

**Informe**  
**Inimputabilidad. Actio libera in causa**  
**Antecedentes y propuesta de regulación para un nuevo Código Penal**

Jaime Couso

**PROPUESTA DE ARTICULADO**

*Nota explicativa:*

La propuesta se formula en dos versiones virtualmente equivalentes en lo sustantivo, pero con diversa técnica, según si la estructura de la Parte General del futuro proyecto de nuevo Código Penal, partiendo de la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, la expresa en una regulación separada de las hipótesis de inimputabilidad (*Primera variante*), o si acaso, con o sin reconocer dicha distinción, sigue tratando de manera unificada las eximentes de responsabilidad criminal (*Segunda variante*).

*Ubicación sistemática*

La propuesta está concebida para ser incluida en dos partes de un nuevo Código Penal. En el Libro I, destinado a la Parte General, dentro de un título que regule los presupuestos de la punibilidad, se propone tres preceptos, cuya formulación como artículos independientes o numerales de uno o más de ellos, depende de la estructura general dada por la Comisión a dicho título. En el Libro II, destinado a la Parte Especial (o a los crímenes y simples delitos, como en el Código vigente), se propone un precepto, que tipifica un delito de peligro abstracto.

Primera Variante:

LIBRO PRIMERO

TÍTULO I

*§ ... Presupuestos de la punibilidad*

**Art. A.-** El menor de catorce años es penalmente inimputable.

El adolescente mayor de catorce años cumplidos y menor de dieciocho no tiene responsabilidad criminal con arreglo a este Código, y su responsabilidad penal especial se regirá por lo dispuesto en la ley que regula la responsabilidad penal de los adolescentes.

**Art. B.-** Actúa sin culpabilidad el que, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica [, permanente o transitoria], al tiempo de incurrir en la acción u omisión que se le imputa

haya sido incapaz de comprender la ilicitud de su conducta o de controlarla a fin de adecuarse a las exigencias del derecho.

**Art. C.-** Cuando una anomalía o alteración psíquica disminuya [de forma permanente o transitoria] la capacidad del agente para comprender la ilicitud de su conducta, o de controlarla a fin de adecuarse a las exigencias del derecho, sin excluirlas, se aplicará la pena inferior en uno, dos o tres grados a la que correspondería sin esa circunstancia, según la intensidad de este efecto.

**Nota:** la apostilla “de forma permanente o transitoria”, estrictamente no necesaria, podría sin embargo incluirse si existe algún riesgo de que la expresión “anomalía o alteración psíquica” se interpretase de forma restrictiva, alcanzando sólo a las de carácter permanente, bajo la suposición de que sustituye a la actual referencia a la “locura o demencia”.

## LIBRO SEGUNDO

### TÍTULO ...

§ ...

**Art. Y.-** El que, en un estado de intoxicación por ingesta de alcohol o de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, cometiere un hecho típico y antijurídico constitutivo de crimen por el cual no pueda ser castigado debido a su falta de culpabilidad, será sancionado con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo si la ingesta fue voluntaria y en circunstancias que objetivamente hacían probable que cometería el hecho.

Si el hecho típico y antijurídico cometido bajo las circunstancias indicadas en el inciso anterior es un simple delito la pena será de prisión en cualquiera de sus grados o multa de [...].

**Art. Z.-** Lo dispuesto en el artículo anterior no tendrá lugar cuando, de conformidad con las reglas generales, sea posible sancionar directamente el crimen o simple delito cometido por quien ha provocado su estado de intoxicación con el propósito de cometerlo.

### Segunda variante

## LIBRO PRIMERO

### TÍTULO I

§ ... *De las circunstancias que eximen de responsabilidad penal*

**Art. A.-** Los menores de catorce años están exentos de responsabilidad criminal. La responsabilidad del adolescente mayor de catorce años cumplidos y menor de dieciocho se regirá por lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal de los adolescentes.

**Art. B.-** Están exentos de responsabilidad penal, por sus acciones u omisiones:

1º. El que a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica [, permanente o transitoria], al tiempo de incurrir en la acción u omisión que se le imputa haya sido incapaz de comprender la ilicitud de su conducta o de controlarla a fin de adecuarse a las exigencias del derecho.

**Art. C.- Art. 7º.** Son circunstancias atenuantes:

1ª. Las expresadas en el artículo anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos o, tratándose de aquéllas que no contemplan requisitos enumerados, existiendo las causas que las fundamentarían, éstas no sean de suficiente entidad para eximir de responsabilidad. El efecto de esta circunstancia se regula por lo dispuesto en el artículo ...

Fundamentación particular:

Los mismos de la *primera variante*, modificándose la formulación, de forma más cercana a la del ACP 2005, en sus Arts. 6º y 7º (éste, también en relación con el Art. 46, para la atenuantes de eximente incompleta).

## LIBRO SEGUNDO

### TÍTULO ...

§ ...

**Art. Y.-** El que, en un estado de intoxicación por ingesta de alcohol o de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, cometiere un crimen por el cual se encontrase exento de responsabilidad criminal a causa una anomalía o alteración psíquica transitoria, será sancionado con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo si la ingesta fue voluntaria y en circunstancias que objetivamente hacían probable que cometería el hecho. Si el hecho cometido bajo las circunstancias indicadas en el inciso anterior, es un simple delito, la pena será de prisión en cualquiera de sus grados o multa de [...].

**Art. Z.-** Lo dispuesto en el artículo anterior no tendrá lugar cuando, de conformidad con las reglas generales, sea posible sancionar directamente el crimen o simple delito cometido por quien ha provocado su estado de intoxicación con el propósito de cometerlo.

## FUNDAMENTACIÓN GENERAL

(i) *Institución o grupo de normas que constituye el objeto de la propuesta*

La propuesta se refiere a una nueva regulación legal de la exención de responsabilidad criminal por inimputabilidad, en general, y de la así llamada *actio libera in causa*, en particular, teniendo en cuenta los “nudos de discusión” planteados en Chile.

*(ii) Disposiciones legales chilenas correlativas a las normas que se propone adoptar como parte del anteproyecto*

Las normas chilenas directamente relacionadas con la propuesta son el Art. 10, numerales 1° y 2° del CP. Indirectamente se relaciona con ella también La Ley N° 20.084, sobre Responsabilidad Penal de los Adolescentes.

Indirectamente también está afectado el Art. 196 E de la Ley del Tránsito, N° 18.290.

*(iii) Fuentes de derecho comparado examinadas con ocasión de la elaboración de la propuesta*

Se tuvo en cuenta, en particular:

- Estatuto de Roma: Arts. 31a (irresponsabilidad penal por enfermedad o anomalía mental) y 31 b (*actio libera in causa*)
- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: Art. 40.3 a (edad bajo la cual se presumirá incapacidad para infringir las leyes penales)
- CP alemán: §§ 19 (inimputabilidad de los niños), 20 (inimputabilidad por patologías síquicas, perturbación de la conciencia y debilidad mental), 21 (imputabilidad disminuida) y 323a (intoxicación plena)
- CP suizo: Art. 19.1 del CP (inimputabilidad) y 263 (comisión de un hecho en inimputabilidad provocada culpablemente por el propio autor).
- CP español: arts. 19 (responsabilidad de los menores de 18 y mayores de 14 años) y 20, n° 1° (exención de responsabilidad penal por anomalía o alteración psíquica y *actio libera in causa*)
- Código Penal Modelo de los Estados Unidos: § 2.08(5) (a) (intoxicación autoinducida) y § 401 (defensa de *insanity*)
- Leyes federales de los Estados Unidos: 18 U.S.C. § 17 (defensa de *insanity*)

Además, se tuvo en cuenta la regulación propuesta por el ACP 2005: Arts. 6° (exención de responsabilidad penal por inimputabilidad, trastorno mental transitorio y *actio libera in causa*), 7°, circ.1ª y 46 (atenuante de eximente incompleta con efecto especial).

*(iv) Caracterización general de la propuesta, semejanzas y diferencias básicas con la legislación chilena vigente, principios generales y fuentes de derecho comparado utilizadas.*

El fundamento general de la propuesta se encuentra en el propósito de aplicar de modo más consecuente el principio de culpabilidad. Los detalles se explican más abajo.

La propuesta innova en varias materias en comparación con la legislación chilena vigente:

1° La exención de responsabilidad penal por locura o demencia se sustituye por una declaración de inculpabilidad (o exención de responsabilidad penal) por cualquier anomalía o alteración psíquica que tenga como consecuencia la privación de la capacidad de comprensión y de autocontrol, definición más amplia, que abarca también a las alteraciones transitorias, eliminándose la referencia a los “intervalos lúcidos” y la excepción existente contemplada para el caso de trastornos debidos a causas “dependientes de la voluntad del autor”, regulándose “el problema” de la *actio libera in causa* por medio de dos disposiciones especiales.

3° Se reconoce expresamente la imputabilidad disminuida (si bien en una variante queda diluida dentro de la regulación de la atenuante de eximente incompleta, con similar efecto)

4° Se tipifica el delito de peligro de intoxicación plena

5° Se hace referencia expresa a la posibilidad de castigar los delitos ejecutados bajo intoxicación, de conformidad con el “modelo de la tipicidad”, sin prejuzgar sobre sus condiciones de aplicación.

### Fundamentos generales

Como se anticipó, la propuesta se funda en el propósito de lograr una aplicación consistente del principio de culpabilidad, a partir de un concepto de culpabilidad de raíz valorativa o normativa, que sólo predica la cualidad de culpable respecto del autor de un injusto típico en quien no se aprecian condiciones que le hayan impedido comprender la ilicitud de su conducta o ejercer control sobre la misma a fin de adecuarse a las exigencias del derecho. La importancia de este principio para la reconstrucción dogmática de la regulación vigente en materia de inimputabilidad y, en ciertas materias, para la ineludible reforma legal, está ampliamente extendida en la doctrina, por ejemplo, en relación con la adopción de un *modelo mixto* en materia de causas de inimputabilidad, que ponga un acento

en el efecto<sup>1</sup>, o en relación con el problema de la autointoxicación y de la *actio libera in causa*<sup>2</sup>.

En relación con las fuentes de derecho comparado tenidas en cuenta, la propuesta se acerca en buena medida a la regulación del CP alemán, tanto en lo que atañe la formulación mixta del régimen de inimputabilidad, distinguiendo entre la que tiene su origen en inmadurez o minoría de edad (cuya redacción es además consistente con la exigencia de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de que se fije una edad bajo la cual se presumirá incapacidad para infringir las leyes penales), y la debida a anomalías o alteraciones psíquicas (si bien, en este caso, con términos tomados del CP español, para la alusión a las causas, y del Estatuto de Roma, para la alusión a los efectos), como en relación con la eliminación de un régimen de excepción para el trastorno mental transitorio y con la tipificación de un delito de intoxicación plena (en este caso, teniendo en cuenta también la regulación del CP suizo).

La regulación del Estatuto de Roma se tuvo a la vista, dado que Chile se hizo parte en el mismo, y que en alguna medida esta norma expresa un compromiso entre distintas tradiciones jurídicas, que podría influir en la discusión chilena. En el Estatuto también se aprecia la acogida de un modelo *mixto* de regulación de las causas de inimputabilidad, con flexibilidad suficiente para acoger diversas causas del efecto de privación de la capacidad de comprender y de autodeterminarse (o de *autocontrolarse*, más precisamente). En materia de autointoxicación, en cambio, si bien la regulación eleva claramente los estándares frente a la vigente en Chile (e incluso, ligeramente, frente a la propuesta por el Anteproyecto del 2005), no aplica consecuentemente el principio de culpabilidad, recogiendo una versión moderada del *modelo de la excepción* en relación con la *actio libera in causa*<sup>3</sup>. Aún así, tenerla a la vista en la discusión legislativa es relevante para señalar el abismo que separa a nuestra legislación actual de un modelo de regulación que es considerado el mínimo necesario de reconocimiento al principio de culpabilidad, en una solución de compromiso.

Finalmente también se tuvo a la vista la regulación del Código Penal Modelo (CPM) y de la legislación federal de los EEUU, un país cuya legislación que se encuentra fuera del *compromiso* expresado por el Estatuto de Roma, con estándares que se ubican por debajo de él. El primero (el CPM) regula de forma similar con el Estatuto de Roma la defensa de *insanity*, con expresa referencia a la relevancia del efecto de privación, no sólo de la capacidad de comprender, sino también de la de autodeterminarse. La legislación federal en cambio (desde la modificación introducida tras el atentado a Ronald Reagan por

---

<sup>1</sup> V., en relación con la importancia de una regulación flexible de la inimputabilidad que, sin perjuicio de referirse de modo genérico a ciertas causas, permita a los tribunales declararla cada vez que se presente el efecto de incapacidad de comprender o de autodeterminarse, v. MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, 6ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 375-376; coincidiendo en el fondo, al reconstruir la regulación chilena de conformidad con el *modelo mixto*, CURY, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, 8ª ed., Santiago, Ediciones Universidad Católica, 2005, p. 411; y GARRIDO MONTT, *Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009, pp. 281-282.

<sup>2</sup> V., por todos, fundamental, HERNÁNDEZ, Héctor, “El régimen de autointoxicación plena en el Derecho Penal Chileno”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 9, Año 2007, pp. 11-45. Sobre la discusión en Alemania, que ha sido muy tenida en cuenta en esta propuesta, v., una visión sintética, pero al día, en MURMANN, Uwe, *Grundkurs Strafrecht*, München, Beck, 2011, § 26 nm 10-41

<sup>3</sup> AMBOS, Kai, *Internationales Strafrecht*, 3ª ed., München, Beck., 2011, pp. 195-196.

un sujeto con sus facultades síquicas alteradas), actualmente sólo concede relevancia a la incapacidad para comprender (volviendo a la doctrina más que centenaria del test *M’Naghten*)<sup>4</sup>, alejándose de una consideración consistente del principio de culpabilidad. En materia de autointoxicación, el CPM es más restrictivo que en su regulación general de la inimputabilidad, pues sólo admite la defensa cuando el estado de intoxicación impide la configuración de ciertos elementos subjetivos especiales que exigidos por la estructura típica de determinados crímenes<sup>5</sup> (algo que, en todo caso, la legislación chilena vigente no admite con claridad).

### FUNDAMENTACIÓN PARTICULAR

d) La fundamentación particular debe indicar, para cada unidad normativa de la propuesta hecha a la comisión –epígrafes de títulos o párrafos, artículos, incisos de artículos y números de artículos o sus incisos-, una argumentación breve. Si la propuesta coincide con la legislación chilena vigente, basta con señalarlo. Si la propuesta difiere de la legislación chilena vigente se debe señalar la razón que la justifica y en su caso la fuente de derecho comparado utilizada.

**Art. A.-** El menor de catorce años es penalmente inimputable.

El adolescente mayor de catorce años cumplidos y menor de dieciocho no tiene responsabilidad criminal con arreglo a este Código, y su responsabilidad penal especial se regirá por lo dispuesto en la ley que regula la responsabilidad penal de los adolescentes.

Las fuentes empleadas en la redacción de la propuesta son las siguientes:

- Art. 10, N° 2° CP vigente: exclusión de los menores de 18 años de la responsabilidad criminal regulada por el CP vigente y reenvío de responsabilidad penal de adolescentes a ley especial (también así, Art. 19, inc. 2° CPE: *no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código*)
- § 19 StGB alemán: 14 años como edad de inimputabilidad (también así, sin hablar de *inimputabilidad*, Art. 6°, n° 3°, ACP 2005)
- Art. 40.3 a de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (deber de fijar una edad bajo la cual se presumirá incapacidad para infringir las leyes penales)

La propuesta coincide en lo fundamental con la regulación chilena vigente. Sin embargo, a diferencia de la redacción de esta última, que exime de responsabilidad criminal a los 18 años, se ha preferido en la *primera versión* de la propuesta seguir la redacción del CP alemán, haciendo referencia al límite de catorce años y empleando el concepto de *inimputabilidad*, coincidente en lo sustancial (prescindiendo de la semántica propia de la dogmática alemana) con el de *no tener capacidad para infringir las leyes penales*, que el Art. 40.3 a de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño emplea al obligar a los Estados Parte a fijar una edad por debajo de la cual se presume que los niños carecen precisamente de dicha capacidad. Esta nueva redacción propuesta dejaría en claro,

---

<sup>4</sup> SINGER / LA FOND, *Criminal Law*, 4ª ed., Austin-Boston, etc., Wolters Kluwer, pp. 481-484.

<sup>5</sup> *Ibíd.*, pp. 503-504.

entonces, que esa presunción de derecho de inimputabilidad queda fijada a los catorce años (en lo que coincide la regulación propuesta por el ACP 2005), y no a los dieciocho años, de modo que el régimen de responsabilidad de los adolescentes, establecido por la Ley N° 20.084, corresponde a un derecho penal de *culpabilidad* (y no de *peligrosidad* ni de *necesidad educativa*)<sup>6</sup>.

Ahora bien, aun cuando la inmadurez podría excluir la capacidad de comprensión y de autodeterminación del sujeto, por encima de los catorce años, y que sería inconstitucional que la presunción de derecho de inimputabilidad por debajo de los catorce años se convierta en una presunción de derecho de imputabilidad por encima de esa edad, la propuesta no acoge la introducción de un juicio individualizado de imputabilidad dependiente de la madurez (como el antiguo juicio de *discernimiento* considerado por el CP chileno hasta el 2007, entre 16 y 18 años). Tal juicio sí es contemplado, en cambio, por la legislación alemana, en el § 3 de la Ley de Tribunales Juveniles (*Jugendgerichtsgesetz*), afectar la imputabilidad<sup>7</sup>; sin embargo, su aplicación es casi nula y, en todo caso, con consecuencias que dudosamente favorecen la posición del adolescente<sup>8</sup>. Por otra parte, en los casos en que sí podría ser necesario y justo tener en cuenta la inimputabilidad por grave inmadurez, ella perfectamente cabe dentro de un concepto amplio de *alteración o anomalía psíquica*, bajo un modelo *mixto*, tendencialmente *psicológico*, como el que se propone en la disposición siguiente, que no emplea los calificativos (perturbación mental *patológica*; *grave alteración psíquica*) que en la legislación alemana complican este recurso<sup>9</sup>.

**Art. B.-** Actúa sin culpabilidad el que, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica [, permanente o transitoria], al tiempo de incurrir en la acción u omisión que se le imputa haya sido incapaz de comprender la ilicitud de su conducta o de controlarla a fin de adecuarse a las exigencias del derecho.

Las fuentes empleadas en la redacción de la propuesta son las siguientes:

- § 20 CP alemán: declaración de *inculpabilidad* por enfermedad mental o anomalía
- Art. 19.1 CP suizo: *fórmula psicológica* de definición de la inimputabilidad
- Art. 20 CPE: *anomalía o alteración psíquica* como causa del efecto psicológico relevante para la inimputabilidad;
- Art. 31 a) Estatuto de Roma: incapacidad de comprender ilicitud de su conducta o de *controlarla a fin de adecuarse a los requerimientos del derecho*;

---

<sup>6</sup> Sobre los términos de esta discusión, v. Couso, Jaime *Fundamentos del Derecho Penal de Culpabilidad*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, pp. 465 y ss.

<sup>7</sup> La legislación suiza, si bien no contempla tal juicio en la legislación penal de menores (que se aplica a los mayores de 10 y menores de 18 años), también permite, en la práctica, por simple aplicación del precepto general sobre inimputabilidad (el § 19 del CP suizo), que sigue un modelo estrictamente *psicológico*, un juzgamiento individualizado que permita declarar la inimputabilidad del sujeto por razones de inmadurez.

<sup>8</sup> Pues permite la aplicación de medidas de contenido aflictivo, por el tribunal de protección, bajo una retórica de protección; v. ALBRECHT, Peter-Alexis, *Jugendstrafrecht*, 3ª ed., München, Beck, 2000, pp. 100-101.

<sup>9</sup> Por ello, en este contexto, ya no considero necesario o aconsejable lo que, en otra época y en otro contexto (la discusión española de los años noventa), sí me pareció recomendable: la introducción de un espacio para un juicio especial de inimputabilidad por inmadurez; v. COUSO, cit., pp. 482-483.



Para dar acogida más pena al principio de culpabilidad, la propuesta se aleja de la regulación vigente chilena, en la medida que recoge expresamente una *fórmula* mixta de regulación de la inimputabilidad, tendencialmente *psicológica*, en que, a partir de una identificación muy general de un segundo tipo de *causas* de la inimputabilidad (las fundadas en anomalías o alteraciones psíquicas, reguladas separadamente de las fundadas en la inmadurez) se centra en el *efecto* de las mismas: la incapacidad para comprender y para autocontrolarse.

Siendo este *efecto* el centro de la regulación, la enunciación de las dos causas, *anomalía* y *alteraciones psíquicas*, tomadas de la regulación española, tiene un estatus poco más que clasificatorio, y no pretende delimitar precisamente su alcance (ni siquiera frente a las *causas* del primer tipo: como se dijo, incluso podrían referirse a casos extraordinarios de inmadurez del mayor de catorce años), permitiendo extender la exclusión de la culpabilidad a una amplia gama de fenómenos que afecte las capacidades de comprender y autocontrolarse<sup>10</sup>. No se admite, por tanto, restricciones basadas en consideraciones funcionalistas o peligrosistas.<sup>11</sup> Por ello, al hacer referencia a las *causas* de la inimputabilidad (*cualquier anomalía o alteración psíquica*), se prescinde de toda calificación que aluda a su necesaria *gravedad* o *profundidad* (como las que sí emplea el § 20 del StGB), que pudieren estar dirigidas a restringir *a priori*, es decir, antes de considerar su *efecto* sobre la capacidad de comprender y autocontrolarse, el ámbito de la exclusión de culpabilidad.

En base a esta misma consideración puede entenderse la eliminación de la referencia a los intervalos lúcidos. Más allá de lo obsoleto de su fundamento psiquiátrico<sup>12</sup>, el énfasis en el *efecto* de incapacidad para comprender o autocontrolarse obliga a un examen pericial actualizado de la naturaleza y extensión temporal de la anomalía o alteración y su impacto en tales capacidades.

Por todo lo señalado, la propuesta se puede considerarse más cercana a una *fórmula psicológica*, y pretende ser prácticamente tan abarcadora como el Art. 19.1 del CP suizo<sup>13</sup>. Comparada con la regulación suiza, únicamente queda fuera de esta propuesta la incapacidad de comprender y de autocontrolarse basada en la pura inmadurez del autor. El fundamento de esta exclusión y sus consecuencias sólo relativas, en el sentido de delimitar casos de inimputabilidad por inmadurez y casos de inimputabilidad por anomalías o alteraciones psíquicas, ya han sido explicados más arriba. Pero la persistencia de la división, poco más que clasificatoria, entre unos y otros explica que se haya preferido una

---

<sup>10</sup> V. Muñoz Conde / García Arán, cit., pp. 375-376.

<sup>11</sup> Estas últimas consideraciones (peligrosistas) sólo tendrían cabida (y en ningún caso para negar la inimputabilidad) en la regulación de las medidas de seguridad para inimputables, aplicables a quienes no pueda reprocharse la realización de un injusto típico, que deberían quedar sometidas a restricciones de proporcionalidad y de justicia distributiva, en mi opinión: compensación de los costos de una medida socialmente necesaria, pero individualmente no *merecida*, y límites absolutos a su afflictividad; v. Couso, cit., pp. 446-452.

<sup>12</sup> Así, Cury, cit., p. 417.

<sup>13</sup> § 19.1: *War der Täter zur Zeit der Tat nicht fähig, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder gemäss dieser Einsicht zu handeln, so ist er nicht strafbar*

redacción que, a diferencia del CP suizo, sí alude, siquiera de forma vaga, a determinadas causas, escogiéndose, por las razones ya dichas, la española.

Ahora bien, en cuanto al *efecto* de tales causas, en lugar de la redacción suiza, se prefirió la del Art. 31 a del Estatuto de Roma<sup>14</sup>, similar a la del § 401 del CPM<sup>15</sup>, cuya referencia a la *capacidad para controlar la propia conducta a fin de no transgredir la ley*, parece hacer referencia más precisa al contenido de la norma que el autor debe estar en condiciones de seguir, que la fórmula, algo más amplia, de la *capacidad para actuar conforme a esta comprensión* [la comprensión de lo injusto del hecho], del CP alemán y del suizo, o a la que hace referencia a la *capacidad para adaptar su conducta a las exigencias del derecho*, del CPM.

**Art. C.-** Cuando una anomalía o alteración psíquica disminuya [de forma permanente o transitoria] la capacidad del agente para comprender la ilicitud de su conducta, o de controlarla a fin de adecuarse a las exigencias del derecho, sin excluirlas, se aplicará la pena inferior en uno o dos o tres grados a la que correspondería sin esa circunstancia, según la intensidad de este efecto.

**Nota:** la apostilla “de forma permanente o transitoria”, estrictamente no necesaria, podría sin embargo incluirse si existe algún riesgo de que la expresión “anomalía o alteración psíquica” se interpretase de forma restrictiva, alcanzando sólo a las de carácter permanente, bajo la suposición de que sustituye únicamente a la actual referencia a la “locura o demencia”, y no a los trastornos mentales transitorios.

Las fuentes empleadas en la redacción de la propuesta son las siguientes:

- Arts. 11, n° 1°, y 73 del CP vigente
- § 21 CP alemán: culpabilidad disminuida
- Arts. 7, circ. 1ª, y 46 del A CP 2005: atenuante de eximente incompleta con efecto especial.

La propuesta, si bien formalmente consiste en una innovación respecto del derecho vigente, que no considera expresamente la imputabilidad disminuida como una atenuante especial, coincide con el alcance que a las reglas vigentes le da parte de la doctrina (aparentemente, una opinión minoritaria) y alguna jurisprudencia, consistente en la aplicación de la atenuante de eximente incompleta, con los efectos del Art. 73 del CP<sup>16</sup>. Está tomada de la regulación alemana (con la que coincide el Art. 19.2 del CP suizo), con la

---

<sup>14</sup> Conforme al cual *no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta:*

*b) Padeciere de una enfermedad o deficiencia mental que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley.*

<sup>15</sup> A defendant is not responsible for criminal conduct where (s)he, as a result of mental disease or defect, did not possess "substantial capacity either to appreciate the criminality of his conduct or to conform his conduct to the requirements of the law."

<sup>16</sup> V. MERA, Jorge, “Comentario al Artículo 11”, en Couso/Hernández, *Código Penal Comentado*, Santiago, Abeledo Perrot-LegalPublishing, 2011, pp. 285-287.

que en lo sustancial coincidió lo propuesto por el ACP 2005. La atenuación de hasta 3 grados es la actualmente vigente, de conformidad con el Art. 73 del CP.

**Art. Y.-** El que, en un estado de intoxicación por ingesta de alcohol o de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, cometiere un crimen por el cual se encontrase exento de responsabilidad criminal a causa una anomalía o alteración psíquica transitoria, será sancionado con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo si la ingesta fue voluntaria y en circunstancias que objetivamente hacían probable que cometería el hecho. Si el hecho cometido bajo las circunstancias indicadas en el inciso anterior, es un simple delito, la pena será de prisión en cualquiera de sus grados o multa de [...].

Las fuentes empleadas en la redacción de la propuesta son las siguientes:

- § 323 a del CP alemán: delito de intoxicación plena
- Art. 263 del CP suizo: comisión de un delito en inimputabilidad provocada culpablemente por el propio autor.

La propuesta difiere de la regulación vigente que, como se dijo (*Fundamentación general*), contempla un régimen de excepción para la imputación de hechos cometidos de forma inimputable, bajo un trastorno mental transitorio, bajo el mero fundamento de que la provocación de tal estado haya sido voluntaria (intencional o descuidada), con completa independencia de si acaso en tal conducta se pueden apreciar presupuestos objetivos o subjetivos del hecho imputado. Ese régimen, como se indicó, constituye una infracción del principio de culpabilidad, reconocida ampliamente en la doctrina nacional, que prácticamente todos los comentarios han considerado necesario modificar, incluso por razones de constitucionalidad<sup>17</sup>.

Si de acoger el principio de culpabilidad se trata, la propuesta del ACP 2005 es claramente insuficiente, pues permita imputar extraordinariamente el hecho cometido en estado de intoxicación, bajo la figura de una *actio libera in causa* inspirada en el *modelo de la excepción*, sin exigir dolo, ni representación, respecto de la posibilidad de la comisión del delito en estado de intoxicación, conformándose incluso con la mera previsibilidad<sup>18</sup> (al igual que el Art. 20, n° 2°, inc. 2° del CP español). Con ello, tal propuesta se encuentra por debajo del estándar, incluso, de la solución de compromiso adoptada por el Art. 31 b del Estatuto de Roma<sup>19</sup>, que sin aplicar consecuentemente el principio de culpabilidad, recoge, con todo, una versión moderada del *modelo de la excepción* en relación con la *actio libera*

---

<sup>17</sup> Por todos, HERNÁNDEZ, cit. passim.

<sup>18</sup> **Art. 6°.** Están exentos de responsabilidad penal, por sus acciones u omisiones:

2°. El que, en forma transitoria, se halla privado totalmente de razón, siempre que dicho estado no se lo haya provocado para cometer el delito, ni su perpetración le haya sido previsible al momento de ponerse voluntariamente en dicha condición.

<sup>19</sup> Que exime de responsabilidad penal a quien, en el momento de incurrir en una conducta:

b) Estuviere en un estado de intoxicación que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley, salvo que se haya intoxicado voluntariamente a sabiendas de que, como resultado de la intoxicación, probablemente incurriría en una conducta tipificada como crimen de la competencia de la Corte, o haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriera;

*in causa*<sup>20</sup>, pues exige que, al momento de la *actio precedens*, el autor ya haya tenido dolo o, a lo menos, *una forma elevada de culpa*<sup>21</sup>, en relación con el delito que podría cometer bajo el estado defectuoso, a saber, culpa consciente, siendo insuficiente una hipótesis de *culpa simple*<sup>22</sup>.

Pero, la propuesta, lejos de acoger una solución de compromiso, ha optado, en línea con las legislaciones alemana<sup>23</sup> y suiza<sup>24</sup>, con aplicar de forma consistente el principio de culpabilidad, de la mano del *modelo de la tipicidad*, cuya aplicación precisamente no requiere una regulación de excepción, sino simplemente la aplicación de las reglas generales<sup>25</sup>.

Sin embargo, dado que ello podría generar lagunas de punibilidad en relación con hipótesis de intoxicación plena que no sean punibles bajo el modelo de la tipicidad, y cuyo merecimiento de pena se refiere a la creación de un peligro elevado de comisión de un hecho típico y antijurídico, por el cual no se podrá responder, en atención al principio de culpabilidad, la propuesta reconoce la conveniencia y justificación de incluir un tipo penal sobre intoxicación plena, siguiendo también el modelo de las legislaciones alemana y suiza. En tal tipo, la comisión del hecho típico y antijurídico, en estado de intoxicación, es una condición objetiva de punibilidad.

Con todo, el peligro de que tras esta tipificación se oculte, realmente, una nueva expresión del *modelo de la excepción* (si bien, con pena apenas algo atenuada), en la medida que se prescinde de exigencias de peligrosidad objetiva –presentes al momento de la intoxicación– de comisión del hecho típico y antijurídico, hace necesario introducir correctivos que la propia doctrina alemana ha señalado como necesarios, en el plano de la interpretación, que permitan reconstruir el hecho como un delito de peligro concreto<sup>26</sup>. Sin embargo, dado que la fórmula habitual de la *previsibilidad* conduce a una aplicación mecánica, pues se convierte apenas en un problema de presentación en la retórica de la

---

<sup>20</sup> AMBOS, Kai, *Internationales Strafrecht*, 3ª ed., München, Beck., 2011, pp. 195-196.

<sup>21</sup> WERLE, Gerhard (2012), *Völkerstrafrecht*, 3ª edición, Tübingen, Mohr Siebeck, nm 655 („[...] eine gesteigerte Form der Fahrlässigkeit im Hinblick auf die Begehung des Völkerrechtsverbrechens“).

<sup>22</sup> *Ibíd.*

<sup>23</sup> § 323a *Vollrausch*

(1) *Wer sich vorsätzlich oder fahrlässig durch alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel in einen Rausch versetzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn er in diesem Zustand eine rechtswidrige Tat begeht und ihretwegen nicht bestraft werden kann, weil er infolge des Rausches schuldunfähig war oder weil dies nicht auszuschließen ist.*

(2) *Die Strafe darf nicht schwerer sein als die Strafe, die für die im Rausch begangene Tat angedroht ist.*

(3) *Die Tat wird nur auf Antrag, mit Ermächtigung oder auf Strafverlangen verfolgt, wenn die Rauschtat nur auf Antrag, mit Ermächtigung oder auf Strafverlangen verfolgt werden könnte.*

<sup>24</sup> **Art. 263.** *Verübung einer Tat in selbstverschuldeter Unzurechnungsfähigkeit*

1. *Wer infolge selbstverschuldeter Trunkenheit oder Betäubung unzurechnungsfähig ist und in diesem Zustand eine als Verbrechen oder Vergehen bedrohte Tat verübt, wird mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen bestraft.*

2. *Hat der Täter in diesem selbstverschuldeten Zustand ein mit Freiheitsstrafe als einzige Strafe bedrohtes Verbrechen begangen, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.*

<sup>25</sup> Se coincide en ello, ampliamente, con la tesis defendida por Hernández, cit. pp. 37 y ss., 27 y ss.

<sup>26</sup> V. Roxin, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2a ed., München, Beck, 1994, § 23 nm 7 y ss; v., sintéticamente, Murmann, cit., § 26 nm 33.

acusación y la condena<sup>27</sup>, se ha preferido una redacción, ligeramente distinta a la alemana y a la suiza, que hace explícita la necesidad de tal peligrosidad, ya en el plano objetivo, vinculada a la presencia de circunstancias que conviertan a la previsibilidad en un requisito que debe demostrarse: por ejemplo, la existencia de un patrón de conducta previo similar, o la inmediatez objetiva entre el lugar y tiempo de la intoxicación (un bar en la carretera) y la realización posterior del hecho típico y antijurídico ejecutado en intoxicación.

Un problema práctico a resolverse es la falta de determinación jurisprudencial sobre medida de intoxicación que califica como intoxicación plena. En actas del proceso legislativo debería aclararse que es una medida muy alta, que de forma excepcionalísima da lugar a inimputabilidad.

**Art. Z.-** Lo dispuesto en el artículo anterior no tendrá lugar cuando, de conformidad con las reglas generales, sea posible sancionar directamente el crimen o simple delito cometido por quien ha provocado su estado de intoxicación con el propósito de cometerlo.

Fuentes: no hay

Esta propuesta, en una primera mirada, podría considerarse no estrictamente necesaria en sentido normativo, pues de la aplicación de las reglas generales se sigue la consecuencia que ella quiere asegurar.

Sin embargo, al proponerla se tiene en cuenta, en primer lugar, el peligro<sup>28</sup>, de que, por “inercia” la aplicación práctica de las demás reglas conduzca, sea a ignorar la posibilidad de imputar directamente por el delito cometido en estado de intoxicación, mediante una aplicación consecuente del *modelo de la tipicidad*, sea a seguir aplicando de todos modos un *modelo de excepción* cuando, por ejemplo, se está en cualquier caso de intoxicación dolosa o preordenada (considerando que, bajo el modelo de la tipicidad, en casos de delitos vinculados a formas de comportamiento particulares, la intoxicación preordenada no permite, sin más, la imputación). Ese riesgo se ha considerado suficientemente relevante como para que valga la pena una norma de este tipo.

Pero además, en segundo lugar (y ello podría incluso ser más relevante), con ella se quiere resolver expresamente el concurso entre el delito del Art. Y y el delito cometido en estado de intoxicación, imputable bajo el *modelo de la tipicidad*, mediante una cláusula expresa de subsidiariedad.

---

<sup>27</sup> V. Roxin, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2a ed., München, Beck, 1994, § 23 nm 7 y ss; v., sintéticamente, Murmann, cit., § 26 nm 33.

<sup>28</sup> Advertido por Hernández. cit, pp. 38-39, quien sin embargo, en p. 40 concluye que sería mejor no regular expresamente la cuestión.