

Eduardo Demetrio Crespo, "La actio libera in causa ¿una excepción a las exigencias de la culpabilidad por el hecho?", en Luis Alberto Arroyo Zapatero, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (coord.), Homenaje al dr. Marino Barbero Santos : "in memoriam", Vol. 1, Universidad de Castilla-La Mancha, Universidad de Salamanca, 2001, ISBN 84-8427-139-0, págs. 993-1012

LA ACTIO LIBERA IN CAUSA: ¿UNA EXCEPCIÓN A LAS EXIGENCIAS DE LA CULPABILIDAD POR EL HECHO? (*)

*Eduardo Demetrio Crespo
Profesor de Derecho Penal.
Universidad de Castilla-La Mancha.*

I. La discusión sobre la figura jurídica de *la actio libera in causa* (alic) es uno de los temas clásicos del Derecho Penal. En la mencionada discusión surgen de modo inmediato, entre otras, preguntas relativas a la dogmática del comienzo de la tentativa y el desistimiento, de la autoría mediata, de los delitos de propia mano, o de la omisión. Recientemente se ha producido en la doctrina alemana un intenso debate sobre la misma¹, que ha cuestionado de nuevo esta construcción, y ha puesto a prueba los diferentes modelos de solución y fundamentación propuestos hasta el momento², sobre los que también se ha basado la doctrina española³.

* Este trabajo se inserta en un Proyecto de Investigación para cuyo desarrollo en el *Kriminalwissenschaftliches Institut* de la Universidad de Colonia (Alemania) obtuve una Beca de Investigación del Ministerio de Educación y Ciencia dentro del Subprograma de Perfeccionamiento de Doctores en el Extranjero. Mi agradecimiento al Director de dicho centro, Prof.Dr.Klaus Bernsmann, por autorizar la estancia, y al Prof.Dr.Dr.h.c.mult Hans Joachim Hirsch, una vez más, por el asesoramiento científico.

¹ AMBOS,1997,pp.2296-2298; FAHNENSCHMIDT/KLUMPE,1997, pp. 77-81; HERZBERG, 1992, pp. 203-236; HETTINGER, 1995, pp. 623-654; HIRSCH, (1)1997, pp. 391-393 / (2)1997, pp. 230-232 / (2)1998, pp. 88-104; HORN, 1997, pp. 264-266; HRUSCHKA,1996, pp. 64-72 / 1997, pp. 22-27; JAKOBS,1998, pp. 105-121; JEROUSCHEK, 1997, pp. 385-389 / 1999, pp. 241-258; JESCHECK/WEIGEND,1996, pp. 445-448; NEUMANN,1993, pp. 581-593 / 1997, pp. 21-25; SCHLÜCHTER, 1999, pp. 345-362; SCHMIDHÄUSER, 1992; SPENDEL, 1997, pp. 133-137 / 1999, pp. 379-390; STRENG, 1994, pp. 709-714; WOLFF, 1997, pp. 2032-2033.

² HETTINGER, 1988 /1989, pp. 1-19; HIRSCH, 1981, pp. 2-38; HORN, 1969, pp. 289-306; HRUSCHKA, 1968, pp. 554-559 /1974, pp. 48-77 /1988, pp. 37 y ss / 1989, pp. 310-316; KINDHÄUSER, 1989, pp. 120 y ss; KRAUSE,1980, pp. 169-175; KÜPER, W, (1)1983, pp. 573-592; (2)1983, pp. 361-372; MAURACH, 1961, pp. 373-382; NEUMANN, 1985, pp. 24 y ss; OTTO, 1980, pp. 426-434; PAEFFGEN, 1985, pp. 513-541; PUPPE, 1980, pp. 346-350; ROXIN, 1988, pp. 21-37; STRATENWERTH, 1989, pp. 485-499.

³ ALONSO ÁLAMO, 1989, pp. 55-107; ARROYO ZAPATERO, 1998, pp. 438-460, esp. pp. 449-450; CEREZO MIR, 1997, pp. 43-45; JOSHI JUBERT, 1992 / (1)1994, pp. 1097-1109 / (2) 1994, pp. 327-337;

El primer punto de desencuentro radica en lo más elemental, el *concepto* de la alic. En la exhaustiva investigación de JOSHI JUBERT (1992, pp. 24 y ss, esp. p. 56), la autora pone de relieve que con relación al concepto ha habido básicamente tres posturas: a) aquélla que identifica la alic con su origen histórico, y que entiende que con ella se está haciendo referencia a la acción realizada bajo un estado defectuoso de ausencia de libertad; b) aquélla que entiende que con la alic se alude a una estructura que permite imputar la acción precedente; c) y finalmente la que estima que el concepto de alic debe entenderse con independencia de su origen histórico y de la solución concreta que se de a los supuestos englobados en la misma.

Pero tampoco hubo nunca claridad sobre el ámbito –extensión y contenido– (ALONSO ÁLAMO, 1989, pp. 67 y ss) que abarca esta figura jurídica, existiendo sólo acuerdo en que esta se refiere sin lugar a dudas a la provocación dolosa por el sujeto en un momento anterior al ataque al bien jurídico de su propia inimputabilidad absoluta. Para MAURACH (1961, p. 373) puede pensarse en un caso de alic siempre que en la situación de partida (“*Ausgangssituation*”) el autor capaz de culpabilidad provoca un estado o una situación en la que según los principios generales estaría prohibido hacerle responsable en su totalidad del resultado típico, por lo que, en definitiva, cualquier elemento constitutivo del delito es un objeto de referencia idóneo de la alic. En cambio para HRUSCHKA (1968, p. 555) el término técnico alic hace referencia única y exclusivamente a la actuación del autor en estado defectuoso (“*Defektzustand*”), por lo que, por ejemplo, no podría aplicarse a los casos en que el autor se coloca en una situación de incapacidad de acción porque precisamente en dicha situación no puede realizar acción alguna. De cualquier forma parece claro que entre la provocación de la propia incapacidad de acción, y de la inimputabilidad⁴, existe ciertamente

LUZÓN PEÑA, 1994, pp. 61-89 /1996, pp. 284-286; MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, 1996, pp. 395-397; MUÑAGORRI LAGUIA, 1991, pp. 414-460; QUINTERO OLIVARES, 1996, pp. 425-427; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1989, pp. 129-143; SILVA SÁNCHEZ, 1986, pp. 260 y ss; 1988, pp. 1-4.

⁴ La figura jurídica *alic* puede reconocerse en la regulación de las causas de inimputabilidad del CP de 1995, en el art. 20.nº1º.párr.2º [«El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión»], y nº 2 [«...siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión,...»], bien que en realidad no se resuelva la cuestión de fondo de cuál es la acción que debe imputarse, la acción precedente, o la que se comete en estado defectuoso, a efectos -entre otros aspectos- de saber si se trata de un hecho doloso o imprudente. A nuestro juicio, como trataremos de argumentar, la única acción que cabe imputar es la primera, conforme señala el modelo del tipo; entre otras cosas porque el estado defectuoso puede también consistir justamente en una “ausencia de acción”. Por ello no compartimos la opinión de que las referencias legales a que hemos aludido representen una verdadera «excepción al principio de culpabilidad» (MUÑAGORRI LAGUIA, 1991, pp. 429 y ss, p. 456) –ni tampoco que el principio de culpabilidad pueda ni deba excepcionarse en ningún supuesto en un Derecho Penal de un Estado democrático y de Derecho– sino sólo una declaración legal de que a los correspondientes

una “similitud estructural” (JOSHI JUBERT, 1992, p. 72) que permite un tratamiento conjunto, o al menos, paralelo, de ambos supuestos^{5/6}. En este sentido cabe entender la alic como una estructura que contiene dos tiempos referidos respectivamente a la provocación de una situación defectuosa, y al ataque posterior a un bien jurídico bajo el estado defectuoso, entre los cuales media un “nexo” de carácter tanto objetivo como subjetivo (ALONSO ÁLAMO, 1989, p. 81; JOSHI JUBERT, 1992, p. 117). Aún más exactamente habría que precisar que el primer momento viene representado por la *actio praecedens*, que se conforma subjetivamente, a su vez, por dos momentos: la provocación dolosa o imprudente de la situación defectuosa, y la concepción dolosa o imprudente del hecho posterior.

II. Las soluciones a los casos comprendidos en esta figura jurídica parten de dos modelos claramente opuestos, a los que habría que sumar la opinión de quienes se han manifestado críticamente sobre la figura misma.

1. El llamado modelo *de la excepción* (“*Ausnahmemodell*”), defendido desde hace décadas significativamente por HRUSCHKA, propone considerar que la estructura alic implica imputar de forma excepcional la acción cometida en estado defectuoso, acción que de forma inmediata lesiona el bien jurídico, pese a tratarse de un comportamiento no culpable. Para fundamentarlo se parte del análisis técnico del término *actio libera in causa*, señalando que ésta sólo puede ser aquella que el autor comete en estado defectuoso porque sólo esta acción puede considerarse libre *in causa*, ya que dicha acción, sin el

casos de alic dolosa e imprudente no les es aplicable la eximente correspondiente, y que por tanto, no deben quedar impunes (es más una opción político-criminal que propiamente dogmática). De dicha declaración legal no cabría deducir, en todo caso, el rechazo de la imputación a la *actio praecedens*, acción que viene caracterizada en la alic por configurarse –lo cual cabría ser siempre confirmado *ex post*– no como un mero acto preparatorio, sino como un “inicio de la ejecución” (Sobre la opinión contraria, Cfr. MUÑAGORRI LAGUÍA, 1991, pp. 439 y ss, p. 442). Por otra parte, ya la correspondiente referencia legal del art. 8.1 del ACP había venido siendo interpretada en un sentido restrictivo, de manera que se exige una “correlación entre el delito representado y el efectivamente producido” para poder hablar de una alic (ALONSO ÁLAMO, 1989, p. 86; MUÑAGORRI LAGUÍA, 1991, pp. 435, 452).

⁵ Más problemático es, sin embargo, decidir si también responden o pueden responder en determinados casos a la estructura de una alic la provocación de los presupuestos de una causa de exculpación, de una causa de justificación, de un error de tipo, de un error de prohibición, o de una situación de semiinimputabilidad (Vid: ALONSO ÁLAMO, 1989, pp. 75 y ss; JOSHI JUBERT, 1992, pp. 72 y ss). La provocación de los presupuestos de una causa de justificación, llamada *actio illicita in causa*, tiene una referencia legal en el art. 20.nº 4º.Tercero («Falta de provocación suficiente por parte del defensor» en la legítima defensa) y en el art. 20.nº5º.Segundo («Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto» en el estado de necesidad) [Vid: LUZÓN PEÑA, 1994, pp. 353 y ss].

⁶ Aunque históricamente se ha vinculado “la ausencia de libertad al tiempo del hecho”, al “actuar sin culpabilidad”, de acuerdo con la dogmática actual aquélla debe referirse también a la ausencia de acción, pues ésta requiere un acto de voluntad que puede faltar al tiempo del hecho, pero estar presente en un momento anterior (ALONSO ÁLAMO, 1989, p. 72). Sobre el problema subyacente de fundamentación de la culpabilidad, Cfr: DEMETRIO CRESPO, 1999, pp. 215 y ss.

estado defectuoso, sería ya libre *in actu*⁷. Además se ha acudido a argumentos de carácter normológico, y otros como la existencia de una costumbre que posibilita una reducción teleológica del principio de coincidencia, la analogía en contra del reo, la doble posición del dolo, o simplemente por deducción del texto legal correspondiente (JOSHI JUBERT, 1992, pp. 131-132). Obviamente este modelo se enfrenta a graves críticas relativas a la violación de principios fundamentales del Derecho Penal, como el principio de culpabilidad, el de coincidencia, y el de legalidad⁸. Efectivamente, como HIRSCH ((2)1998, p.94) ha advertido recientemente, estas concepciones parten de una “culpabilidad”, sin un “injusto del hecho” ya dado, y el concepto penal de culpabilidad en el Derecho Penal del hecho atañe a la culpabilidad por el hecho y se refiere a un injusto simultáneo⁹. Apartarse de esta consideración última podría significar introducir modelos de responsabilidad versarista, frente a los que tanto esfuerzos ha empleado la Ciencia Penal.

Esta misma crítica cabría dirigir al modelo de la extensión (“*Ausdehnungsmodell*”) que estima que el concepto de “comisión del hecho” del § 20 StGB¹⁰ comprende en el injusto culpable el comportamiento anterior pretípico dirigido a la realización del tipo (“*vortatbestandliches, auf die Tatbestandsverwirklichung bezogenes Vorverhalten*”), aun cuando no represente una acción de tentativa, sino sólo un acto preparatorio (HIRSCH, (2)1998, p. 90, 94). Estas objeciones, desde nuestro punto de vista, serían igualmente aplicables a la defensa de los modelos indicados anteriormente en nuestro ordenamiento jurídico incluso bajo el anterior CP, pero con mayor razón ahora que el art. 20.1º CP 1995 exige capacidad de culpabilidad justamente “al tiempo de cometer la infracción penal”.

No cabe aducir aquí, como también ha señalado HIRSCH ((2)1998, pp.92 y ss), que también en el error de prohibición vencible (§17.2º inciso

⁷ HRUSCHKA, 1997, p. 23: «der Terminus technicus ‚actio libera in causa‘ gerade und nur das Täterhandeln im Defektzustand meint. Denn nur dieses Handeln kann begrifflich ‚in causa frei‘ sein, da ein Handeln außer dem Defektzustand schon ‚in actu frei‘ ist».

⁸ Incluso quienes defienden el modelo de la excepción reconocen que éste implica un distanciamiento de los principios *nullum crimen sine actione* y *nulla poena sine culpa* [Cfr: ALONSO ÁLAMO, 1989, p. 60, 62], cuando no claramente un quebranto del modelo garantista de teoría del delito, en el que la culpabilidad constituye un juicio individual de atribución al sujeto del acto antijurídico, que responde a necesidades político-criminales de punición [Cfr: QUINTERO OLIVARES, 1996, p. 426].

⁹ En nuestra doctrina CEREZO MIR (1997, p. 43) entiende, sin embargo, que la excepción al principio de que el sujeto ha de ser imputable en el momento de realizar la acción u omisión típica y antijurídica es compatible con el principio de culpabilidad por el hecho dado que para este autor la culpabilidad es un juicio de reproche en el que se puede tener en cuenta la conducta anterior del sujeto en la medida en que sea relevante para determinar en qué medida esa acción u omisión le era reprochable.

¹⁰ § 20 StGB: «Ohne Schuld handelt, wer bei Begehung der Tat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung oder wegen Schwachsinns oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln» (la negrita es mía).

StGB/art.14.3.2º inciso CP) la determinación de si concurre un hecho doloso o imprudente también tiene lugar a partir del hallazgo subjetivo en el momento de la ejecución. Al igual que sucede en el delito imprudente, al autor no se le castiga por haber infringido un mandato jurídico relativo a recabar determinadas informaciones, sino por realizar una acción de forma contraria a la prohibición pese a no disponer de un estado de información suficiente. Por ello la evitabilidad del error de prohibición no implica una quiebra del principio de coincidencia, pero, por el contrario, no cabe hablar en los casos de alic de que, existe culpabilidad en el momento del hecho cometido en estado de embriaguez porque el autor “actúa” pese a estar ebrio. En el primer caso el autor goza de plenas facultades mentales en el momento de la realización del hecho, en el segundo no¹¹. Tampoco sería válido el argumento de que también la culpabilidad previa (“*Vorverschulden*”) juega un papel limitativo en la provocación de una situación de estado de necesidad exculpante (§35.1.2º inciso StGB/art.20.5º.2º inciso CP –en su caso–) porque aquí se trata de marcar un límite de exigibilidad que conduce en virtud de la decisión legal a la exculpación, por lo que cuando el sujeto mismo ha provocado la situación de necesidad mediante una infracción culpable del deber es consecuente que la ley eleve la frontera que decide sobre la exculpación en el momento del hecho (HIRSCH, (2)1998, p.94).

Pero es que, además, en los casos de alic no se trata sólo de valorar la culpabilidad a tenor de unas determinadas reglas de imputación, sino, más bien, la acción misma. En este sentido advierte con razón JAKOBS (1998, 106-7) que la denominación *alic* sólo representa una metáfora porque la causa libre debe ser al mismo tiempo ya la acción, y todo lo que sigue sólo puede imputarse como consecuencia de dicha acción libre. Además entiende este autor que, en cualquier caso, no cabe explicar la alic –tanto en los casos de inimputabilidad, como en los de ausencia de acción– como excepción al principio de coincidencia porque en definitiva lo que sucede tras el momento en que concurre culpabilidad es simplemente “naturaleza”, y no comportamiento típico (JAKOBS, 1998, p.113).

2. El *modelo del tipo* (“*Tatbestandsmodell*”) ha sido el otro gran paradigma de referencia para la solución de los casos comprendidos en la figura jurídica alic. Según este modelo, que estimamos correcto, objeto de la imputación penal es la *actio praecedens* o “acción de provocación”^{12/13} –la única rea-

¹¹ No compartimos por ello la crítica expuesta recientemente por NIETO MARTÍN (1999, pp. 254 y ss, esp. p. 256) en el sentido de que el modelo del tipo «es incapaz de ofrecer una solución satisfactoria al problema del error evitable de los indiferentes», puesto que no se trata de un problema que corresponda a la estructura de la alic.

¹² Entendemos que ello implica que dicha acción debe reunir todos los elementos necesarios para constituir un riesgo en dirección al resultado y que este último se le pueda imputar (en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, 1986, pp. 272-273; 1988, p. 915).

lizada con la correspondiente capacidad de acción, o comportamiento humano penalmente relevante, y a su vez, con capacidad de culpabilidad— y no la acción realizada en estado defectuoso.

Tampoco este modelo está exento de fuertes críticas por parte de quienes entienden que se adelanta aquí el comienzo de la realización del tipo a acciones que todavía no suponen un peligro para el bien jurídico y que entienden, por tanto, que la *actio praecedens* en ningún caso puede representar ya una tentativa de delito (ALONSO ÁLAMO, 1989, pp. 59-60; JESCHECK/WEIGEND, 1996, p. 447). Efectivamente, el modelo del tipo sólo se sostiene si se está en posición de afirmar que la *actio praecedens* es ya un comienzo de ejecución del hecho típico de que se trate, y no un mero acto preparatorio impune, o algo que queda en el ámbito interno del sujeto. En este sentido cabe alegar que, por ejemplo, el hecho de embriagarse para obtener el valor suficiente para matar a alguien en ningún caso puede ser ya una acción de tentativa de homicidio o asesinato, sino una “acción típicamente neutra”. Sin embargo creemos que habría que diferenciar en su valoración jurídica entre la *actio praecedens* del sujeto A consistente meramente en “beber en exceso”, y la *actio praecedens* del sujeto A “beber en exceso, con el propósito de cometer una infracción penal, o habiendo previsto o debido prever su comisión (p.e la de matar a B)”, porque, aunque el aspecto subjetivo no sea definitivo, sí debe concedérsele cierta importancia, en la medida en que la valoración de hechos con igual apariencia puede conducir, sin embargo, a resultados distintos en el plano objetivo. La primera, como acertadamente señalan los defensores del modelo de la excepción (ALONSO ÁLAMO, 1989, pp. 82-83), no es imputable al sujeto A (porque la vida de su enemigo B en ningún caso estuvo sometida a peligro alguno), pero la segunda sí podría serlo (porque la vida de B se ha puesto ya en peligro, bien que éste no sea todavía inminente).

¹³ JOSHI JUBERT (1992, p. 282) ha propuesto en nuestra doctrina la “teoría de la provocación relevante”, según la cual, cabe equipar «la eliminación de la propia capacidad de acción o de inimputabilidad y posterior lesión al bien jurídico» a «la lesión realizada por un sujeto plenamente capaz» siempre y cuando concurren en aquélla determinados requisitos objetivos (creación de un peligro directo para un bien jurídico-penal determinado, vinculación directa de la realización de dicho peligro a la provocación, autocolocación del sujeto en una situación en la que posteriormente le será imposible controlar la situación de peligro) y subjetivos (previsión o posibilidad de previsión de: pérdida de alguna de las capacidades relevantes para el Derecho penal, la creación de un peligro concreto para un bien jurídico concreto, la probable lesión al bien jurídico-penal sin posibilidad de evitación en el momento del hecho). La peculiaridad del modelo de la provocación relevante radica en que la provocación constituye únicamente el “fundamento” de la imputación, pero el “objeto” de la misma continúa siendo “la realización del tipo contemplado desde una perspectiva ex post” (JOSHI JUBERT, (1) 1994, p. 1104). Para esta autora ((2) 1994, pp. 335 y ss) los modelos de la excepción y el tipo se mueven en una perspectiva puramente dogmática y utilizan argumentos de naturaleza exclusivamente intrasistemática por lo que no logran aclarar los fundamentos de la alic, que sólo pueden ser constatados, en su opinión, a través de un *principio de identidad material* con la *actio libera in se* (como también sucede en el caso de la autoría mediata, o de los delitos omisivos). Sobre este modelo, además, *vid. infra* nota n° 20.

Sin duda, la crítica de mayor peso frente al modelo del tipo atañe justamente al problema del “comienzo de la tentativa”¹⁴. Sin embargo existen diferentes argumentos que demuestran que no representa un obstáculo insalvable, y que tampoco debe representarlo. Efectivamente, por un lado, también en la autoría mediata el injusto comienza igualmente en su *actio praecedens* (HIRSCH, (2)1998, p. 97), es decir, en un momento anterior al de la acción que “inmediatamente” lesiona el bien jurídico^{15/16}. Aún cuando se estimara que la alic no es un caso de autoría mediata¹⁷, habría que reconocer que existe

¹⁴ No cualquier comportamiento será susceptible de ser considerado como tal, sino sólo aquél que reúne unos requisitos de carácter tanto objetivo (¡peligrosidad de la conducta conforme al criterio de previsibilidad objetiva!) como subjetivo (¡no cabe desconocer el plan del autor!), que le confieren una determinada cualificación, que en el plano normativo viene representada por la exigencia del carácter ejecutivo de los hechos, en la medida en que realizan el tipo de lo injusto (Sobre ello, Cfr: SOLA RECHE, 1996, pp. 142 y ss). Ahora bien, la delimitación entre actos preparatorios y aquéllos que ya implican el comienzo de la tentativa es un problema eminentemente interpretativo, que debe resolverse por grupos de casos [FARRÉ TREPAT, 1986, pp. 137 y ss; esp. pp. 210-211 / 1990, p. 45; sobre el tema cfr. igualmente GÖSSEL, 1976, pp. 249 y ss; RATH, 1998, pp. 1006 y ss; ROXIN, 1972, pp. 213 y ss / 1979, pp. 1 y ss; RUDOLPHI, 1973, pp. 20 y ss; ZACZYK, 1989, pp. 299 y ss; y, más recientemente, a raíz del «caso del veneno», cfr: BÖSSE, 1999, pp. 342 y ss; MARTIN, 1998, pp. 273 y ss; ROXIN, 1998, pp. 211 y ss; WOLTERS, 1998, pp. 578 y ss]. En los casos de alic la cuestión no es, según nuestro punto de vista, que el sujeto pretenda “abusar” de un principio básico del Derecho Penal, como el de culpabilidad, y por ello, éste deba ser excepcionado; sino si la *actio praecedens* “en ese caso” tiene una “objetiva capacidad lesiva” del bien jurídico, toda vez que, de acuerdo con el plan del autor, constituye un paso objetivamente dirigido a la inmediata lesión del bien jurídico.

¹⁵ Acerca del “comienzo de la tentativa en la autoría mediata” (Cfr: FARRÉ TREPAT, 1990, pp. 66 y ss) la doctrina mayoritaria estima que debe ser localizado en el momento de incidencia del autor mediato sobre el instrumento. Otro sector doctrinal entiende que dicho comienzo no tiene lugar hasta que el instrumento da comienzo directamente a la realización del tipo. Una tercera posición lo sitúa en uno u otro momento dependiendo de que el instrumento actúe de buena (caso equiparable a la utilización de un mecanismo automático) o mala fe (casos relativos a la utilización de un instrumento doloso no cualificado y a la actuación sin el elemento subjetivo del injusto de la tentativa). Finalmente ROXIN (1972, pp. 213 y ss, esp. pp. 227 y 230; 1997, p. 853) entiende comenzada la tentativa en la autoría mediata, y coherentemente con un modelo del tipo, también en los casos de alic, cuando el autor mediato ha perdido la posibilidad del dominio responsable del desarrollo posterior del hecho.

¹⁶ De seguir la teoría sobre la autoría en la forma elaborada por ROXIN (1994, pp. 127 y ss; 141 y ss, esp. p. 142) se diría que la autoría y la autoría mediata se caracterizan por tener configuraciones diferentes del dominio del hecho consistentes en el dominio de la acción, y de la voluntad del instrumento respectivamente, por lo que se trata de situaciones esencialmente diferentes desde un punto de vista estructural (Sobre ello, Cfr: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, pp. 520 y ss, 593 y ss, 645 y ss; KÜPER, G, 1998, pp. 518 y ss). Por otro lado, si se admite la idea de la accesoriedad de la participación, tendría también que admitirse que el ilícito del autor mediato, toda vez que se trata de un autor, es por ende autónomo, y no debería requerir un “comienzo de ejecución” ajeno por parte del instrumento [Sobre ello, Cfr: SANCINETTI, 1991, pp. 691 y ss; esp. p. 718. No cabe ignorar, como ha señalado este autor, que «la autoría mediata está en la periferia del alcance del tipo», y que «ninguna construcción puede hacer perder de vista que nadie domina un suceso cuando ya no puede hacer nada por modificarlo», p. 724. Por otro lado, señala que «las dificultades en hallar el punto inicial (comienzo de ejecución) son acordes con la dificultad que siempre presenta la interpretación de la norma (“derivada”) de la tentativa inacabada» (...) «porque la cuestión de cuando “comienza la ejecución” del hecho es un punto más impreciso que el de su conclusión», p. 727].

¹⁷ Así, por ejemplo, SPENDEL (1999, p. 384) aduce que no se debería hablar de la alic como un caso de autoría mediata porque en ésta última tienen que concurrir “dos” personas. Entiende que hay que analizar la ejecución del hecho (“Tatausführung”) en la forma de la alic como un caso de autoría inmediata o directa,

un paralelismo entre ambas: en los dos casos tiene lugar una acción mediante la cual el curso del acontecimiento típico se “transfiere” a un “instrumento” (con la particularidad de que en la alic el autor se convierte en instrumento de sí mismo)¹⁸. Pero, por otro lado, si el mandato normativo estuviera dirigido sólo en primera instancia al momento en el que el instrumento comienza el suceso ejecutivo en sentido estricto caería en el vacío porque ya sería demasiado tarde para evitar el resultado (HIRSCH, (2)1998, p. 98), al tiempo que se debilitaría la misión preventivo general del Derecho Penal (JOSHI JUBERT, 1992, p. 277). El fundamento último radica, pues, en la constatación de la existencia de una “relativización del comienzo del hecho” (“*Relativierung des Tatbeginns*”) (HIRSCH, (2)1998, p. 102; SCHLÜCHTER, 1999, p. 348), que permite afirmar que dependiendo de que se trate de una comisión mediata o inmediata del hecho el injusto típico se extiende de forma diversamente amplia “en el campo previo” (“*ins Vorfeld*”) (HIRSCH, (2) 1998, p. 97)^{19/20}.

al igual que en otros casos de realización “mediata” del delito (“*mittelbare Deliktsverwirklichung*”) en los que no se utiliza un instrumento humano, sino orgánico/animal (p.e un perro para lesionar a alguien, o un mono adiestrado para cometer un robo).

¹⁸ En opinión de JAKOBS (1998, p. 120), por ejemplo, la alic no es otra cosa que un caso, bien que algo oculto a través del fenotipo, de autoría mediata, y ésta a su vez un caso algo oculto a través del fenotipo, de la comisión propia [«Die actio libera in causa ist also im Ergebnis nichts als ein durch den Phänotyp etwas verborgener Fall mittelbarer Täterschaft, und diese wiederum ist ein durch den Phänotyp etwas verborgener Fall des Selbst-Begehens»]. Ya en su Manual JAKOBS (1995, pp. 611 y ss) pone de relieve que el comienzo de la tentativa se rige aquí por las reglas del comienzo de la tentativa en la autoría mediata, de modo que tendremos tentativa acabada con la ejecución del último acto necesario para ocasionar la inimputabilidad (p. 614). Previamente aclara que la alic requiere que el autor haya conocido o podido conocer tanto el comportamiento que cometerá como inimputable, como su pérdida de imputabilidad, ostentando en ese momento todos los elementos de la autoría; de modo que si la alic decae –bien por falta de elementos de la autoría, o por tratarse de un delito de propia mano– subsistirá por un lado, en su caso, la responsabilidad por la embriaguez plena (§323 a StGB), y por otro, la que deriva de la participación en ese hecho propio (pp. 613-614).

¹⁹ Para HIRSCH ((2)1998, p. 95) no cabe asumir una anticipación del injusto típico por razón de la causalidad porque con el recurso a la causalidad podría englobarse en la tipicidad cualquier posible acción perteneciente al campo previo («Vorfeld»). Para SCHLÜCHTER (1999, p. 348), en cambio, la “relativización del comienzo del hecho” resulta ya por razón de la causalidad, toda vez que la consideración de “comportamiento relevante” de un hecho causal para la realización del tipo vendría dada por los ulteriores estadios de la sistemática del hecho punible. Por tanto sólo se podría acudir a un comportamiento x (por ejemplo embriagarse para después delinquir) si éste entraña un peligro determinado para el bien jurídico, lo cual justificaría la “relativización del comienzo del hecho”, y conduciría *ex post* a la consumación o a la tentativa aquello que *ex ante* sólo representaba un acto preparatorio. Debe recordarse aquí el punto de vista contrario que HIRSCH ((1)1998, pp.102-103, nota nº 50) ha manifestado con relación a este punto al advertir que la “creación de un peligro” es un criterio demasiado impreciso por lo que se refiere a la determinación del comienzo de la tentativa, puesto que también en los actos preparatorios existe ya el riesgo de que una acción acarree el resultado típico, por lo que sin un riesgo de consumación del hecho determinado *ex ante* no puede hablarse todavía del comienzo real de una acción realizadora de un resultado.

²⁰ Resulta sugestiva la construcción que hace JOSHI JUBERT (1992, p. 416) para evitar las consecuencias insatisfactorias de castigar con la pena del delito de tentativa cuando la acción inmediatamente lesiva no llega a dar comienzo. Según su punto de vista, en los casos en que el sujeto realiza la acción de provocación relevante, pero no da comienzo a los actos inmediatamente lesivos, no debería ser castigado por faltar el resultado del tipo de injusto penal de la tentativa de alic, entendiendo por dicho resultado «el comienzo de la ejecución considerado *ex -post*». Cabría objetar, no obstante, que, dado que la situación de la alic viene caracterizada

La actio libera in causa: ¿Una excepción a las exigencias de la culpabilidad por el hecho?

Vinculada a este problema se encuentra igualmente la crítica, reiteradamente expresada por NEUMANN (1985, pp. 39 y ss; 1993, pp. 585 y ss), acerca de que el comienzo de la punibilidad de la tentativa según el modelo del tipo conduce a fricciones con la dogmática del *desistimiento*, toda vez que ya no cabría el desistimiento voluntario del incapaz de culpabilidad²¹. Sin embargo ROXIN (1988, pp. 33-34; 1997, p. 854) ya ha contestado convincentemente que el § 24 StGB (como también puede decirse del art. 16.2 CP) no hace depender la impunidad de la capacidad de culpabilidad del que desiste, sino de su voluntariedad; y que existen buenas razones, desde el punto de vista de la valoración político-criminal orientada a los fines de la pena, para no hacer depender la voluntariedad del desistimiento de la capacidad de culpabilidad del que desiste. Tampoco sería acertada la objeción de que este modelo conduce necesariamente en todos los casos de alic a tener que asumir una *imputabilidad disminuida* dado que en el último momento anterior a la “transferencia” del suceso (“*Aus-der-Hand-Geben des Geschehens*”) al instrumento –“transferencia” que tiene lugar cuando ya se da la inimputabilidad plena– el autor ya ha alcanzado un estadio de imputabilidad fuertemente aminorada (por ejemplo en los casos de embriaguez). De nuevo ROXIN (1988, p. 30; 1997, p. 855) contesta advirtiendo gráficamente que en el momento del “último trago” tenemos una tentativa acabada, pero ésta va precedida de una *tentativa inacabada* que comienza –siempre que se de el correspondiente dolo– justo cuando el autor está a punto de alcanzar un estado de disminución relevante

por el hecho de que la acción de provocación relevante nunca implica el comienzo de la ejecución inmediata, si adoptamos esa *actio praecedens* como punto de referencia objetivo/subjetivo de la imputación es porque *ex ante* podemos afirmar que allí radica ya el comienzo de la tentativa.

O bien situamos el comienzo de la tentativa en el inicio de la acción ejecutiva inmediata y consideramos la acción precedente como una acción típicamente neutra -en cuyo caso estaremos defendiendo un modelo de la excepción-, o bien optamos por considerar dicho comienzo ya en la acción precedente -en cuyo caso defenderemos un modelo del tipo con todas sus consecuencias-. Pero no cabe entender que el comienzo de la tentativa se da ya en la acción precedente, esto es, en la acción de provocación, siempre y cuando tenga lugar también el comienzo de la ejecución inmediata; porque entonces no podríamos acudir en estos casos a la acción precedente como base para la imputación. Otra cosa es que político-criminalmente nos parezca inadecuado aplicar la pena del delito de tentativa cuando el inicio de la acción ejecutiva inmediata no llega a producirse (A bebe con la intención de matar a B, pero no llega a salir de casa), cuestión que habría que solventar en sede de determinación de la pena. En este sentido se manifiesta también FARRÉ TREPAT (1990, p. 80) entendiendo que la menor proximidad del peligro en este caso debe influir en la pena aplicable dado que el contenido de la antijuridicidad de la conducta es consecuentemente también menor. La misma autora señala que en el caso de considerar que el comienzo de la tentativa debe poder fundamentarse de un modo más próximo a la producción del resultado, aún cabría la posibilidad de construir el tipo penal de la tentativa añadiendo al injusto una condición de punibilidad consistente en la puesta en peligro inminente del bien jurídico protegido, porque lo que se cuestiona no es la prohibición de estas conductas (y por tanto también la pretensión del ordenamiento jurídico de evitar la realización de las mismas aunque todavía no pongan en peligro inminente el bien jurídico), sino sólo la conveniencia político-criminal de que sean castigadas (FARRÉ TREPAT, 1990, pp. 81 y ss).

²¹ Sobre el desistimiento voluntario véase en la literatura española particularmente: MUÑOZ CONDE, 1972, *passim*; MARTÍNEZ ESCAMILLA, 1994 (esp. sobre el requisito de la “voluntariedad”, pp. 3-34).

de la capacidad de culpabilidad. También HIRSCH ((2) 1998, p. 100) se une a este parecer diciendo que el arranque inmediato del hecho comienza cuando el autor empieza a llevar a cabo su resolución del hecho, cosa que sucede desde el momento en que el umbral hacia el traspaso de los límites de la imputabilidad aminorada es directamente inminente; bien que para él la tentativa inacabada puede ir incluso más allá del momento de invocación de la inimputabilidad y persiste –dado que en la alic el autor mismo es el instrumento– mientras el autor tenga la posibilidad de impedir la consumación no haciendo.

Otra objeción al modelo del tipo consiste en afirmar que éste fracasa en los delitos con una descripción determinada de la actividad típica, y particularmente en los *delitos de propia mano*²². ROXIN (1988, pp. 31-32) ha señalado, sin embargo, que con ello no se cuestiona sino que se confirma el modelo, ya que consecuentemente habría que descartar una alic allí donde la autoría mediata no sea posible²³. Sin embargo, entendemos que esto no tiene porqué ser necesariamente así si se parte de la idea de que *autoría mediata y alic no son en realidad figuras jurídicas idénticas, sino sólo paralelas*. Visto así, no habría inconveniente en afirmar que la autorealización del tipo sólo excluye la comisión por un tercero –por lo que se rechaza aquí la autoría mediata–, pero en la alic en realidad se trata de una acción del autor mismo²⁴ (Cfr: HIRSCH (2) 1998, p.100).

III. Además, cabe hablar de un *sector crítico* minoritario con la figura jurídica alic en sí misma (sobre ello, Vid. JOSHI JUBERT, pp. 221 y ss). En

²² Justamente este argumento ha sido utilizado por la Sala 4ª de lo Penal del Tribunal Supremo Alemán en sentencia del 22 de Agosto de 1996 (BGHSt.42, 235) para afirmar que los principios de la alic no son aplicables en los delitos de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas (§316 StGB), puesta en peligro del tráfico por la misma causa (§315 c StGB), y conducción sin permiso (§221StVG) –sentencia que está en el origen de la “revisión” de esta figura jurídica en la doctrina alemana, y que ha llevado a algunos autores a hablar del “principio del fin de la alic” (HORN, 1997, pp. 64 y ss; NEUMANN, 1997, pp. 23 y ss)–, quedando pues como respuesta penal la del §323a StGB.

²³ Creemos, no obstante, que la opinión de ROXIN (1997, p. 853) sobre este aspecto ha variado posteriormente ya que en su Manual argumenta que, al igual que en los casos en que se exigen determinadas cualidades en el autor que no concurren aún en el momento de la colocación en estado de inimputabilidad, los delitos de propia mano efectivamente no pueden ser cometidos por la vía de la alic, pero debido a que «al hecho de colocarse a uno mismo en estado de inimputabilidad le falta la reprobabilidad específica fundamentadora de la punibilidad del acto de propia mano».

²⁴ Sobre esta cuestión se ha pronunciado SPENDEL (1999, pp. 387 y ss) en el Libro Homenaje a HIRSCH, advirtiendo cómo en su opinión, un “tercero” sobrio no puede ser nunca autor mediato de los delitos relativos a la conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas (§316 StGB), o puesta en peligro del tráfico por la misma causa (§315c I Nr.1a), pero no porque estos delitos presuponen la “ejecución del hecho de propia mano” («*Eingehändigkeit der Tatausführung*»), sino porque le falta la especial cualificación que requiere el autor de estos delitos, y que consiste en una incapacidad para la conducción como consecuencia de la ingesta de alcohol u otra sustancia. Para HIRSCH ((2)1998, p. 103), sin embargo, la peculiaridad de la problemática suscitada en estos delitos es que, debido a su carácter de delitos de propia mano, una comisión mediata de los mismos sólo es posible por parte de aquél que en estado de inimputabilidad asume también la acción ejecutiva inmediata, esto es, justamente en el caso de la alic.

general, salvo alguna propuesta aislada de principios de siglo (KATZENSTEIN, 1901, *passim*), nadie defiende que todos los casos normalmente contemplados bajo la figura jurídica alic deban quedar impunes. Sin embargo, sí se ha defendido que, dado que la dogmática tradicional ofrece un “instrumental” totalmente suficiente, estamos ante una figura jurídica o bien innecesaria o bien ilícita (significativamente, HORN, 1969, pp. 289 y ss; 1997, pp. 64 y ss). Por ejemplo, *los supuestos de alic imprudente*, configuran un primer grupo que carece de sentido dogmático alguno independiente de la propia estructura de la imprudencia, que requiere la causación contraria al deber de cuidado de un resultado lesivo, sin que la distancia temporal entre el momento de la infracción del deber de cuidado y la causación del resultado juegue papel alguno (HORN, 1969, p. 289; PUPPE, 1980, p. 350; ROXIN, 1988, p. 26; JOSHI JUBERT, 1992, p. 393). Aquí el deber de cuidado infringido consiste justamente en el deber generalmente reconocido de no situarse en un estado en el que ya no sea posible atender a las exigencias del ordenamiento jurídico (PUPPE, 1980, p. 350)²⁵. Esta argu-

²⁵ Cabría, con todo, aludir a una peculiaridad dogmática en la medida en que el autor de modo imprudente se coloque en una situación de inimputabilidad, en la que después realice “dolosamente” el hecho (PUPPE, 1980, p. 350). Se plantea aquí ciertamente la problemática relativa a aquellos casos en los que no hay un nexo psicológico homogéneo entre la *actio praecedens* y la acción cometida en estado defectuoso (teniendo en cuenta que en cuanto tal “acción” ésta última sólo puede predicarse respecto a los supuestos de inimputabilidad, pero no respecto a los de ausencia de acción, en los que sólo cabe acudir a la acción precedente) (Cfr: JOSHI JUBERT, 1992, pp. 396 y ss). Básicamente se pueden producir las siguientes situaciones:

I. La solución de los casos con *nexo psicológico homogéneo* es clara, aunque se llegue a ella con un fundamento diferente, dependiendo del modelo que se defienda:

1. *Actio praecedens* dolosa –con provocación dolosa de la situación defectuosa y concepción dolosa del hecho posterior– y lesión dolosa del bien jurídico > pena del delito doloso (triple dolo)
2. *Actio praecedens* imprudente –con provocación imprudente de la situación defectuosa y previsión o deber de prever el hecho posterior– y lesión imprudente del bien jurídico > pena del delito imprudente (triple imprudencia)

II. Más difícil resulta la solución de los casos con *nexo psicológico heterogéneo*, donde la solución “podría” ser diferente dependiendo del modelo que se defienda:

1. *Actio praecedens* dolosa –con provocación dolosa de la situación defectuosa y concepción dolosa del hecho posterior– y lesión imprudente del bien jurídico > resolución conforme a las reglas de la desviación del curso causal; sólo procede la imputación de la tentativa del delito doloso.
2. *Actio praecedens* imprudente –con provocación imprudente de la situación defectuosa y previsión o deber de prever el hecho posterior– y lesión dolosa del bien jurídico > Modelo del tipo: pena del delito imprudente; Modelo de la excepción: aunque según sus presupuestos podría pensarse en la aplicación de la pena del delito doloso, dependerá de si para ello se exige también doble dolo en la acción precedente.

III. Podríamos encontrarnos a su vez casos con *actio praecedens heterogénea*, dando lugar a otras cuatro combinaciones posibles:

1. *Actio praecedens* con provocación “dolosa” de la situación defectuosa y previsión o deber de prever el hecho posterior; y lesión dolosa del bien jurídico > Modelo del tipo: pena del delito imprudente; Modelo de la excepción: aunque según sus presupuestos podría pensarse en la aplicación de la pena del delito doloso, sus defensores entienden sólo aplicable en este caso la del delito imprudente.

mentación ha sido defendida curiosamente tanto por partidarios del modelo de la excepción, como del modelo del tipo. Sin embargo, no se corresponde con los postulados del modelo del tipo defender que esto es así “pese a que en la “alic dolosa” sí se requiere una estructura jurídica diferenciada”, porque según este modelo también los supuestos de alic dolosos “seguirían”, en último término, cánones normales de imputación. En realidad, coherentemente, habría que decir que también aquí juega un papel la idea de la “comisión mediata”, aunque, como señala HIRSCH ((2)1998, p. 96), aquí se manifieste sólo de manera menos clara debido a la fenomenología de los casos de imprudencia, en los que en general la acción descuidada está frecuentemente conexcionada a través de más eslabones con la realización inmediata del resultado.

Para los defensores del modelo de la excepción estaremos ante una alic imprudente cuando el autor provoca dolosa o imprudentemente su propia incapacidad de acción o de culpabilidad y con ello puede contar con la realización en este estado del tipo de un determinado delito imprudente. Argumentan que si la primera acción no se considera ya una acción imprudente típica entonces cobra sentido la alic imprudente y no podría ser considerada como una figura irrelevante o superflua, toda vez que serviría justamente para extraer la culpabilidad de un comportamiento anterior al de la acción típica. Por el contrario, en casos frecuentemente señalados como alic imprudente –como por ejemplo el de la madre que durante un sueño agitado ahoga al bebé, al que imprudentemente puso a su lado en una cama estrecha– estaríamos ante un homicidio imprudente absolutamente normal (JESCHECK/WEIGEND, 1996, p. 448). La crítica a esta argumentación, que a su vez pone al descubierto la debilidad del modelo de la excepción, es que, según su punto de partida, la acción cometida en estado defectuoso constituye el referente decisivo, por lo que la *actio praecedens* “debería” ser aquí irrelevante dado que todavía no podría afirmarse la existencia de “infracción” alguna a la norma de cuidado (JOSHI JUBERT, 1992, p. 395).

IV. Todo lo dicho acerca de la alic ha obviado hasta el momento la especial problemática que puede presentarse si alguno de los comportamientos en juego consistiera en una *omisión*. Se habla de *omissio libera in causa* (olic)

2. *Actio praecedens* con provocación “dolosa” de la situación defectuosa y previsión o deber de prever el hecho posterior; y lesión imprudente del bien jurídico > Pena del delito imprudente.

3. *Actio praecedens* con concepción “dolosa” del hecho posterior, provocación “imprudente” de la situación defectuosa y consiguiente lesión “dolosa” del bien jurídico > Pena del delito doloso, a menos que se defienda la necesidad de concurrencia de “doble dolo” en la acción precedente, en cuyo caso sólo cabría castigar con la pena del delito imprudente.

4. *Actio praecedens* con concepción “dolosa” del hecho posterior, provocación “imprudente” de la situación defectuosa, y consiguiente lesión también imprudente del bien jurídico > Modelo del tipo: pena del delito doloso, salvo que se exiga doble dolo en la acción precedente; Modelo de la excepción: pena del delito imprudente.

cuando la *actio praecedens* (activa u omisiva) de provocación de un estado defectuoso —bien de ausencia de acción o de inimputabilidad— tiene como consecuencia una “omisión”, de suerte que el autor no es capaz de ejecutar la acción que el ordenamiento jurídico le exige en este segundo momento. Si la *actio praecedens* consistió en un hacer positivo (“caso del guarda-agujas que, habiéndose embriagado, causa por omisión un accidente”) hablaremos de una *omissio libera in causa in agendo*, pero si aquélla consistió también en un comportamiento omisivo (“caso del guardabarreras que percibiendo que se está quedando dormido por los vapores de la estufa no hace nada por evitarlo”), estaremos ante una *omissio libera in causa in omittendo*. En estos casos hay acuerdo en que sólo ha de responder por el resultado acaecido el sujeto que tuviera “posición de garante”, pero para defender consecuentemente este resultado en los casos de olic *in agendo* desde el modelo del tipo habría también que señalar que aquí la *actio praecedens* no es en sentido estricto una “acción”, sino más bien “una acción que da lugar a una omisión” (u *omisión por comisión*), dado que también aquí el sujeto provocador infringe el mandato de evitación del resultado; de suerte que en el caso citado el “continuar bebiendo” implica en realidad una “no realización de la conducta indicada para la protección positiva de bienes jurídicos” (Sobre ello, Cfr: SILVA SÁNCHEZ, 1986, pp. 263 y ss, esp. pp. 268-269).

En los casos de olic se pone de manifiesto nuevamente, a nuestro entender, la inconsistencia del modelo de la excepción. Según este modelo de solución en los supuestos de olic estamos ante delitos de comisión por omisión y no de acción, atendiendo al comportamiento omisivo realizado en estado defectuoso; pero es este mismo presupuesto el que hace imposible una explicación satisfactoria de los supuestos de olic en los que el sujeto provoca su propia incapacidad de acción, porque, ¿cómo puede “omitir” quien no está en posición de “actuar”? La respuesta consistente en que en estos casos, dado que la incapacidad de actuar procede de su comportamiento precedente, “se pone a cargo del agente el resultado típico invocándose la comisión por omisión libera in causa”, de suerte que “quien tiene el deber de actuar es tratado como si hubiese tenido en el momento crítico la posibilidad de evitar el resultado” (en este sentido, ALONSO ÁLAMO, 1989, p. 92) no nos parece convincente: implica una analogía en contra del reo, de modo tal que parece invocarse la figura de la alic como mecanismo para atribuir responsabilidad sin que ello sea teóricamente en modo alguno posible; pero sobre todo, no es coherente con los presupuestos del propio modelo de la excepción, que, en rigor, conduciría a la impunidad en estos casos.

Diferente a los dos casos mencionados es el de la *actio libera in causa in omittendo*, en el que tenemos un hecho delictivo activo cometido en situación de ausencia de acción o de inimputabilidad, sin que el sujeto, pudiendo

hacerlo, haya hecho nada para evitar el surgimiento de dicha situación. Como ejemplo se alude al reiteradamente citado caso de la madre que se queda dormida junto a su hijo recién nacido (“omisión”), al que asfixia durante el sueño (“acción”) (Sobre ello, Cfr: ALONSO ÁLAMO, 1989, pp. 89 y ss; JOSHI JUBERT, 1992, pp. 188 y ss), o al caso del toxicómano que comete un hecho delictivo activo bajo los efectos del síndrome de abstinencia²⁶, y que, previamente, sabiendo que se le presentarían peligrosos estados carenciales que desembocarían en una conducta delictiva, no acude a los establecimientos adecuados para recabar ayuda sanitaria (SILVA SÁNCHEZ, 1986, pp. 261-262; 1988, pp. 916-917). De acuerdo con el modelo del tipo aquí defendido estos casos deben tratarse, de modo consecuente con nuestro presupuesto de imputación de la *actio praecedens*, como supuestos de “comisión por omisión” *libera in causa*, en la que hablaríamos de una “posición de garante por el propio cuerpo” o “por uno mismo” (así, p.e SILVA SÁNCHEZ, 1986, pp. 270 y ss), mientras que los defensores del modelo de la excepción entienden que se trata de un verdadero delito de “acción” *libera in causa* porque en el momento del comportamiento realizado en estado defectuoso concurre una “acción” (así, p.e ALONSO ÁLAMO, 1989, p. 90).

V. Una vez más vemos cómo la Ciencia Penal se esfuerza por dar respuestas satisfactorias a una constelación de casos cuya problemática se aborda desde puntos de vista claramente “distantes” en sus planteamientos, bien que no siempre en las “consecuencias” de su aplicación. En todo caso parece existir un consenso amplio en torno a la necesidad de que determinadas conductas, que pueden encuadrarse bajo la figura jurídica alic, no deben quedar sin respuesta penal (JOSHI JUBERT (2)1994, p. 327); como también resulta obvio el afán de la doctrina –sea cual sea el modelo de solución que se adopte– por construir el razonamiento dogmático de modo que se respeten los principios garantistas del Derecho Penal. Las discrepancias se dan en esto último, y no tanto en el resultado final respecto a la pena que debe imponerse en cada caso. Creemos que este afán “justifica” en cualquier caso el que la Ciencia Penal se siga ocupando de temas como la alic, que permiten poner a prueba los resultados “parciales” obtenidos por la dogmática de la teoría del delito en ámbitos particulares de la misma, por mucho que pueda ser caracterizado como ejemplo de la “inutilidad”

²⁶ Hay que tener en cuenta, con relación a este caso, que actualmente el art. 20.2º del CP de 1995 exime de responsabilidad criminal al que al tiempo de cometer la infracción penal (...) se halle bajo la influencia de un *síndrome de abstinencia*, a causa de su “dependencia a tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”; diferenciando esta situación de la de la *intoxicación plena* (por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos), donde la eximente no actúa cuando dicho estado “haya sido buscado con el propósito de cometerla, o se hubiese previsto o debido prever su comisión”.

del debate dogmático. El hecho de no haber llegado a una solución definitiva, en este como en otros temas, no es sino una demostración más del carácter no exclusivamente cognoscitivo o empírico, sino eminentemente comprensivo, reflexivo, y por ende argumentativo, de la Ciencia del Derecho.

VI. Bibliografía

- ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “La acción “libera in causa””, en *ADPCP*, 1989, pp. 55-107
- AMBOS, Kai, “Der Anfang vom Ende der actio libera in causa?”, en *NJW*, 1997, Heft 35, pp. 2296-2298
- ARROYO ZAPATERO, Luis, “Grunderfordernisse Des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht. Landesbericht Spaniens”, en *ZStW* 110 (1998) Heft 2, pp. 438-460.
- BÖSSE, Martin, “Der Beginn des beendeten Versuchs: Die Entscheidung des BGH zur “Giftfalle””, en *JA*, 1999/4, pp. 342-348.
- CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte General (Lecciones 26-40)*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1997.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Prevención General e Individualización Judicial de la pena*, Salamanca, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 1999.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho Penal*, Barcelona, PPU, 1991.
- FAHNENSCHMIDT/KLUMPE, “Der Anfang vom Ende der actio libera in causa?”, en *DRiZ*, 1997, pp. 77-81
- FARRÉ TREPAT, Elena, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, Bosch, 1986.
- “Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata, y en la actio libera in causa”, en *EPC*, XIII, 1990, pp. 43-85.
- GÖSSEL, Heinz, “Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch”, en *JR*, 1976, pp. 249-251.
- HERZBERG, Rolf Dietrich, “Gedanken zur actio libera in causa: Straffreie Deliktsvorbereitung als “Begehung der Tat” (§§ 16, 20, 34 StGB)?”, en *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag*, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1992, pp. 203-236
- HETTINGER, Michael, *Die “actio libera in causa”: Strafbarkeit wegen Begehungstat trotz Schuldunfähigkeit?. Eine historisch-dogmatische Untersuchung*, Berlin, Duncker&Humblot, 1988
- “Zur Strafbarkeit der “fahrlässigen actio libera in causa””, en *GA*, 1989, pp. 1-19

- “Die actio libera in causa”: eine unendliche Geschichte?. Eine Kritik neuer Begründungsversuche”, en *Kriminalistik und Strafrecht. Festschrift für Friederich Geerds zum 70. Geburtstag*, Lübeck, Schmidt-Römhild, 1995, pp. 623-654
- HIRSCH, Hans Joachim, “Alkoholdelinquenz in der Bundesrepublik Deutschland”, Beiheft *ZStW* (1981), pp. 2-38
- “Anmerkung z. Beschluß des BGH v. 19.2.1997-3StR 632/96”, en *JR*, (1)1997, Heft 9, pp. 391-393
- “Anmerkung z. BGH, Urt. v. 22.8.1996-4 StR 217/96; BGH, Beschl. v. 19.2.1997-3 StR 632/96”, en *NStZ*, (2)1997, Heft 5, pp. 230-232
- “Acerca de la teoría de la imputación objetiva”, en *NDP*, (1)1998/A, pp. 87-110.
- “Zur actio libera in causa”, en *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos, (2)1998, pp. 88-104, en español: “acerca de la actio libera in causa”. Trad. de E. Demetrio Crespo, en *RP*, nº 7, 2001, pp. 67-75.
- HORN, Eckhard, “Actio libera in causa—eine notwendige, eine zulässige Rechtsfigur?”, en *GA*, 1969, pp. 289-306
- “Der Anfang vom Ende der actio libera in causa”, en *StV* 5/1997, pp. 264-266
- HRUSCHKA, Joachim, “Der Begriff der actio libera in causa und die Begründung ihrer Strafbarkeit-BGHSt 21, 381”, en *JuS* 1968, Heft 12, pp. 554-559
- “Methodenprobleme bei der Tatzurechnung trotz Schuldunfähigkeit des Täters. Zugleich eine Apologie des Art.12 SchwStrGB”, *SchwZStr* 90, 1974, pp. 48-77
- *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed, Berlin.New York, Walter de Gruyter, 1988.
- “Probleme der actio libera in causa heute”, en *JZ* 7/1989, pp. 310-316
- “Die actio libera in causa - speziell bei § 20 StGB mit zwei Vorschlägen für die Gesetzgebung”, en *JZ*, 2/1996, pp. 64-72
- “Die actio libera in causa bei Vorsatztaten und bei Fahrlässigkeitstaten. Zur neuesten Rechtsprechung des BGH”, en *JZ*, 1/1997, pp. 22-27
- JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Trad. de J. Cuello Contreras y J.L Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- “Die sogenannte actio libera in causa”, en *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos, 1998, pp 105-121 [en español: “La denominada actio libera in causa”, trad. de Pilar González Rivero, en *RPJ*, nº 50, 1998, pp. 241-260].

La actio libera in causa: ¿Una excepción a las exigencias de la culpabilidad por el hecho?

- JEROUSCHEK, Günter, “Die Rechtsfigur der actio libera in causa: Allgemeines Zurechnungsprinzip oder verfassungswidrige Strafbarkeitskonstruktion?”, en *JuS*, 1997, Heft 5, pp. 385-389
- “Tatschuld, Koinzidenzprinzip und mittelbar-unmittelbare Täterschaft”, en *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1999, pp. 241-258
- JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, Duncker&Humblot, 1996.
- JOSHI JUBERT, Ujala, *La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal (Ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto)*, Barcelona, Bosch, 1992
- “Actio libera in causa y delitos cometidos bajo la influencia de las drogas: una nueva orientación en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *LL*, (1)1994-1, pp. 1097-1109.
- “Actio libera in causa: Ordentliche oder außerordentliche Zurechnung?”, en *Jahrbuch für Recht und Ethik*, Band 2, 1994, pp. 327-337.
- KINDHÄUSER, Urs, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1989.
- KRAUSE, Friederich-Wilhelm, “Probleme der actio libera in causa”, en *Jura*, 1980, pp. 169-175
- KÜPER, Georg, “Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen”, en *GA*, 1998, pp. 519-529.
- KÜPER, Wilfried, “Aspekte der “actio libera in causa”. Ein Dialog”, en *Festschrift für Heinz Lefrenz z. 70 Geburtstag. Kriminologie-Psychiatrie-Strafrecht*, Heidelberg, Müller, (1)1983, pp. 573-592
- “Der Versuchbeginn bei mittelbarer Täterschaft”, en *JZ*, (2) 1983, pp. 361-372
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “”Actio illicita in causa” y provocación en las causas de justificación”, en *ADPCP*, 1994, 47, pp. 61-86 [En alemán: “Actio illicita in causa” und Zurechnung zum Vorverhalten bei Provokation von Rechtfertigungsgründen”, en *Jahrbuch für Recht und Ethik*, Band 2, 1994, pp. 353-373].
- *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Madrid, Universitas, 1996.
- MARTIN, Sigmund P, “Versuchsbeginn bei Erforderlichkeit der Mitwirkung des Opfers-Giftfalle”, en *JuS*, 1998, Heft 3, pp. 273-274.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *El desistimiento en Derecho Penal. Estudio de alguno de sus problemas fundamentales*, Madrid, Serv.Pub.de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid-Centro de Estudios Judiciales, 1994.

- MAURACH, Reinhart, “Fragen der actio libera in causa”, en *JuS*, 1961, pp. 373-382
- MUÑAGORRI LAGUIA, Ignacio, “Sobre la presencia de la “actio libera in causa” en el art. 8.1 del Código Penal”, en *ADPCP*, 1991, pp. 414-460
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Barcelona, Bosch, 1972.
- MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- NEUMANN, Ulfrid, *Zurechnung und “Vorverschulden”. Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin, 1985.
- “Konstruktion und Argument in der neueren Diskussion zur actio libera in causa”, en *Strafgerichtsbarkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, C.F.Müller, 1993, pp. 581-593
- “Anmerkung (actio libera in causa bei Straßenverkehrsdelikten)”, en *StV* 1/1997, pp. 21-25
- NIETO MARTIN, Adán, *El conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*, Barcelona, Atelier, 1999
- OTTO, Harro, “Actio libera in causa”, en *Jura*, 1986, pp. 426-434
- PAEFFGEN, Hans-Ullrich, “Actio libera in causa und § 323 a StGB”, en *ZStW* 97 (1985) Heft 3, pp. 513-541
- PUPPE, Ingeborg, “Grundzüge der actio libera in causa”, en *JuS*, 1980, Heft 5, pp. 346-350
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Cedecs, 1996
- RATH, Jürgen, “Grundfälle zum Unrecht des Versuchs”, en *JuS*, 1998, Heft 11, pp. 1006-1013.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, “Síndrome de abstinencia y actio libera in causa (Comentario a la STS 3 enero 1988)”, en *PJ*, 1989, pp. 129-143
- ROXIN, Claus, “Der Anfang des beendeten Versuchs. Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch bei den unechten Unterlassungsdelikten”, en *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, C.F Müller, 1972, pp. 213-233.
- “Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch”, en *JuS*, 1979, pp. 1-13.
- “Observaciones sobre la actio libera in causa”, en *ADPCP*, 1988, pp. 21-37 (Trad. de F. Muñoz Conde) [Original alemán: “Bemerkungen zur actio libera in causa”, en *Festschrift für K. Lackner*, Berlin.New York, Walter de Gruyter, 1987, pp. 307-323]
- *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlin.New York, Walter de Gruyter, 6. Aufl, 1994 [en español: *Autoría y dominio del hecho*, trad. de J. Cuello Contreras y J.L Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1998].

La actio libera in causa: ¿Una excepción a las exigencias de la culpabilidad por el hecho?

- *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Trad. de D.M Luzón Peña, M. Díaz y García de Conlledo, y J. de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997.
- “Anmerkung z. BGH Urteil v. 12.8.1997 - 1 StR 234/97 (LG Passau)”, en *JZ*, 1998/4, pp. 211-212.
- RUDOLPHI, Hans Joachim, “Zur Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch-OLG Celle, en *NJW* 1972, 1823”, en *JuS*, 1973, pp. 20-25.
- SANCINETTI, Marcelo A, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991.
- SCHLÜCHTER, Ellen, “Zur vorsätzlichen actio libera in causa”, en *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*, Berlin.New York, Walter de Gruyter, 1999, pp. 345-362
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Die actio libera in causa: ein symptomatisches Problem der deutschen Strafrechtswissenschaft*, Hamburg, Vandenhoeck&Ruprecht, 1992
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, Bosch, 1986.
- “La estructura de la “actio libera in causa” en los delitos cometidos bajo un síndrome de abstinencia de drogas (Una visión crítica de la última doctrina jurisprudencial)”, en *LL*, 22 enero 1988, pp. 1-4.
- SOLÁ RECHE, Esteban, *La llamada “tentativa inidónea” de delito. Aspectos básicos*, Granada, Comares, 1996
- SPENDEL, Günter, “Actio libera in causa und Verkehrsstraftaten”, en *JR*, Heft 4,1997, pp. 133-137
- “Actio libera in causa und kein Ende”, en *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*, Berlin.New York, Walter de Gruyter, 1999, pp. 379-390
- STRATENWERTH, Günter, “Vermeidbarer Schuldausschluß”, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln.Bonn.Berlin.München, Carl Heymanns, 1989, pp. 485-499.
- STRENG, Franz, “Der neue Streit um die “actio libera in causa””, en *JZ*, 14/1994, pp. 709-714
- WOLFF, Matthias, “Das Ende der actio libera in causa”, en *NJW*, 1997, pp. 2032-20
- WOLTERS, Gereon, “Versuchsbeginn bei Einsatz eines sich selbst schädigen Tatmittlers”, en *NJW*, 1998, Heft 9, pp. 578-580.
- ZACZYK, Rainer, *Das Unrecht der versuchten Tat*, Berlin, Duncker&Humblot, 1989.

VII. ABREVIATURAS

ADPCP: alic: CP: DRiZ: EPC: GA: JA: JR: Jura: JuS: JZ: LL: NDP: NJW: NStZ: olic: PJ: RP: Revista Penal RPJ: SchwZStr: StGB: StV: ZStW: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales actio libera in causa Código Penal Deutsche Richterzeitung Estudios Penales y Criminológicos Goltdammer's Archiv für Strafrecht Juristische Arbeitsblätter Juristische Rundschau Juristische Ausbildung Juristische Schulung Juristenzeitung La Ley Nueva Doctrina Penal Neue Juristische Wochenschrift Neue Zeitschrift für Strafrecht omissio libera in causa Poder Judicial Revista del Poder Judicial Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht Strafgesetzbuch Strafverteidiger Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft