tenor de la disposición, la autointoxicación a la que se ha llegado voluntariamente,ello no admitiría otra lectura

⁶⁷ HERNANDEZ BASUALTO, Héctor, op. cit. pp. 11-45.

que no sea la punición por los ilícitos perpetrados en tal estado de objetiva inimputabilidad, haciendo lasalvedad, como lo reconoce toda la doctrina nacional impuesto por el principio de culpabilidad, respecto de aquéllos casos en que la intoxicación plena es involuntaria, como los casos de ingesta forzada por terceros o la de tipo fortuita, sea porque el agente ignora la naturaleza de la sustancia o porque concurren otros factores accidentales que varían los efectos normales.

Hace referencia también al hecho que la jurisprudencia ha mitigado el rigor de la norma en comento, al considerar el caso de la cronicidad en el alcoholismo como una enfermedad que impide al sujeto sustraerse de dicha ingesta, por lo que al no depender de su voluntad, se sitúa el caso en la primera parte del artículo 10.1 del Código Penal, eximiéndolo de responsabilidad, por locura o demencia.

Es relevante el comentario del autor Hernández, en cuanto a que esta solución, como lo ha criticado la literatura científica, no considera la imputabilidad concreta del sujeto al momento del hecho, lo que implica incompatibilidad con el principio de culpabilidad. El citado autor menciona la interpretación que, de *lege ferenda*, efectuó el profesor Garrido Montt de la aludida disposición, en cuanto a que sólo quedarían excluidos de la exención de responsabilidad penal, los casos de a.l.i.c, esto es, aquellos en que la autointoxicación se realiza por parte del agente en conocimiento que en tal estado defectuoso puede perpetrar un ilícito, seguida por autores como Politoff, Matus y Ramírez, como se indicó.

Manifiesta Hernández, como se ha constatado en el análisis que se viene realizando, que de acuerdo con el principio de culpabilidad, existe consenso en la doctrina en que se reconozca como “principio general” la inimputabilidad del que comete un ilícito en estado de intoxicación plena, “cualquiera sea su origen”. Comenta también que existiría aquiescencia en considerar la doctrina de la a.l.i.c compatible con ese principio, expresando que la institución en comento tiene una “importancia superlativa” pues es aceptado que contiene los elementos interpretativos necesarios para resolver el problema. No obstante esa afirmación, explicita sus dudas en cuanto a que la aludida doctrina o sus variantes sean coherentes con los principios que

informan el derecho penal, en especial de culpabilidad. En el estudio que realiza se muestra partidario de la tesis de la tipicidad.

Finalmente Hernández sugiere dos soluciones, por un lado no apelar a la reforma de la ley, manteniendo la aplicación de las reglas generales de imputación, lo que podría a su juicio llevar a la aplicación sin más de la doctrina de la a.l.i.c, lesionándose con ello el principio de culpabilidad y, por otro lado, propone regular un delito de peligro abstracto como en otras legislaciones.

4. FUNDAMENTO JURIDICO DE LA PUNICIÓN DE LA ACTIO LIBERA IN CAUSA: EXPOSICIÓN DE LOS MODELOS O SISTEMAS DE IMPUTACIÓN PROPUESTOS POR LA DOCTRINA.

En el capítulo precedente, se efectuó una evaluación acerca de la situación en la doctrina nacional del problema jurídico planteado, esto es, auto colocación en situación de inimputabilidad y la responsabilidad penal por los delitos perpetrados en tal estado defectuoso.

Se han comprendido, en la doctrina en general, bajo la denominación de a.l.i.c, aquellos casos en que, al tiempo del hecho delictivo, el autor es inimputable, pero dicho estado puede ser ligado a un tiempo anterior, en que se auto colocó en tal situación.

Se advierte, en consecuencia, que en tales casos es posible distinguir dos momentos: el primero, cuando el sujeto se encuentra en la plenitud de sus facultades mentales y se coloca en situación de inimputabilidad y el segundo momento, que tiene lugar en dicho estado, cuando el agente comete un ilícito.

La gran interrogante es cómo fundamentar jurídicamente la responsabilidad penal en la a.l.i.c.

Por ejemplo, Carrara, que fue uno de los primeros en fundamentar jurídicamente la a.l.i.c, como transcribió Cousiño⁶⁸, párrafo en el cual se observa que el aludido distingue la embriaguez preordenada al delito, explicando que alude a la estudiada, señalando que en tal caso el autor será castigado por el hecho cometido en su sano juicio, momento en el que “se hizo a si mismo futuro instrumento del delito al cual tendía” y explicando que la imputación se hace en ese instante, al hombre en su sano juicio y no al ebrio, lo que ocurre más adelante, lo considera consecuencia del hecho doloso perpetrado por el hombre en la plenitud de sus facultades mentales, al cual estima única causa del resultado, por lo que le es atribuible el delito.

⁶⁸COUSIÑO, Mac Iver, Luis, op. cit., p. 525.

Tan célebre penalista diferenció un sujeto activo primario del delito que corresponde al hombre en su sano juicio y a un sujeto activo secundario, que viene a ser instrumento del primero. Afirmó que no admitía la crítica que no habría sido posible imputar el hecho al sujeto en estado de ebriedad plena, por no existir coincidencia entre dolo y acción, fundada la aseveración en que tal coincidencia no es menester para considerar concurrente la imputabilidad.

Se han desarrollado soluciones doctrinales que pretenden la fundamentación de la a.l.i.c, observándose que pugnan en una u otra medida con los principios antes aludidos de culpabilidad, coincidencia y de lesividad.

La doctrina define el delito como una acción típica, antijurídica y culpable, la que como toda actividad humana tiene un desarrollo en el tiempo. Como exigencia del llamado principio de coincidencia, todos estos elementos deben concurrir simultáneamente.

Como dice Alcacer Guirao⁶⁹ para establecer la responsabilidad penal, los elementos objetivos y subjetivos del delito deben coincidir en un mismo momento.

Los principales catedráticos alemanes, en un artículo⁷⁰ realizado en el marco de un Seminario sobre el estado de la Teoría del Delito, explican en una comparación con el *common law*, el debate existente acerca de la elasticidad del principio de culpabilidad por el hecho en la figura de la a.l.i.c, en su supuesto más relevante que es la embriaguez.

Así, en el derecho anglosajón la embriaguez ocasionada por el propio agente no constituye causa de exclusión de la pena, salvo que falte el dolo específico exigido por la norma. Ello a diferencia de lo que ocurre en la legislación germana: parágrafo §20 del Código Penal Alemán, que exige capacidad de culpabilidad en el momento de la comisión del hecho.

⁶⁹ ALCACER GUIRAO, Rafael. *Actio Liberae in causa. Tres contribuciones recientes*, op. cit., pp. 93-432.

⁷⁰ SEMINARIO DE LA UNIVERSITAT POMPEU FABRA (1998, Barcelona). Sobre el Estado de la Teoría del Delito por Claus Roxin "et Al". Madrid, Copyright Civitas Ediciones, S.L., 2000. pp. 207.

En cambio, la solución en el otro extremo, está dada por la salvaguardia del principio de culpabilidad por el hecho “sin compromisos”, lo que significa que para punir el hecho del ebrio se exigiría que fuese imputable hasta el momento de su último movimiento corporal, lo que llevaría a la exención de la responsabilidad criminal incluso en el caso del individuo que para tener el arrojo suficiente para ejecutar el ilícito se embriaga, teniendo en consecuencia la intención de perpetrar el hecho criminoso.

Ahora, de los modelos existentes, el de la “tipicidad”, que califica el acto de embriagarse como acción típica y que funda la responsabilidad penal en una analogía con la autoría mediata, y el “modelo de la excepción” cuyo exponente principal es Hruschka, en el cual renuncia a la simultaneidad entre la realización del tipo y la culpabilidad, basado, como ya se explicará, en la “construcción de una responsabilidad dialogal dividida en dos niveles de imputación”, que amplía la punibilidad en comparación con la figura tradicional de la a.l.i.c, puesto que permite el castigo del hecho doloso y culpable, incluso cuando el individuo ha actuado dolosamente durante el estado de incapacidad de culpabilidad sin que, a diferencia de la a.l.i.c.dolosa, haya tenido dolo de lesionar el bien jurídico al momento de embriagarse, los referidos autores⁷¹ concluyen que actualmente hay una tendencia a abandonar la defensa del modelo de la excepción y a patrocinar el principio de culpabilidad en el sentido más restringido antes señalado.

Un argumento relevante para la punición de la a.l.i.ces el sostenido por De La Cuesta Arzamendi⁷², quien analizando la regulación española en el tema que nos ocupa, aduce que sería fácil sustraerse de la responsabilidad penal si el hecho de perpetrar el ilícito en estado de inimputabilidad fuere un obstáculo absoluto para la culpabilidad, porque es posible imaginar casos o supuestos de provocación del estado defectuoso de manera que la acción típica se produce en situación de inimputabilidad, por lo que la doctrina de la a.l.i.c trata de otorgar solución a estos

⁷¹Ibid. pp. 207.

⁷² DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. *Imputabilidad y Nuevo Código Penal*. En: El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torío López. Granada, Comares, 1999. pp. 1-31.

casos, determinando una posible responsabilidad del sujeto en la comisión del hecho en estado de irresponsabilidad.

Mercedes Alonso⁷³ en su trabajo concluye que en la doctrina de la a.l.i.c hay un distanciamiento de los principios *nullum crimen sine actione* y *nullum poena sine culpa*, pero que, sin embargo, la materia que la figura pretende captar no parece que deba quedar impune, aduciendo que dado el “paralelismo realmente existente” debe producirse una equiparación entre la *actio libera in se* pero *libera in causa* con la *actio libera in se*, agregando que en su concepto es aconsejable una regulación expresa de la figura mencionada.

De estas soluciones doctrinales, hay tres grandes alternativas mencionadas por Alcácer Guirao⁷⁴, agregando una a las dos ya mencionadas. En sus términos, la primera, considera la posibilidad de una excepción al citado principio de coincidencia, por lo que altera las reglas generales y sostiene una imputación extraordinaria basada en la culpa *antecedens*. Este es el modelo de la excepción, cuyos fundamentos desarrollaremos más adelante; la segunda opción, consistente en retrotraer el momento de la realización del hecho que conforma el injusto, a la fase de provocación del estado defectuoso, de forma tal que para este modelo coinciden tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, por lo que respetaría el principio de simultaneidad y, la tercera concepción, es aquella que amplía el concepto de hecho típico, entendiendo que comprende no sólo tanto la acción realizadora del resultado peligroso para el bien jurídico protegido como la acción de provocación y, en una concepción funcional de la culpabilidad, sostener que sólo una parte del hecho quede cubierta por la culpabilidad, en este caso el momento de la provocación del estado defectuoso. A este modelo Alcácer lo llama Modelo de la Ampliación.

⁷³ ALONSO ALAMO, Mercedes, op. cit.

⁷⁴ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Actio Liberae in causa. Tres contribuciones recientes*, op. cit., pp. 393-432.

De las tres alternativas el modelo de la excepción y el de la ampliación faltan al principio de tipicidad, uno plantea una excepción y el otro, porque en su interpretación permite que el elemento subjetivo abarque sólo parte del injusto.

En lo que respecta al modelo de la tipicidad, al situar la acción típica en la acción provocadora hace coincidir injusto y culpabilidad, pero enfrenta una de las grandes críticas que se le hacen consistente en justificar que dicha acción provocadora constituye ya principio de ejecución del ilícito, esto es, tentativa y como dice Alcácer “que constituye la terminación de la acción típica: tentativa acabada”, porque sólo en tal caso se podrá atribuir responsabilidad al agente por el resultado. Y además, este modelo pierde solidez al explorar el principio de lesividad, punto que destaca en su trabajo el profesor Hernández⁷⁵, quien se muestra partidario de esta solución doctrinaria, puesto que el modelo debe fundamentar que la acción provocadora genera un peligro relevante para el bien jurídico para afirmar la existencia de la tentativa.

Entonces, los modelos antes mencionados centran la discusión como dice Alcácer en la fase de tentativa, inicio y terminación de la misma, pues sólo cuando estamos ante un injusto completo, se puede atribuir responsabilidad por el resultado. En otras palabras, al determinar el momento de la tipicidad ese será el momento de la imputación en la a.l.i.c, lo que llevará ineludiblemente a examinar la regulación legal de la tentativa.

⁷⁵HERNANDEZ BASUALTO, Héctor, op. cit., pp. 11-45.

5. EL MODELO DEL INJUSTO TÍPICO O TIPICIDAD O TAMBIÉN LLAMADO DE LA IMPUTACIÓN ORDINARIA.

Roxin⁷⁶ sostiene para la punición de la a.l.i.c el modelo de la tipicidad, sin perjuicio de reconocer que dicha elaboración ofrece dificultades, las que cataloga de superables, en contraposición al modelo de la excepción, que considera “insostenible”, cuyo principal expositor es Hruschka.

Roxin explica en su exposición, que en el modelo de la excepción, el castigo de la a.l.i.c significa una excepción justificada por el Derecho Consuetudinario, al principio reconocido en la legislación alemana de que el sujeto debe ser imputable durante la comisión del hecho, castigándose al agente por el hecho cometido en estado de embriaguez, aunque no era imputable en ese momento, atribuyendo a esta construcción la vulneración de principios fundamentales del derecho penal como el “*Nullum crimen sine lege*” y el principio de culpabilidad, el primero reconocido en la legislación y que no puede ser derogado por el Derecho Consuetudinario y el segundo, porque al desvincular el hecho cometido en estado de inimputabilidad de la conducta previa, no es posible sustentar una relación causal que fundamente la imputación, por lo que el dolo y la imprudencia ya no sirven para fundamentar reproche alguno de culpabilidad al autor.

El mismo Roxin, en su análisis, establece que en el modelo de la tipicidad, la imputación no se efectúa en relación a la conducta ejecutada en estado de inimputabilidad, sino respecto del hecho de embriagarse o realizar cualquier conducta tendiente a eliminar la imputabilidad, la que se considera una causa dolosa o culposa del resultado típico, en consecuencia punible. En este sentido, la punición de la a.l.i.c no es una excepción al principio de que el agente debe ser imputable al momento del hecho, toda vez que para esta corriente la conducta previa constituye una realización típica culpable.

⁷⁶ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. 2ª ed. España, Civitas Ediciones, 2006. pp. 850-858.

Hirsch⁷⁷ en un estudio acerca de legitimidad de la a.l.i.c en Alemania, país en que la a.l.i.c constituye un sistema de imputación no contemplado en la ley, sostiene que actualmente la discusión ya no sólo gira en torno a la fundamentación de la figura sino que se estima necesaria una modificación legislativa que establezca una excepción al principio de coincidencia, pues conforme a la regulación de la inimputabilidad, se recoge expresamente el principio de coincidencia al exigir la “culpabilidad relativa ala comisión del hecho”.

Hirsch plantea que el modelo de la excepción, en principio parece adecuado, porque en este modelo lo que falta es precisamente la culpabilidad en el momento de la perpetración del hecho, estimándose excepcionalmente como “suficiente la culpabilidad que fundamenta la evitabilidad del hecho relativa a la *actio praecedens*, consistente en el hecho de embriagarse”.

Pero, indica que ya una sentencia del BGH ha rechazado tal solución, atendido que resulta insostenible conforme la ley vigente, que describe en forma expresa el principio de coincidencia y una violación al principio *nullum crimen sine lege*, toda vez que es una solución no prevista por el legislador. Aduce que invocar un derecho consuetudinario es ilícito, porque se hace a costa del autor.

El modelo de la extensión, como lo llaman sus detractores, cuyo principal exponente es Roxin según venimos exponiendo, tampoco según Hirsch⁷⁸, es de *lege lata* conforme a la Constitución alemana, contradice la ley y el principio *nullum crimen sine lege*, toda vez que considera como parte del tipo culpable un comportamiento anterior dirigido a la realización típica consistente en actos preparatorios.

La Sala Cuarta de lo Penal llama la atención que este modelo del tipo implica una ampliación del momento temporal de la comisión del hecho, al punto que considera una culpabilidad previa al injusto del hecho, por lo que contradice la ley y el principio antes citado.

⁷⁷HIRSCH, Hans- Joachim. *Acerca de la actio libera in causa*. En su: Derecho Penal. Obras completas. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999. Tomo I, pp. 173-191.

⁷⁸Ibid.

Continuando en su análisis, Roxin⁷⁹ argumenta que fundamentar la punición de la a.l.i.c en el caso de los delitos imprudentes resulta más sencillo, toda vez que estructuralmente no presentan mayores diferencias con otros casos de delitos imprudentes, que son de común ocurrencia, en los que sólo se exige que la infracción del cuidado debido tenga incidencia en la ejecución del tipo.

Da el ejemplo⁸⁰ del sujeto que sabe que en estado de ebriedad reacciona en forma violenta y agrede a su mujer, que tal situación ha sucedido con antelación, por lo que al no considerarlo y embriagarse está creando un peligro para la integridad física de ella, lo que sobreviene. En tal sentido, el castigo por estas lesiones imprudentes no constituye una excepción, sino que una confirmación de las reglas vigentes.

En cambio, en los casos en que el agente se coloca dolosamente en situación de inculpabilidad para ejecutar un delito determinado o bien, atendida la situación de hecho, al menos cuenta con la posibilidad que en ese estado defectuoso perpetrará un ilícito, la punición de la a.l.i.c, aplicando el modelo del tipo, presenta dificultades como las aludidas de las que el autor alemán se hace cargo.

Reconoce Roxin, que se critica la tesis en comento, porque ya no es tan sencillo sustentar la relación de causalidad entre el hecho de embriagarse y el delito cometido en ese estado, pues se dice que no es posible demostrar que todo no habría ocurrido de la misma forma sin la intoxicación o ebriedad. Contra argumenta que ello no es así, porque en muchas ocasiones sin los efectos que provoca el alcohol no se habría cometido el hecho.

Expone Hirsch⁸¹ que, evidentemente la causalidad no puede aclarar que el injusto típico comience con el embriagarse, porque ello envuelve el peligro de considerar cualquier otra acción previa.

Un fundamento dogmático, seguido por la jurisprudencia alemana, citado por Hirsch, se encuentra en una antigua sentencia, que argumenta que si el autor ebrio

⁷⁹ ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. 2ª edición. España, Civitas Ediciones, 2006. pp. 850-858.

⁸⁰ Ibid, p. 851.

⁸¹ HIRSCH, Hans- Joachim, op. cit.

inimputable transfiere la realización del hecho criminoso a un tercero inconsciente no hace jurídicamente algo distinto de aquello que efectúa cuando se auto coloca en situación de inimputabilidad para cometer un hecho típico y antijurídico en tal estado. Según Hirsch⁸², en esta forma la solución del tipo en el caso de la a.l.i.c dolosa pretende aplicar el principio de la figura jurídica de la autoría mediata a los casos en que el agente se auto coloca mediante la embriaguez en situación de inimputabilidad con el dolo de cometer un hecho típico y antijurídico.

Entonces, según este autor, el injusto comienza con la *actio praecedens*, con la acción mediata, lo que justifica que para castigar la a.l.i.c dolosa se busque el dolo en tal estadio. Sostiene que en el caso de la a.l.i.c imprudente, es innecesario acudir a la figura de la autoría mediata, por superficial y bastaría la aplicación de los principios generales, en relación a la falta de cuidado del autor conducente al resultado.

Roxin aduce que no es menester que el agente del ilícito sea imputable durante toda la ejecución del hecho, pues bien puede acontecer que el agente doloso, sin que exista una a.l.i.c, durante el desarrollo de la ejecución caiga en estado de inimputabilidad, pudiendo ser castigado igualmente por su autoría en ese delito, en tanto no haya una desviación causal esencial. Es necesario indicar que en el caso de la a.l.i.c los supuestos que comprende tienen que ver con la auto puesta en situación de inimputabilidad, de manera que la acción ejecutada no es libre en sí, pero si en su causa.

Concluye que lo mismo sucede en el caso de la punición de la a.l.i.c en delito consumado doloso-culpable, pues sólo sería necesario que el autor ponga en marcha la ejecución cuando aún es responsable, agregando que es la única forma de fundamentar el modelo del tipo.

Es decir, el hecho que el sujeto se auto coloque en situación de inimputabilidad, embriagándose, con el propósito de cometer un delito en tal estado defectuoso, constituye para los que sostienen el modelo del tipo una tentativa del delito específico perpetrado.

⁸² HIRSCH, Hans- Joachim, op. cit.

Roxin, no obstante las objeciones, aduce que debe afirmarse la existencia de la tentativa en la acción desplegada para lograr la inimputabilidad, efectuando un parangón con el caso de la autoría mediata, en que la tentativa comienza con la actuación sobre quien sirve como instrumento, el cual en algún momento sale del dominio del sujeto primario, lo mismo acontecería en el caso de la a.l.i.c, puesto que una vez provocado el estado defectuoso, el proceso causal no está en manos del agente.

En nuestro país, en un primer análisis, resultaría inviable la tesis del tipo, toda vez que conforme al artículo 7° del Código Penal la tentativa consiste en dar principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, faltando uno o más para su complemento. No puede considerarse bajo ningún respecto que embriagarse o intoxicarse con alguna sustancia que provoque la inculpabilidad, compone una acción típica determinada conforme al delito de que se trate.

Siguiendo con las críticas al modelo de la tipicidad, apoyado por Roxin, éste retruca la observación referida a que sólo es posible esta doctrina en los delitos resultativos, pero no cuando se exige una determinada forma de atacar el bien jurídico, dando como ejemplo, la sustracción en el hurto.

Aduce que no es requisito indispensable para la punición del delito doloso que el sujeto ejecute todas las particularidades de la acción típica en estado de imputabilidad y en el caso de exigir el tipo penal determinados medios de ataque al bien jurídico, en opinión de Roxin lo exigido por el legislador es sólo que exista esa peligrosidad y no un control de parte del autor doloso de todo el desarrollo causal.

También registra como una dificultad el modelo del tipo, el hecho que no podría servir para fundamentar un castigo de la a.l.i.c en los delitos de propia mano, porque al auto colocarse en situación de inimputabilidad faltaría el reproche que fundamenta la punibilidad del acto de propia mano. Considera el autor que tales casos son de rara ocurrencia y no tendrían importancia práctica.

Otra objeción al modelo en estudio es que los delitos dolosos cometidos en situación de inimputabilidad deben castigarse en forma atenuada, atendido que antes

que llegue dicho estado el individuo va recorriendo el trayecto necesario para ello, pronto a iniciar la tentativa, a lo que se responde que el sólo hecho de auto colocarse dolosamente en estado inimputabilidad con el propósito de perpetrar un delito es tentativa acabada, porque el sujeto en la plenitud de sus facultades mentales desarrolla una acción dolosa para colocarse en estado de inculpabilidad y, asimismo, perpetrar un ilícito en tal estado.

Demetrio Crespo⁸³, también partidario del modelo de la tipicidad, considera que la única acción que puede ser imputable es la de provocación del estado defectuoso, porque indica que el estado defectuoso en su criterio puede ser también la falta de acción. Considera que existe similitud estructural entre la a.l.i.c inimputabilidad y la a.l.i.c acción, por lo que pueden tener un tratamiento paralelo. Siguiendo a Roxin, señala que la tentativa en la autoría mediata comenzará cuando exista un peligro inmediato para el bien jurídico o bien, cuando el autor abandone el control sobre el curso causal. En el caso de la a.l.i.c, la fase de provocación con un agente con capacidad de culpabilidad se corresponde con el autor mediato y la del periodo de inculpabilidad se equipara al instrumento, considerando lo realizado en esta etapa como mero curso causal, que estima sin relevancia para la tipicidad. Sin embargo, el autor no fundamenta estas conclusiones. Pero, más adelante comenta⁸⁴ “no comparte, en cualquier caso la idea que deba castigarse al sujeto que se embriaga con intención de obtener el valor suficiente para matar a su enemigo, pero finalmente no llega a salir de la casa”. Por lo que a juicio de Alcácer Guirao, Demetrio Crespo sucumbe a las críticas formuladas en contra del modelo de la tipicidad por sus detractores.

⁸³ DEMETRIO CRESPO. Eduardo. Acerca de la Actio Libera in Causa. {en línea} portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/IH%20barbero.pdf.<<http://www.cienciaspenales.net>
> [consulta: 04 julio 2011]

⁸⁴ Ibid.

6. EL MODELO DE LA EXCEPCIÓN O SISTEMA DE IMPUTACIÓN EXTRAORDINARIA.

Hruschka⁸⁵, principal exponente del modelo de la excepción, inicia su trabajo citando los axiomas planteados por Pufendorf en su famoso “Elementa” de 1660, en los que observa el desarrollo por primera vez del concepto de imputación, agregando que Pufendorf no tenía una terminología propia para aludir brevemente a las formas de imputación que reconocía, por lo que propone llamar imputación ordinaria de un suceso o de una inactividad, cuando la persona en el momento del hecho está en condiciones de evitar su producción o de realizar la acción en cuestión. Y llama imputación extraordinaria, cuando en el momento decisivo la persona no está en condiciones de evitar la producción del resultado o de ejecutar la acción, pero se le puede reprochar que se encuentre en tal situación de imposibilidad o incapacidad. Es importante, indicar que si bien Pufendorf no tenía esa terminología, sí fue, como dice Hruschka, el primero en distinguir los dos tipos de imputación con un vocabulario que diferenciaba entre las acciones que debían ser imputadas de distinto modo.

Así, afirmaba que a una persona no se le puede imputar aquello que no estaba al alcance de su capacidad ni *in se* (en sí mismo) ni *in sua causa* (en su causa). Ahora, empleando una terminología moderna, se habla de acción libre, explicando el autor en comentario que la tradición jurídica entiende por “libre” a toda acción (acción) que está en el poder de quien la ejecuta o la omite.

En pos de definir los presupuestos para una imputación extraordinaria, Hruschka⁸⁶ comenta que utilizando las expresiones “*actio libera in se*” y “*actio libera in sua causa*”, de manera de enunciar las diferencias en la imputación que distinguió Pufendorff, interpretando la versión negativa de su axioma, al expresar que “una acción que no ha sido libre en sí misma ni en su causa no puede ser imputada a la persona”.

⁸⁵HRUSCHKA, Joachim. La Imputación Ordinaria y Extraordinaria en Pufendorf. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.a Época, (nº 12): 213-252, 2003.

⁸⁶ Ibid, 213.252.

Entonces, Hruschka llega a distinguir, siguiendo en su lenguaje a Pufendorff , tres situaciones: la imputación ordinaria que concurre cuando observamos la existencia de un suceso o de una inactividad como un *id quod in se penes hominen fuit*, aclarando que estamos hablando de una *actio libera in se*, es decir, de una acción o de una omisión de una acción que analizada en sí misma está al alcance de quien actúa; una imputación extraordinaria, cuando se trata de un hecho o de una inactividad, la que vemos no como un *id quod in se*, sino como un *id quod in sua causa penem hominen fuit*, o sea, como una *actio libera in sua causa*, lo que significa que vemos la acción o la inactividad de una acción al alcance de la persona, no en sí misma, pero sí en su causa y por último, una imputación que no es ordinaria ni extraordinaria, cuando se ve un hecho o una inactividad como un *id quod neque in se neque in sua causa penes hominen fuit*, significando con ello que la obra o la omisión de una acción no estaban bajo el poder de la persona ni en sí misma ni en su causa.

Enseguida, el citado Hruschka distingue dos niveles de imputación, como ayuda interpretativa, exponiendo que corresponden a parámetros distintos a las formas de imputación explicitadas (imputación ordinaria y extraordinaria). Propone hablar de imputación de primer nivel cuando un suceso concreto se ve como la realización de una acción relevante cometida en circunstancias relevantes o cuando una inactividad determinada se ve como la omisión de una acción relevante en circunstancias relevantes, explicando que “relevante” se utiliza para un posible juicio de antijuridicidad sobre el hecho. Y se habla de imputación de segundo nivel, según este autor, cuando la ejecución de una acción o de una omisión de una acción, ya precisada como antijurídicas, se imputa a “título de culpa”. Más adelante manifiesta que Pufendorff utiliza la expresión “culpa”, para referirse a la responsabilidad que existe cuando un suceso o una inactividad se imputan extraordinariamente, porque el autor es responsable de su actual falta de capacidad o ignorancia.

Hruschka alude en su exposición al autor Daries (1714-1791), quien denominó la imputación de primer nivel como *imputatio facti* y a la imputación de segundo nivel, como *imputatio iuris*, explicando que en el primer caso, se está ante el acto a través del cual se atribuye a la voluntad de determinada persona la producción o no de un suceso y en el segundo caso, se revisan los méritos que corresponden a esa persona.

Hruschka enfatiza que lo más destacable en la obra de Daries, es haber desentrañado que entre ambos niveles de imputación se da la *applicatio legis ad factum*, es decir, el acto de aplicación de la ley, que no debe en ningún caso ser confundido con los aludidos niveles de imputación y que es un ejercicio interpretativo que sucede al primer nivel y antecede al segundo, pues como ya sabemos los operadores jurídicos, primero revisan que un hecho- acción u omisión-relevante en circunstancias relevantes tenga apariencia de tal, luego se constata la antijuridicidad del hecho y finalmente se procede a la imputación de segundo nivel, esto es, a la imputación de culpabilidad.

Hruschka menciona en su trabajo que Puffendorf estaba consciente de la importancia de distinguir entre el *id quod in se* y el *id quod in sua causa penes aliquem fuit*, que también puede denominarse *actio libera in se* o *actio libera in sua causa*, agregando que en ese trabajo no hay una teoría elaborada acerca de la imputación extraordinaria que abarque ambos niveles de imputación. En este orden de ideas se avanza hacia una comprensión de la imputación extraordinaria, evitando como dice Hruschka la confusión de conceptos, por ejemplo de la *actio praecedens* con la *actio libera in sua causa*. Ello significa que para Hruschka la a.l.i.c comprende sólo la acción ejecutada en estado defectuoso y no podía aplicarse al caso en que el autor se coloca en situación de incapacidad de acción, pues en tal caso no hay acción.

Desde ya es importante destacar que en el escrito citado, Hruschka cuando examina las condiciones para una imputación extraordinaria, aunque sea evidente, dice es menester que nos encontremos en una situación en que la acción o la omisión de una acción relevante no pueda ser imputada ordinariamente, ello es así toda vez que sólo cuando ejecutar la acción u omitirla no está al alcance de la persona, es posible analizar si hay responsabilidad en ello. O, en palabras de Puffendorf, citado por Hruschka, habrá imputación extraordinaria cuando a la persona se le imputa "*in culpa fuit*" el hecho de encontrarse en una condición o estado que excluye la imputación ordinaria.

En la búsqueda del modelo que mejor puede explicar la regulación legal existente en Chile, resulta pertinente revisar la exposición que Hruschka efectúa en otro

escrito⁸⁷, en el cual recuerda las causas de justificación y de exculpación, aludiendo al caso en que un hecho a primera vista antijurídico aparece justificado y aquel en que uno definitivamente antijurídico, es exculpado. Estas causales son conocidas desde fines del siglo XVIII, con un importante aporte de Daries. Y ello fue posible porque ya se sabía de la distinción entre reglas de comportamiento y reglas de imputación, que en su entender es de mayor relevancia actualmente que la aludida distinción entre causas de justificación y de exculpación.

Resulta de toda importancia, para los fines tenidos en vista en el presente trabajo en cuanto a revisar cuál es la mejor fundamentación para la punición de la a.l.i.cen nuestro país, conforme a la reglamentación vigente, que examinemos dicho escrito en cuanto a las funciones de estas reglas de comportamiento y de imputación.

En primer término, Hruschka refiere que las reglas de comportamiento tienen funciones en la prospectiva, en cuanto son prescripciones o prohibiciones contenidas en las normas dirigidas al sujeto para que haga o deje de hacer o también, reglas permisivas, que indican al sujeto que puede hacer o dejar de hacer. Entonces, estas reglas de comportamiento que tienen funciones en la prospectiva, están orientadas al comportamiento deseado por el legislador. Y en la retrospectiva, también les cabe una función, en este caso de baremo de medición, ya no se trata, como dice Hruschka de prescripciones, prohibiciones, o normas permisivas, sino de tipos delictivos o de tipos de justificación, que requieren una valoración previa en orden a determinar la antijuridicidad de la conducta o no antijuridicidad de ella y están dirigidas al juzgador, quien valora el hecho conforme a la medida dada por la norma o, bien, a un control que hace el propio agente del hecho de su conducta.

En consecuencia, las reglas de comportamiento poseen una función configurativa y una de baremo de medición.

Por otro lado, se distinguen las reglas de imputación, que conforme explica el citado autor, no pertenecen al sistema de las reglas de comportamiento, sino a uno

⁸⁷ HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la Teoría de la Imputación*. Edición a cargo de Pablo Sánchez-Ostiz. 1ª edición., España (Navarra), Editorial Aranzadi S.A., 2005. pp. 27-39.

propio, que cumple funciones en la retrospectiva y sus normas están dirigidas al juzgador, que actúa después de la ejecución del hecho.

Ahora bien, en la imputación se distinguen dos niveles, como se había expresado: la imputación de primer nivel o *imputatio facti*, que el autor que venimos analizando define como la imputación de un proceso como ejecución de una acción o de una inactividad como imputación de una omisión de una acción en circunstancias relevantes, según los tipos de las reglas de comportamiento o *lex* (así las llamaba Davies, según Hruschka)

Y la imputación de segundo nivel o *imputatio iuris*, que corresponde, según el mismo autor, a la imputación al merecimiento de un hecho conforme a las reglas de comportamiento o *lex*. Ya sabemos que la imputación de primer nivel es anterior a la aplicación de *legis ad factum*, esto es, a la aplicación de las reglas de comportamiento en su función de baremo de medición del hecho imputado y la imputación de segundo nivel sucede a ésta. No está demás, tener en consideración que la imputación de primer nivel significa imputar una acción o una inactividad de una acción como un “*factum*”, es decir, como un hecho que puede ser atribuido a un agente, en el entendido que quien juzga, estima en esa aproximación, que el agente ha tenido una alternativa a la comisión del hecho o a la omisión.

Entonces, se menciona la palabra auctor, en el sentido de *causa libera*, del sujeto agente que ha obrado libremente. Enseguida, corresponde aplicar las reglas de comportamiento en su función de baremo de medición, cuyo resultado es determinar la antijuridicidad del hecho, lo que presupone necesariamente la imputación de primer nivel.

En la imputación de primer nivel, no obstante constatar la posibilidad de imputar el hecho o la inactividad a un sujeto, también producto del mismo análisis, es posible excluir tal imputación. Ello ocurre, según sintetiza el citado autor del modelo de la excepción, en los siguientes casos: cuando la ejecución de la acción era físicamente imposible, caso en el cual rige el principio: “*Impossibilia nulla est imputatio*” “respecto a lo imposible no puede haber imputación alguna;”- cuando el mentado autor se encontraba sujeto a una necesidad física, bajo una vis absoluta, por lo que rige el

principio: “*Necessariorum nulla est imputatio*” “respecto a lo necesario no puede haber imputación alguna” y cuando el autor no ha tenido conocimiento de la situación relevante o de la alternativa que tenía conforme a dicho proceso ejecutivo o de la inactividad de que se trata, casos en los que regiría el principio “*Ignoratorum nulla est imputatio*” “respecto a lo que el sujeto no ha conocido no puede haber imputación alguna”.⁸⁸

Pero, una vez efectuado este análisis en el primer nivel, llegamos al segundo nivel, en el cual se debe tener claro que el juicio a realizar es uno sobre el “merecimiento del hecho”, sobre la culpabilidad del autor. Hruschka maneja con claridad evidente estos conceptos y nos manifiesta que también en este nivel se revisa la libertad con que ha obrado el autor, explicando que esta libertad parte de la base que el sujeto agente obró con conocimiento de la antijuridicidad de su hecho, tuvo un motivo para omitir la acción prohibida o para ejecutar la acción prescrita y por otro lado- dice Hruschka- no tuvo ningún contramotivo comprensible que le impidiera el cumplimiento de su deber. Se trata de un concepto de libertad diferente al manejado en la imputación de primer nivel, en que se examina la alternativa que tuvo el autor a su acción.

Explica el citado autor que junto a ambos niveles de imputación, existen los dos tipos de imputación ordinaria y extraordinaria. La primera referida a la imputación de un hecho antijurídico, que a ojos del juzgador no aprecia motivo para excluirla. En tanto, la imputación extraordinaria, se produce en un escenario distinto, esto es, cuando no obstante concurrir una causa para excluir la imputación, pero precisamente esa causa se erige en fundamento para atribuir el hecho a su autor, haciéndolo responsable.

Puede que concurren las causas para excluir la imputación en el primer nivel de análisis (el “*impossibilium et necessariorum nulla est imputatio*” o del “*Ignoratorum nulla est imputatio*”) o las causas de exculpación en el segundo nivel, quedando aún la posibilidad de una imputación extraordinaria.

Ello acontece porque el agente del ilícito pudo haber producido “mala fide” la situación de inimputabilidad que le afecta o ser responsable de ello por otras

⁸⁸Ibid, pp. 27-39.

razones. Se da como ejemplo, el caso del autor que hubiera podido evitar sin mayor dificultad la situación de vis absoluta a la que se ve sometido o el error sobre las circunstancias relevantes del hecho, que excluyen su dolo.

Concluye Hruschka que a.l.i.c se denomina a todas aquellas acciones u omisiones que se imputan extraordinariamente.

Maurach⁸⁹, en su obra de Derecho Penal, en el capítulo relativo al tratamiento de la a.l.i.c, expresa que se trata de “excepciones aparentes al principio de culpabilidad”, pues estima que esta institución, correctamente apreciada, ya no ocasiona problemas. Y en el caso del enjuiciamiento de la a.l.i.c, poniendo como ejemplo, el caso de un sujeto que se embriaga con el propósito de adquirir bríos para darle unos golpes a su enemigo, pero como consecuencia de un “desgraciado concatenamiento de hechos” la víctima muere, aduce que lo importante no será analizar la previsibilidad del resultado al momento del golpe, sino que, cuando se da inicio a la acción de embriagarse.

Cury⁹⁰ critica que es posible que tal apreciación de Maurach sea exacta para el derecho penal alemán, unido a la circunstancia que en el desarrollo que efectúa incluye situaciones cuya naturaleza jurídica es diversa de la imputabilidad. Cousiño⁹¹ comentó al respecto que la inclusión de esas situaciones que no son la falta del elemento imputabilidad, acarrearán más dificultades sistémicas.

Hirsch⁹² en un artículo sobre la a.l.i.c y el estado de la discusión doctrinaria y jurisprudencial en Alemania, indica que, en principio, se sostiene como adecuado y necesario que el autor sea condenado por la acción cometida en estado ebrio, lo que implicaría fundamentar tal conclusión en el modelo de la excepción, en el cual precisamente falta la culpabilidad por el hecho y que, de forma excepcional, se considera suficiente la culpabilidad que fundamenta la evitabilidad del hecho relativa a la *actio praecedens*, consistente en el hecho de embriagarse. Pero, en una

⁸⁹ MAURACH, Reinhart. *Derecho Penal. Parte General. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*, op. cit., p. 622.

⁹⁰ CURY URZUA, Enrique, op. cit., p. 412.

⁹¹ COUSIÑO MAC IVER, Luis. *Derecho Penal Chileno*, op. cit., pp. 525-545.

⁹² HIRSCH, Hans- Joachim, op. cit. pp. 173-191.

confrontación de los modelos existentes, concluye que el modelo del tipo, basado en la comisión mediata, tiene una base sólida, toda vez que dicha solución se desprende de los principios teóricos generales del Derecho Penal y, acto seguido, señala que si se exige una excepción al principio de coincidencia, se está cuestionando el principio de culpabilidad por el hecho, en un Derecho penal del hecho.

En otra línea argumentativa, Silva Sánchez citado por Alcácer Guirao⁹³ aduce que la solución de negar eficacia a las eximentes que han sido provocadas tiene similitud con la forma de resolver las situaciones de fraude de ley. Dice que en la a.l.i. también podría hablarse de una ley defraudada- la sancionatoria – y de una ley de cobertura- la que establece la causal de exención de responsabilidad por inimputabilidad- cuya aplicación se provoca. Indica que se resuelve no aplicando la ley de cobertura por haber sido provocada y se determina la aplicación directa de la ley defraudada.

El hecho de estar regulada por el legislador la excepción, hace que no sea necesario acudir a argumentos como los de la autoría mediata o del derecho consuetudinario.

En consecuencia, hallándose regulada en la ley la excepción, decaen las críticas por vulneración del principio de legalidad.

Por otro lado, Rodríguez Montañés citada por Alcácer Guirao⁹⁴, observa que el modelo de la excepción resuelve todas las dificultades y lagunas de punición que se producen con el modelo de la tipicidad, toda vez que la imputación se efectúa sobre la base de la *actio* realizada en la fase de inculpabilidad y no sobre la *actio praecedens*, por lo que no se dan los problemas de causalidad, acción, tentativa, desistimiento, ya mencionados previamente.

También Hernández⁹⁵ en Chile, a pesar de ser crítico del modelo de la excepción, pues en su opinión la solución que entrega es incompatible con un derecho penal de

⁹³ ALCACER GUIRAO, Rafael, *Actio Libera in causa dolosa e imprudente. La estructura temporal de la responsabilidad penal*, op. cit. p. 45.

⁹⁴ Ibid. p. 41.

⁹⁵ HERNANDEZ BASUALTO, Héctor, op. cit., pp. 11-45.

culpabilidad, toda vez que se hace responsable criminalmente a un sujeto que no puede ajustar su conducta a los mandatos normativos, reconoce que el modelo permite una aplicación en sus palabras “muy natural” de las categorías dogmáticas de tipicidad y antijuridicidad, sin perjuicio de las dificultades que enfrenta al considerar aspectos de la *actio praecedens* y de la conducta en estado defectuoso en el plano subjetivo. Y va aún más allá, pues en su opinión el hecho de que el modelo se refiera a la *actio praecedens* en el ámbito subjetivo, implica un pensamiento emanado del *versari in re illicita*: “Si te auto intoxicas, atente a las consecuencias”.

Siguiendo a Mercedes Alonso⁹⁶, en sus estudios la autora concluye que la doctrina de la a.l.i.c supone algún distanciamiento de los principios *nullum crimen sine actione* y *nullum pena sine culpa*, aunque técnicamente es correcta y conforme con el sentido histórico de la figura. Explica que la ejecución del tipo penal tiene lugar cuando el agente está en situación de incapacidad (comprendiendo la ausencia de acción o de imputabilidad) y la *actio praecedens*, en sus palabras es “típicamente neutra”.

Siguiendo a Hruschka, indica que se trata de una verdadera imputación extraordinaria, aunque comenta que “no deja de haber algo de artificioso en la figura de la a.l.i.c Hay algo en ella que se concilia mal con el sistema del Derecho Penal”⁹⁷.

Aclara que no se puede alegar a favor de la a.l.i.c el reconocimiento consuetudinario, atendido el principio de legalidad del cual emana el de culpabilidad. Y, sobre la base que los casos comprendidos en esta figura exigen la punición, aduce que efectivamente en la a.l.i.c existe un paralelismo entre la *actio non libera in se*, pero libera in causa y la *actio libera in se*, demandando la intervención del legislador al respecto. Cita a Jescheck, quien no duda en admitir que en Alemania la a.l.i.c es una excepción no regulada en la ley, pero reconocida en el Derecho Consuetudinario, al principio que asegura la impunidad del autor inimputable al tiempo del hecho y al mismo tiempo- he aquí lo relevante para nuestro trabajo- afirma que la a.l.i.c dolosa “no implica vulneración alguna del principio de culpabilidad.”

⁹⁶ ALONSO ALAMO, Mercedes, op. cit.

⁹⁷ ALONSO ALAMO, Mercedes, op. cit.

Enseguida, Alonso Álamó, en la búsqueda del fundamento de la punición de las acciones (incluyendo tanto la acción como la omisión en estado de actual incapacidad, pero enlazada psicológicamente a la *actio praecedens*) comprendidas bajo el concepto de *actio libera in causa*, enfatiza que en la a.l.i.cel sujeto responde por el hecho ejecutado en situación de “actual ausencia de libertad”, agregando que materialmente la acción no puede quedar impune por estar conectada externa y psíquicamente a un hacer precedente. Aduce que ese vínculo causal hace surgir la necesidad de pena. He ahí el fundamento. Para ello entiende que debe intervenir el legislador estableciendo una excepción a los principios *nullum crimen sine actione* y *nulla poena sine culpa*, que aluden al hecho que la acción esté referida a la voluntad y que exista imputabilidad al tiempo del hecho.

Alonso Álamó, haciéndose cargo del paralelismo que algunos autores, para fundamentar la punición de la a.l.i.c, ven entre la autoría mediata y la a.l.i.c, señala que sólo puede ser alegada por quienes entienden que en la acción provocadora existe un comienzo de ejecución del ilícito y, aún en tal evento, queda sin explicar por qué debe responder quien es incapaz de acción o de culpabilidad al tiempo del hecho, situación que no se da en la autoría mediata, en la cual el autor mediato es plenamente capaz en todo momento y conserva el dominio de la situación. También, rechaza aquella concepción que funda la punición en un enlace causal físico y síquico entre el hacer precedente libre y la acción no libre, invocando el principio *causa causae est causa causati*, porque, según explicita, tal criterio llevar a fundar la responsabilidad penal en una *culpa praecedens*, “traspasando las barreras del tiempo del hecho”.

En este orden de cosas, resulta muy interesante el desarrollo que efectúa Díaz Pita⁹⁸, al fundamentar el modelo de la excepción, quien señala que es necesario preguntarse qué es ser culpable y si por culpa, entendemos que es aquella que da motivo para exigir legalmente una responsabilidad, entonces culpable será quien no puede ser excusado o, mejor dicho, quien no puede hacer valer una de las excusas legalmente establecidas. En su tesis expone que se produce un vaciamiento del concepto de culpabilidad. Sabemos que para entender que una persona es culpable,

⁹⁸ DIAZ PITA, María del Mar. *Actio libera in causa, Culpabilidad y Estado de Derecho*. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2002. pp. 191-200.

le exigiremos que tenga facultades psíquicas y físicas en perfectas condiciones; que sepa lo que hace o conciencia de que la conducta está prohibida y exigibilidad, en el sentido que el sujeto no tenga que atender a otro tipo de consideraciones más fuertes o por sobre la ley.

Díaz Pita refiere que para afirmar la responsabilidad penal se han escogido esas tres circunstancias basadas siempre en la realidad social, histórica y cultural, por lo que no es algo antojadizo del legislador, sino que basado en la realidad. En este análisis, siempre se tendrá como base la igualdad de las personas, principio reconocido a nivel constitucional. Entonces, argumenta que cuando esa igualdad se rompe, la exigencia de la responsabilidad debe ajustarse a la desigualdad, pero en el caso de la a.l.i.cla desigualdad es fingida, por lo que la falta de punición atentaría contra esa igualdad.

Explica que los argumentos del sujeto para su descargo basados en el principio de la igualdad y en el desarrollo incompleto de la personalidad, quedan vacíos de contenido. También a favor de su postura, aduce la defensa del ordenamiento jurídico, expresando que la provocación de la inimputabilidad supone⁹⁹ “la manipulación a favor del sujeto, de unas medidas legales previstas en el ordenamiento jurídico, con la finalidad de adecuar a éste principios constitucionales como el igualdad. Su utilización por parte del sujeto, implica, a la vez, un abuso del derecho, una especie de “fraude a la ley” en el que el sujeto “simula” las circunstancias fácticas que sirven de base para la aplicación, más favorable, de estas medidas.”

Los argumentos de Díaz Pita son perfectamente aplicables en nuestro ordenamiento, el cual reconoce el principio de igualdad de las personas a nivel constitucional y, en el caso del abuso del derecho o fraude de la ley, es una teoría de aplicación general.

Por otro lado, las críticas fundadas en que seguir el modelo del tipo o llamado también de la imputación ordinaria, implicaría un adelantamiento de la tipicidad, tienen

⁹⁹ Ibid, p. 185.

asidero en el artículo 7 del Código Penal, toda vez que la tentativa de un delito determinado exige la ejecución de hechos directos.

En concepto de Muñagorri Laguía¹⁰⁰ la “tentativa supone acción típica y muestra el tipo aunque no tenga que mostrar el resultado final, la consumación”, de lo contrario se corre el peligro de otorgar el carácter de tentativa a actos preejecutivos impunes o desvirtuar los tipos penales, desnaturalizando los elementos que le son propios. Explica también que en la autoría mediata, el autor mediato es tal en la medida en que es imputable al momento de la realización de la acción típica por el otro, cuya inimputabilidad aprovecha. En cambio, tratándose del supuesto del artículo 8.1 del Código Penal español, vinculado con la teoría de la a.l.i.c, es el propio sujeto el que provoca su inimputabilidad, agregando el autor que recurrir a la teoría de la autoría mediata para punir hechos no contemplados en la disposición puede constituir un criterio recusable.

Para Muñagorri Laguía, teniendo en consideración que la libertad y seguridad jurídica son ineludibles y que es al legislador a quien corresponde superar los defectos o vacíos legales, en el supuesto del artículo 8.1 que comenta, el hecho realizado será aquel ejecutado en situación de inimputabilidad, pero al haber sido buscada esta circunstancia de propósito para delinquir, el legislador le niega carácter eximente y habrá responsabilidad penal por el resultado típico doloso o culposo, aclarando “si existe, en este último supuesto, el tipo imprudente.”

¹⁰⁰ MUÑAGORRI LAGUIA, Ignacio. *Sobre la presencia de la << actio libera in causa >> en el artículo 8.1 del Código Penal*. En: Estudios dedicados a la memoria del Profesor L. M. Díez de Salazar Fernández. Edición coordinada por María Rosa Ayerbe Iribar. Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 1992. pp. 245-258.

7. ACTIO LIBERA IN CAUSA Y LA AUTORÍA MEDIATA.

Acudiremos a un trabajo de Hruschka¹⁰¹ para abordar el tema propuesto en el epígrafe, del cual se han anticipado algunas ideas.

En efecto, sabemos que para la doctrina de la anticipación de la tipicidad el autor de la *actio praecedens* es el autor inmediato y parte de la doctrina concibe los casos de *actio liberae in causa* como una “cuasi autoría mediata”, considerando que existe un paralelismo entre ambas figuras, teniendo como punto de partida que “el tipo del delito cometido en situación defectuosa se habría realizado ya con la *actio praecedens*.”

El citado autor critica que exista tal paralelismo o correspondencia entre la autoría mediata y la figura de la a.l.i.c o, que de existir, sería muy superficial, argumentando que lo esencial para distinguir la autoría inmediata de la mediata, es que en este último caso, el hombre de atrás en algún momento renuncia a la influencia que ejerce sobre el hombre de adelante. Para expresar la idea usa la metáfora “suelta de la mano”, aludiendo al proceso ejecutivo y espera que el hombre de adelante ejecute el ilícito. Indica que en el caso de la a.l.i.c, ese “soltar de la mano” no importa lo mismo, pues la circunstancia que el agente se encuentre en una situación defectuosa no implica una resignación o renuncia a influir en el devenir del proceso ejecutivo, sino que hasta último momento de libertad disminuida que provoca el estado defectuoso conserva esedominio o influjo en la ejecución del tipo, por lo que las decisiones siempre le pertenecen. Y esa es la razón por la cual en opinión de Hruschka¹⁰² aparece tan artificial que se hable de que alguien es hombre de atrás y al mismo tiempo su propio instrumento u hombre de adelante o que el mismo hombre de delante sea su hombre de atrás, agregando que “nadie puede ponerse detrás de sí mismo, del mismo modo que nadie puede apoyarse sobre sí mismo.”

¹⁰¹ HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la Teoría de la Imputación*. Navarra, Editorial Aranzadi, 2005. pp. 158-168.

¹⁰² Ibid, pp. 158-168.

La tesis que patrocina la idea que el injusto comienza con la *actio praecedens*, defendida por Hirsch¹⁰³ y Jakobs¹⁰⁴, sosteniendo un paralelismo con el instituto de la autoría mediata, es objeto de críticas por parte de Hruschka, según venimos exponiendo. Para Jakobs el autor en su carácter de autor mediato, se auto coloca en situación de inimputabilidad, convirtiéndose a sí mismo en instrumento, para cometer un hecho típico y antijurídico conocido con antelación o cognoscible.

En esta tarea, Hruschka plantea que tales autores no mantienen sus afirmaciones, aludiendo al hecho que a partir de las diferencias que sostienen entre los casos de auto intoxicación y aquellos en que el autor se pone en situación de necesidad, cuando el embriagado o en estado de necesidad perpetra un ilícito, concluyen que tales diferencias explican que el embriagado sea su propio autor mediato y en la alternativa del que comete el delito en estado de necesidad provocado no lo sea. Y enseguida, tales autores alegan que los casos de estado necesidad están expresamente resueltos en la legislación alemana con la cláusula de provocación del peligro, siguiendo en tal caso el modelo de la excepción. Hruschka aduce que esa diferencia tan grande que existiría entre los casos aludidos no borra el hecho que ambas situaciones son iguales frente a los criterios de autoría mediata. Entonces señala que si es correcto decir que hay autoría mediata cuando hay un verdadero hombre de detrás que embriaga a otro o que crea una situación de necesidad para impulsar a otro a cometer un delito, también hay que aceptar la misma conclusión cuando el hombre de detrás y el de delante son una misma persona y no acudir a la solución de la excepción legal en el caso del sujeto que ha provocado el estado de necesidad, porque razonar de otro modo hace que decaiga la tesis del paralelismo con la autoría mediata.

También el citado autor indica que la tesis del paralelismo hace una diferenciación de tratamiento donde la autoría mediata no lo admite y elimina diferencias que no deben suprimirse de seguirse esos criterios, explicando al respecto que en el caso de delitos de mera actividad como prestar declaración en falso, el legislador no admite la autoría mediata porque a lo más el sujeto pone una condición para la acción, pero

¹⁰³ HIRSCH, Hans- Joachim, op. cit., pp. 173-191.

¹⁰⁴ JAKOBS, G. *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª edición. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1997. p. 611.

jamás podría ser condenado como autor mediato y ello porque un verdadero hombre de detrás nunca inicia la acción ejecutiva que es realizada inmediatamente por el hombre de delante. Justamente en este caso, la tesis del paralelismo señala que el autor que ingiere un psicofármaco para declarar en falso ante el tribunal, sería su propio autor mediato. Hruschka dice que suponiendo nuevamente que la tesis del paralelismo es correcta, el criterio debe ser el mismo para el caso del cuasi hombre de detrás en la a.l.i.c, el agente sólo podría ser condenado por tomar el psicofármaco, pero no por declarar en falso.

Arguye Hruschka que la legislación alemana ha previsto una solución para la laguna de punibilidad que se provoca en el caso específico de la declaración en falso que sólo rige para el auténtico hombre de atrás, y no podría en su opinión aplicarse para el cuasi hombre de detrás sin vulnerar el principio de legalidad o “*nullum crimen sine lege*”. Entonces Hirsch, según Hruschka, trata de impedir las lagunas de punibilidad apreciando un cuasi autoría mediata donde no puede existir.

Tampoco resulta consistente para Hruschka la tesis del paralelismo, porque explica que para ser consecuente con esa postura si se considera que en el caso del sujeto que se embriaga para cometer un delito de homicidio, la tentativa se inicia con la embriaguez, de manera de sancionar la *actio praecedens* y como consecuencia de ello, el desistimiento del hombre de delante no se transfiere al hombre de detrás, no puede luego afirmarse que el desistimiento del hombre de delante favorece al cuasi hombre de detrás, utilizando como argumento que se trata de la misma persona, ello toda vez que en esta tesis precisamente se parte de la idea de la división del autor del delito en cuasi hombre de delante y cuasi hombre de detrás.

Por otro lado, Jakobs¹⁰⁵ en Alemania y en Chile, autores como Cury¹⁰⁶ y Garrido Montt, sostienen que la a.l.i.c tiene una estructura de responsabilidad similar a la autoría mediata, por la que el sujeto se utiliza a sí mismo como instrumento para cometer un ilícito, fundamentación que parece no ajustarse a nuestro sistema legal,

¹⁰⁵ Ibid, p. 611.

¹⁰⁶ CURY URZUA, E, op. cit., p. 413.

toda vez que conforme al artículo 15 N° 2 del Código Penal, se considera autores a “los que fuerzan o inducen a otro directamente para ejecutarlo”.

Es decir, se necesita un otro, de manera que la falta de responsabilidad del sujeto que realiza la acción típica en estado de inimputabilidad pueda trasladarse al hombre de atrás, lo que en el caso de la a.l.i.c no es posible porque es la misma persona que siendo imputable provoca su inimputabilidad y después ejecuta la conducta.

Mañalich¹⁰⁷ en Chile, siguiendo a Hruschka, entiende por “imputación extraordinaria”, toda imputación que se funda en la responsabilidad de una persona por su propio defecto de responsabilidad. Y opina que equiparar las estructuras de responsabilidad de la autoría mediata y de la a.l.i.c es errado, puesto que esa tesis supone que en la a.l.i.c el autor aparece como “su” propio instrumento para ejecutar el tipo penal, por lo que “el déficit de responsabilidad jurídico–penal del hombre de adelante no se transmite en modo alguno al hombre de atrás”. En esta equiparación de estructuras de responsabilidad, el déficit de responsabilidad penal del hombre de adelante nada dice acerca de la responsabilidad del hombre de atrás. En tanto, en la a.l.i.c, como forma de imputación extraordinaria “se trata precisamente de la responsabilidad de autor por su propio déficit de responsabilidad.”

¹⁰⁷ MAÑALICH, Juan Pablo. La estructura de la autoría mediata. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XXXIV (N° 34): 385-414, 1er semestre de 2010.

8. EL MODELO QUE MEJOR EXPLICA DOGMÁTICAMENTE LA ACTIO LIBERA IN CAUSA EN NUESTRO PAÍS. ARTÍCULO 10.1 SEGUNDA PARTE DEL CÓDIGO PENAL.

En el artículo 10.1 segunda parte del Código Penal, como antes se expuso, la doctrina nacional¹⁰⁸ entiende que se encuentra la decisión fundamental respecto al problema de la responsabilidad penal en los delitos perpetrados en estado de intoxicación.

Recordemos que tal disposición exime de responsabilidad "...al que, por cualquier *causa independiente* de su voluntad se halla privado totalmente de razón".

Para explicar la sanción de la a.i.c, el modelo de la excepción, patrocinado por Hruschka, resulta más idóneo, atendida la formulación legal chilena, toda vez que, la causa de la inimputabilidad que excluiría eventualmente la culpabilidad del agente, constituye el fundamento para efectuar el reproche.

Es decir, se trata de una imputación extraordinaria que se efectúa al agente del ilícito, precisamente por su falta de responsabilidad.

Esta conclusión se condice con los términos en que está redactado el precepto, cuya historia legislativa conforme se expuso en el capítulo respectivo, indica que se pretendió excluir la embriaguez como excusa. Dejamos de lado, por ahora, las críticas a esta formulación, que refleja un tratamiento en extremo severo, que sólo fue aminorado por la jurisprudencia en la medida que a los alcohólicos crónicos y con delirium tremens se les aplicó la eximente de locura o demencia, por tratarse de personas enfermas que tienen afectados sus procesos cognitivos y volitivos, no dependiendo de su voluntad beber alcohol o dejar de hacerlo.

Que tal elección, implica la aceptación de un modelo que sigue en sus postulados el origen histórico de la figura jurídica a.i.c, toda vez que la *actio libera* viene a ser la ejecutada en estado de inimputabilidad, puesto que sólo dicha acción puede calificarse, usando los términos de Hruschka, de *no libera in se*, pero *libera in causa*.

¹⁰⁸ HERNANDEZ BASUALTO, Héctor, op. cit., pp. 11-45.

En la doctrina nacional, Bullemore y Mackinnon¹⁰⁹, al tratar el tema de la a.l.i.c., señalan que en Chile, al igual que en España (artículo 20 N° s 1 y 2), Colombia (artículo 33 inciso 2°) y Bolivia (artículo 19), la excepción se encuentra expresamente consagrada, empleando como argumento el propio texto literal del artículo 10.1 en su segunda parte del Código Penal, que exige la “causa independiente de su voluntad”, agregando que la mayor crítica a esta posición es la vulneración del principio de culpabilidad que posee rango constitucional y, en consecuencia, superior a la interpretación en contrario del texto legal.

Bustos¹¹⁰ observa que en el artículo 20.1 párrafo segundo del Código Penal español de 1995, se ha dado cabida a la a.l.i.c. Destaca que la a.l.i.c. en ese país se encuentra sancionada legalmente, a diferencia de lo que acontece en Alemania.

A la hora de justificar materialmente la solución legislativa dentro de la teoría del delito, Bustos estima discutible considerar el modelo de la tipicidad, toda vez que embriagarse no puede considerarse tentativa del delito ejecutado y tampoco la figura de la autoría mediata resulta convincente, puesto que es el propio sujeto el que se auto utiliza como instrumento.

Bustos sostiene que la a.l.i.c.¹¹¹ “es una excepción real al principio de culpabilidad, fundamentada no en el derecho consuetudinario, lo que cataloga de inadmisibles, sino en el abuso del derecho.” Arguye que la invocación de la a.l.i.c. constituye un abuso del derecho, porque no se dan los fundamentos materiales de la inimputabilidad, toda vez que el mismo sujeto se ha procurado dicho estado para que no pueda exigírsele responsabilidad alguna por el delito que se proponía ejecutar.

Mir Puig¹¹², en relación al artículo 20.1 del Código Penal español, refiere que con la formulación legal se satisfacen las exigencias de la doctrina de la a.l.i.c., al incluir “en la excepción” no sólo los casos de provocación intencional, sino también los de provocación imprudente, puntualizando que cuando la provocación sea sólo

¹⁰⁹ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. *Curso de Derecho penal*. Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2007. Tomo II, pp. 256.

¹¹⁰ BUSTOS RAMIREZ, Juan, op. cit., p. 733.

¹¹¹ Ibid, p. 733.

¹¹² MIR PUIG, Santiago, op. cit. p. 579.

imprudente, no se impondrá la pena por el delito doloso cometido sino sólo la del delito imprudente, cuando esté expresamente castigado. Si bien Mir Puig, no se refiere abiertamente al fundamento de la punición de la a.l.i.c, califica la formulación legal de excepción.

Si en nuestro país se indaga el fundamento para la punición de la a.l.i.c en el modelo de la excepción, no se da el problema existente en Alemania, que es un sistema no contemplado en la ley, en el que además se encuentra establecido legalmente¹¹³ el principio de coincidencia en el § 20 del Código Penal alemán, al exigir capacidad de culpabilidad en el momento de la comisión del hecho, lo que ha motivado a la Sala 4ª de lo penal del BGH, a señalar que de *lege lata* no cabe sostener tal construcción, pues implicaría una vulneración clara del principio *Nullum crimen sine lege*. Que, por lo demás, en Alemania la circunstancia de no encontrarse regulada la a.l.i.c legalmente, ha significado en un afán de fundamentación de su sanción, acudir al derecho consuetudinario, pero a costa del autor, lo que es evidentemente ilícito.

Un argumento de importancia para sostener que dogmáticamente en nuestro sistema penal, el modelo que mejor fundamenta la a.l.i.c. es el de la excepción, es el hecho que la doctrina de la a.l.i.c. constituye una forma de imputación extraordinaria que se realiza al actor por el hecho antijurídico perpetrado en estado de inculpabilidad, considerando su propio déficit de responsabilidad.

Este modelo de la excepción al principio de coincidencia, se encuentra sólidamente justificado en la dogmática penal por Hruschka, como se expuso en el capítulo respectivo, quien distingue entre la infracción de deberes jurídicos y de obligaciones subyacentes a éstos, que posibilitan, en un análisis posterior, una imputación de carácter extraordinario.

Y esto es así porque el sistema normativo penal contiene deberes de no actuar (prohibiciones) y deberes de actuar (mandatos), además de obligaciones, las cuales se deducen de esos deberes y vienen a imponer o a prohibir la realización de ciertas acciones (que pueden catalogarse de mandatos o prohibiciones secundarias), no

¹¹³HIRSCH, Hans- Joachim, op. cit., pp. 173-191.

dirigidas a la realización o evitación de la conducta descrita en la norma, sino a hacer posible la imputación por la infracción del deber consistente en la realización o evitación de esa conducta debida. En otros términos, en el análisis que realiza el Juez con posterioridad al hecho prohibido, constata que concurre una causa de exención de responsabilidad criminal, pero mediante las reglas de imputación extraordinaria, resuelve el castigo del agente, pues éste no estuvo en condiciones de evitar el resultado al que conducía su acción o de ejecutar la acción prescrita, toda vez que la incapacidad que ostenta es posible atribuirla a su responsabilidad. El fundamento de ello se encuentra en la acción de provocación de ese estado defectuoso, pues incumplió una obligación, la de no ponerse en un estado de inimputabilidad, existiendo el peligro de perpetrar en esa situación un hecho típico y antijurídico. La lesión de esa obligación opera como un subrogado de la exigencia de culpabilidad en el momento del hecho, determinándose la culpabilidad del autor.

Para la aceptación del modelo de la excepción, no se considera si se contempla la excepción al principio de coincidencia en la legislación para la atribución de responsabilidad penal, lo relevante para decidirse por esta explicación científica es que en el caso en estudio nos encontremos frente a una relación de regla- excepción, como la descrita por Hruschka¹¹⁴ y desarrollada en este trabajo.

¹¹⁴ HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y Derecho Penal, op. cit.*, pp. 158-168.

CONCLUSIONES.

La temática planteada en la Actividad Formativa equivalente a Tesis resultó de gran complejidad. Se trata de supuestos en los que el sujeto auto provoca su propia inimputabilidad para delinquir en tal estado, lo que generalmente ocurrirá en los casos de intoxicación alcohólica.

Nuestro legislador de 1874 efectuó una elección de tipo político criminal, decidiendo anular la eficacia de la eximente en tales casos y afirmar la responsabilidad criminal del agente.

La tarea que se enfrentaba era cómo fundamentar dogmáticamente la responsabilidad penal de ese sujeto que en la fase de ejecución del ilícito no se encuentra en condiciones síquicas de normalidad, sea porque sufre un trastorno mental transitorio o porque se encuentra en un estado de intoxicación plena producto de la ingesta de alcohol o drogas. Es la constatación de un problema jurídico penal que debe ser analizado para encontrar una respuesta.

La gran interrogante que se planteó es ¿por qué es culpable un sujeto que se encuentra en tales condiciones de no poder motivarse por la norma penal?

Se presentaron las dos grandes soluciones que ofrece la doctrina, optando por el modelo de la excepción o de la imputación extraordinaria, cuyo exponente principal es Hruschka, descartando, en consecuencia, el modelo de la tipicidad o de la imputación ordinaria defendido por Roxin.

Creemos que se logró el objetivo planteado.

No obstante que la doctrina mayoritaria es partidaria del modelo de la tipicidad o también llamado del injusto típico, el cual considera que la acción provocadora de la inimputabilidad es la que reúne las exigencias de ser una acción típica, antijurídica y culpable, aplicando las reglas generales de la imputación. De esa forma respeta el principio de coincidencia que exige que injusto típico y culpabilidad concurren al mismo tiempo y también el principio de culpabilidad. Pero dicho modelo presenta

problemas porque considera actos ejecutivos los que son meramente preparatorios, por lo tanto impunes. Independiente de la teoría que se adopte para explicar cuando comienza la tentativa, lo cierto es que en la acción provocadora, mejor dicho, en el acto de embriagarse o drogarse, no hay peligro para el bien jurídico protegido por la norma penal. Tampoco es posible explicar en los casos de a.l.i.c. dolosa la relación de causalidad entre el hecho de embriagarse y el delito cometido. También se estima que la tesis de equiparar la a.l.i.c. con la autoría mediata implica en nuestro país vulnerar el principio de identidad, pues la norma del artículo 15N ° 2 del Código Punitivo exige la concurrencia de dos personas: el autor mediato y el instrumento, tampoco se logra con tal equiparación explicar precisamente la respuesta que buscamos ¿por qué en tal caso responde el instrumento? ¿Qué pasa con la responsabilidad del autor mediato? Al tratarse de una misma persona no es posible explicar esa atribución de culpabilidad.

Se consideró más coherente con la norma del artículo 10.1 segunda parte del Código Penal, el modelo de la excepción, según se explicitó en el capítulo precedente, como fundamento de la decisión legislativa de que en caso que el estado de trastorno mental transitorio o intoxicación obedezca a una causa dependiente de la voluntad del agente, no queda excluida la responsabilidad penal.

Se comparte la opinión de Alcácer Guirao¹¹⁵ a propósito de la legislación española, en cuanto a que el legislador no plantea con esta formulación la problemática del momento en que se considera cometido el delito ni la del tiempo de la inimputabilidad, sólo quiere establecer reglas para determinar en la práctica en qué casos se es responsable criminalmente de una infracción penal y en cuáles no. Y el fundamento de esa responsabilidad criminal, de quien perpetra un delito en tales condiciones, es un trabajo de la doctrina, como lo pretendido modestamente en este trabajo.

Ahora bien, a la luz del principio de culpabilidad como garantía, concordamos con la interpretación de Garrido Montt en cuanto a que la norma del artículo 10.1 del Código Punitivo excluye sólo la inimputabilidad del que provoca su estado defectuoso en forma pre ordenada. Como dice el mencionado autor, alude exclusivamente a la a.l.i.c. Sólo

¹¹⁵ ALCACER GUIRAO, *La actio libera in causa dolosa e imprudente*, op. cit., p.100.

se restará eficacia a la eximente de quien forja culpablemente su propia inimputabilidad para en dicho estado perpetrar una acción típica y antijurídica.

La doctrina de la a.l.i.c., es la que ofrece solución para estos casos cuya necesidad de pena nadie pone en duda y su soporte jurídico se encontraría principalmente en la sólida argumentación de Hruschka, en el paralelismo existente entre la actio non libera in se pero libera in causa con la actio libera in se. Se trata, entonces, de una imputación extraordinaria, que corresponderá hacerla al Juez, en un ámbito normativo y no simplemente natural, con un criterio de tipo causal.

BIBLIOGRAFIA.

1. ALCACER GUIRAO, R. La actio libera in causa dolosa e imprudente. La estructura temporal de la responsabilidad penal. Barcelona, Winihard Grafics. 2004.a.
2. ALCACER GUIRAO, R. La actio libera in causa. Tres contribuciones recientes. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2. Época, N° 13. 2004 b.
3. ALONSO ALAMO, M. La acción <Libera in causa> [en línea]
<http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/alonso%20alamo.pdf>
[consulta: 08 octubre 2013]
4. BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John. Curso de Derecho penal. Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2007. Tomo II.
5. BUSTOS RAMIREZ, J. Obras Completas. Tomo I. Derecho Penal. Parte General. 2ª Ed. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007.
6. CILLERO, Miguel. De las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal. En: Código Penal Comentado. Parte General. Doctrina y Jurisprudencia. Santiago, Legal Publishing Chile. 2011.
7. CURY URZUA, E. Derecho Penal. Parte General. Ediciones Universidad Católica de Chile. 8ª ed. 2005.
8. DEMETRIO CRESPO, E. Acerca de la actio Libera in causa. Portal. Uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/IH%20barbero.pdf. <http://www.google.cl/>[consulta 4 julio 2011]
9. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J L. Imputabilidad y Nuevo Código Penal. En: Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López. Comares. Granada., 1999.
10. DIAZ PITA, M. Actio libera in causa, Culpabilidad y Estado de Derecho. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2002.
11. ETCHEBERRY, A. El Derecho Penal en la Jurisprudencia. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 1ª ed.
12. GARRIDO MONTT, M. Derecho Penal. Parte General. Ediciones Universidad Católica de Chile. 2005.

13. HERNANDEZ BASUALTO, H. El régimen de la autointoxicación plena en el derecho penal chileno: Deuda con el principio de culpabilidad. Revista de Estudios de la Justicia. (Nº9) 11, 2007.
14. HIRSCH, H. Acerca de la actio libera in causa. En su: Derecho Penal. Obras completas. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999. Tomo I, pp. 173-191.
15. HRUSCHKA, J. La Imputación Ordinaria y Extraordinaria en Pufendorf. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2, época, (Nº 12): 213-252p.
16. HRUSCHKA J. Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la Teoría de la Imputación. The Global Law Collection. Legal Studies Series.27-39.p
17. HORMAZABAL MALARÉE, H. La doctrina de la actio Liberae in causa y su Incorporación al Derecho Español. En: DIEZ R., J.L., ROMEO C., C.M., GRACIA M., L. y HIGUERA G., J.F.
18. JAKOBS, G. Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. 2ª Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas. Madrid, 1997,
19. JESCHECK HEINRICH, H. Tratado de Derecho Penal. Parte General. 5ª Ed. Granada, diciembre 2002. Editorial Comares. Editores S.R.L.
20. JOSHI JUBERT, U. Actio Libera in Causa y Delitos Cometidos Bajo la Influencia de las Drogas: Una Nueva Orientación en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.
21. LABATUT GLENA, G. Derecho Penal. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Novena Ed. Marzo 2007
22. MAURACH, R. Derecho Penal. Parte General. Traducción 7ª edición alemana. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, 1994
23. MAÑALICH, Juan Pablo. La estructura de la autoría mediata. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXIV (Nº 34): 385-414, 1er semestre de 2010.
24. MAURACH, R. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Teoría General del derecho Penal y estructura del hecho punible. Traducción de la 7ª edición alemana. Buenos Aires. Editorial Astrea, 1994. 622p.
25. MIR PUIG, S. Derecho Penal. Parte General. 7ª edición. Montevideo Editorial IB de F, 2005.

26. MUÑAGORRI LAGUIA, I. Sobre la presencia de la actio libera in causa en el artículo 8.1 del Código Penal. En: Estudios dedicados a la memoria del Profesor L. M. Diez de Salazar Fernández. Bilbao. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 1992
27. NAQUIRA RIVEROS, J. Derecho Penal. Teoría del delito I. Santiago McGraw-Hill/Interamericana de Chile Ltda. 1998a.
28. NAQUIRA, RIVEROS, J. Artículo 10 N° 1°. En su: Texto y Comentario del Código Penal Chileno. 1a Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003b.
29. NOVOA MONREAL, E. Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 3ª Ed. 2009. COUSIÑO MAC IVER, Luis. Derecho Penal Chileno. Tomo I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1ª Edición.1975.
30. POLITOFF L., Sergio, MATUS A., Jean Pierre, RAMIREZ G., María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno.1º Ed. 2004
31. PRAMBS JULIAN, Claudio. El Tipo de Culpabilidad en el Código Penal Chileno. Santiago, Ediciones Metropolitana, 2005.
32. ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. 2ª ed. España. Civitas Ediciones.2006 ,1999a.
33. ROXIN Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. 2ª ed. Navarra. Rodona Industria Gráfica, 2007b.
34. SEMINARIO DE LA UNIVERSITAT POMPEU FABRA (1998, Barcelona). Sobre el Estado de la Teoría del Delito por Claus Roxin “et Al”. Madrid, Copyright Civitas Ediciones, S.L., 2000.