

OBSERVACIONES SOBRE LA <<ACTIO LIBERA IN CAUSA>>

Claus Roxin

ADPCP, T.XLI, Fasc. I, Enero-Abril 1988, pp. 21-38

Observaciones sobre la «actio libera in causa» (*)

CLAUS ROXIN

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Munich

I

La «actio libera in causa», una figura jurídica tradicionalmente poco tratada, ha venido siendo objeto en los últimos 25 años de una intensa discusión científica (1). Los casos que se denominan con este nombre son, en esencia, casos de esta índole: en el momento de la comisión del delito su autor es incapaz de culpabilidad, pero en un momento anterior, cuando aún no se encontraba en este estado, produjo culpablemente su propia incapacidad de culpabilidad. Según que haya actuado en relación con el resultado producido dolosa o imprudentemente, se le castiga por delito doloso o imprudente.

Existe amplio consenso (2) sobre esta conclusión y también sobre la importancia cada vez mayor que tiene la «actio libera in causa» en los casos de embriaguez, abuso de drogas, estupefacientes, estados pasionales extremos y otros similares excluyentes de la culpabilidad. Sin embargo, se discute ahora más que nunca la fundamentación juri-

(*) Título original: *Bemerkungen zur actio libera in causa*; publicado en el «Festschrift für Karl Lackner», 1987. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Sevilla.

(1) Especial mención merecen MAURACH: *Fragen der a.l.i.c.*, «JuS», 1961, pp. 373 y ss. FR. W. KRAUSE: *Betrachtungen zur a.l.i.c.*, «Mayer Festschrift», 1966, pp. 305 y ss. HRUSCHKA: *Der Begriff der a.l.i.c. und die Begründung Ihrer Strafbarkeit*, «JuS», 1968, pp. 554 y ss. CRAMER: *Anm.zu BGHSt*, 21,381, «JZ», 1968, pp. 273 y ss. HORN: *A.l.i.c. —eine notwendige, eine zulässige Rechtsfigur?* «GA», 1969, pp. 289 y ss. OEHLER: *Anm.zu BGHSt* 23, 133, «JZ», 1970, pp. 380 y ss. HRUSCHKA: *Methodenprobleme bei der Tatzurechnung trotz Schuldunfähigkeit des Täters*, «SchwZStr», tomo 90, 1974, pp. 48 y ss. FR. W. KRAUSE: *Probleme der a.l.i.c.*, «Jura», 1980, pp. 169 y ss. PUPPE: *Grundzüge der a.l.i.c.*, «JuS», 1980, pp. 346 y ss. KÜPER: *Aspekte der a.l.i.c.*, «Festschrift für Leferenz», 1983, pp. 573 y ss. NEUMANN: *Zurechnung und «Vorschulden»*, 1985, pp. 24 y ss. PAEFFGEN: *A.l.i.c. und § 323-a) StGB*, *ZStW*, tomo 97, 1985, pp. 513 y ss. En la bibliografía española, véase SILVA SÁNCHEZ: *La estructura de la «actio libera in causa» en los delitos cometidos bajo un síndrome de abstinencia de drogas*, en «La Ley», 1988 (nota del traductor).

(2) Constituye una excepción PAEFFGEN: *ob. cit.*, nota 1, que rechaza la a.l.i.c. y busca una solución en el §323-c) StGB

dica que hay que darle a la punibilidad de la «*actio libera in causa*». En la discusión se enfrentan dos soluciones opuestas: el modelo de la tipicidad y el modelo de la excepción (3). El modelo de la tipicidad vincula el castigo del autor a su conducta causante de la exclusión de la culpabilidad, que se interpreta como una causación dolosa o imprudente del resultado. Quien, por ejemplo, se emborracha hasta el punto de llegar a una situación de exclusión de la culpabilidad para, desinhibido por la embriaguez, darle una paliza a su compañero, será castigado, si las cosas suceden tal como las planeó, como autor de un delito de lesiones dolosas, por el hecho de embriagarse, pero no por la paliza, pues al castigo por la paliza se opondría la incapacidad de culpabilidad del autor en el momento de su ejecución. Pero como el embriagarse representa ya una causación dolosa de un resultado, ésta sería el fundamento del castigo por el delito de lesiones. El que se embriaga es, en cierto modo, un autor mediato, que utiliza su propia persona, en situación de incapacidad de culpabilidad, como mediador del hecho, no diferenciándose, en principio, del que se sirve de otra persona incapaz de culpabilidad para la ejecución del delito. Este modelo de la tipicidad ha sido utilizado por la jurisprudencia desde el primer momento para fundamentar sus decisiones. Así, por ejemplo, en la sentencia 22,413 del Reichsgericht, con la que la «*actio libera in causa*» se introduce en la jurisprudencia. Se trataba de un cochero que, borracho hasta perder el sentido, había atropellado a un peón caminero, produciéndole lesiones: «Si el acusado durante el viaje hubiese dejado las riendas del caballo a un tercero inconsciente, no habría jurídicamente actuado de un modo distinto de como realmente actuó. Tanto en un caso como en otro ha realizado consciente y libremente una acción con la que dio lugar a la conducción incorrecta del coche por una persona inimputable» (p. 415). Esta jurisprudencia ha sido mantenida ininterrumpidamente por el RG (4) y por el BGH (5).

La principal objeción que, con numerosas variantes a las que después se aludirá, se ha formulado contra este modelo, señala que el ponerse en una situación de inimputabilidad no puede considerarse como una acción típica. Así, por ejemplo, el embriagarse en el ejemplo que antes ofrecíamos no sería una acción de lesionar, sino todo lo más la preparación de una acción de esta clase. Como alternativas se preconiza por los adversarios de este modelo el llamado «modelo de la excepción», expuesto por primera vez y luego mantenido por

(3) Estas formulaciones se deben a NEUMANN: *ob. cit.*, nota 1.

(4) RGSt 60, 29; 73, 182.

(5) Cfr. sólo BGHSt 2, 17; 17, 259 y ss.; 17, 335 (el embriagarse constituye la «propia acción típica»); 21, 381 y ss.; BGH, VRS, 231, 213. También la jurisprudencia del OLG está en esa línea.

Hruscka (6). Según este modelo, la punibilidad de la «*actio libera in causa*» representa una excepción, justificada consuetudinariamente, del parágrafo 20 StGB que, cuando regula la incapacidad de culpabilidad del autor, refiere esta situación «al momento de ejecución del hecho». El autor es, pues, castigado por su comportamiento (aquí: el propinar una paliza) realizado en situación de embriaguez, aunque en ese momento no fuera capaz de culpabilidad, siempre que en un momento anterior haya habido dolo o imprudencia.

II

Los partidarios del modelo de la excepción son todavía minoría, pero han ganado terreno en los últimos años. Efectivamente, muestra el modelo de la tipicidad algunas dificultades constructivas y no permite, como luego se verá, el castigo en todos los casos que algún autor considera comprendidos en la «*actio libera in causa*». El modelo de la excepción resuelve todas estas dificultades de un plumazo —pero al precio de infringir el principio de culpabilidad y la ley escrita (7).

El parágrafo 20 StGB dice con toda la claridad deseable que la capacidad de culpabilidad debe existir «en el momento de la ejecución del hecho». Si se considera como «hecho» en la «*actio libera in causa*» la acción realizada en situación de incapacidad de culpabilidad, no se puede pasar por alto que en este momento no hay capacidad de culpabilidad. El modelo de la excepción ignora sencillamente el tenor legal. Cuando, por ejemplo, Jescheck dice (8) que «la limitación del parágrafo 20», que él preconiza, «difícilmente se puede compatibilizar con el tenor literal», pero que «materialmente está justificada»; a ello hay que replicar que una tal interpretación no ya «difícilmente», sino en absoluto es compatible con el tenor literal y que una infracción del tenor literal inequívoco de la ley nunca puede justificarse materialmente, al contravenir lo dispuesto en el artículo 103, párrafo 2, de la Ley Fundamental. La justificación material puede todo lo más utilizarse como argumento *de lege ferenda*. También una excepción, justificada por el derecho consuetudinario, del parágrafo 20, como la que propinó Hruschka (9), infringiría el artícu-

(6) Cfr. nota 1. En el mismo sentido KÜPER: *ob. cit.*, nota 1. NEUMANN: nota 1, pp. 24 y ss. Además SCH/SCHRÖDER/LENCKNER, «StGB», 22.^a ed., 1985, núm. marg. 35 del §20. JESCHECK, «AT», § 40, VI. Análogamente, STRATENWERTH, «AT», 3.^a ed., 1981, núm. marg. 551. También el artículo 12 del Código penal suizo se asemeja al modelo de la excepción.

(7) En este sentido recientemente también PUPPE, nota 1, pp. 347. PAEFFGEN, nota 1, p. 523.

(8) Como nota 6, §40, VI, 2.

(9) Como nota 1, 1968, p. 559, en relación con el antiguo §51 StGB; cfr., sin embargo, ahora del mismo autor, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 1983, pp. 295 y ss., donde propone una reforma legislativa.

lo 103, párrafo 2.º, de la Ley Fundamental, que precisamente prohíbe cualquier fundamentación consuetudinaria de la pena. Pero incluso prescindiendo de esto, tampoco puede hablarse de la vigencia consuetudinaria del modelo de la excepción; el modelo de la tipicidad, aplicado por la jurisprudencia, sí se apoya, en cambio, en la *compabitilidad con la ley y no debe alegarse para fundamentar su quebrantamiento*. Y cuando Lenckner dice (10) que la cuestión sólo puede ser la de si, en el modelo de la excepción, «se trata de una interpretación amparada por el tenor literal de los párrafos 20, 21..., o de una reducción teleológica que debe considerarse, históricamente, como admisible», olvida que una interpretación que convierte en lo contrario el inequívoco tenor literal, nunca puede ser, según los principios conocidos, una «interpretación» y que una «reducción teleológica» es posible cuando se trata de una «restricción» del tenor literal legal (es decir, de una interpretación restrictiva), pero no cuando se trata de una ampliación de la pena.

Independientemente del problema de tenor literal, que podría solucionarse con una modificación legal, el modelo de la excepción infringe además el principio de culpabilidad, por más que sus partidarios lo nieguen. Pues el dolo o la imprudencia que puede existir en el momento de la preparación no son la culpabilidad por el hecho que la Ley exige. Si alguien quiere matar a otro y mientras limpia la pistola, ésta se dispara sin querer matando a la persona a la que se iba a matar, no hay evidentemente un asesinato. En la «*actio libera in causa*» no puede ser de otro modo: pues el dolo que preside la acción realizada en situación de incapacidad de culpabilidad es un dolo sin culpabilidad y no sirve como fundamento del mismo (de lo contrario podría, incluso, renunciarse completamente también al dolo en la producción de la situación de incapacidad de culpabilidad). Sí, por tanto, en el caso de la muerte producida al limpiar el arma, el castigo a título de dolo infrigiría el principio de culpabilidad, lo mismo sucede con el modelo de la excepción. Un modelo consecuente de la excepción tendría, incluso, además, que prescindir de la causación del resultado típico por el comportamiento previo (11), pues no se anticipa la causación del resultado típico y con él el injusto sino sólo la culpabilidad (12). Una tal culpabilidad «ambulante» que nunca ha pasado la «prueba» de fuego de la situación crítica» (13) no es más que puro sentimiento malo: una ejecución no culpable» y una decisión jurídicopenalmente irrelevante no pueden dar juntas un hecho culpable.

(10) SCH/SCHRÖDER/LENCKNER, StGB, §20, núm. marg. 35.

(11) Así también muy claramente NEUMANN, nota 1, pp. 26 y ss.

(12) Esto cuadraría incluso también para el modelo de la tipicidad, mientras que el modelo de la excepción ve la acción del injusto en el comportamiento durante la incapacidad de culpabilidad.

(13) Acertadamente al respecto PUPPE, como nota 1, p. 347.

Tampoco puede utilizarse en apoyo del modelo de la excepción, la referencia al estado de necesidad del parágrafo 35 StGB y la regulación sobre el error de prohibición (parágrafo 17 StGB), que, en algunos casos, basándose en una culpabilidad anterior excluyen la exculpación. El tenor literal legal no se opone en estos casos a recurrir a una culpabilidad anterior. El parágrafo 35 excluye, por ejemplo, expresamente la exculpación, cuando el autor «ha causado el peligro mismo» y el parágrafo 17 sólo exige que el error de prohibición (¡y no su evitabilidad!) exista en el momento de la comisión del hecho. Pero en ambos preceptos el recurso a una culpabilidad anterior no infringe, por diversas razones, el principio de culpabilidad, así que sería errónea la aplicación analógica de las consideraciones decisivas en estos casos al parágrafo 20. El parágrafo 35 no excluye la culpabilidad (la «receptividad normativa»), sino sólo la responsabilidad. Quien en el estado de necesidad previsto en el parágrafo 35 comete un hecho antijurídico, actúa todavía culpablemente (si bien con culpabilidad disminuida); pero por la ausencia de necesidad preventiva de pena no se le exige un comportamiento distinto. Este juicio de exigibilidad regido por reflexiones utilitaristas cambia, sin embargo, cuando es el propio autor que se encuentra en estado de necesidad quien ha provocado el peligro; en este caso, el legislador no tolera que el peligro sea eliminado a costa de otras personas. La culpabilidad anterior no fundamenta aquí, por tanto, la culpabilidad (¡que sigue existiendo!), sino sólo la exigibilidad, así que el principio de culpabilidad no es afectado.

No otra cosa sucede en el error de prohibición. Si aquí, bajo ciertas circunstancias, se castiga también a quien en el momento de la comisión del hecho ya no podía adquirir el conocimiento de la prohibición, porque en un momento anterior no utilizó, por ejemplo, posibilidades de información, esto es defendible. Pues el parágrafo 17 es una combinación de dolo de hecho e imprudencia de derecho; puede imponerse la pena del dolo, aunque el conocimiento de la prohibición no exista debido a imprudencia. Y para la imprudencia es sabido que la infracción del cuidado puede darse mucho antes de la producción del resultado, ya que incluso materializa el desvalor de la acción que luego repercute en el resultado. En los casos de actuación en error de prohibición coinciden, pues, el injusto doloso y el injusto imprudente, aunque en algunos casos puedan no coincidir temporalmente, así que también la culpabilidad tiene diferentes puntos de referencia. Pero en el parágrafo 20 de la situación es otra.

III

Puesto que el modelo de la excepción, al infringir el artículo 103.II de la Ley Fundamental y el principio de culpabilidad, es sencillamen-

te irrealizable, sólo queda, si quiere salvarse la «*actio licita in causa*», el tradicional modelo de la tipicidad, contra el que, sin embargo, también se alegan cada vez más argumentos (14). Aquí voy a intentar defenderlo de estos ataques (15).

1. En primer lugar, hay que dejar claro que el supuesto más frecuente afecta a la «*actio libera in causa*» imprudente, no a la dolosa. Con razón destaca el BGH que los casos de «*actio libera in causa*» dolosa no son «demasiado frecuentes». Más frecuentemente se producen casos en los que el autor se coloca en un estado de embriaguez, aunque, por experiencias anteriores desagradables hubiera podido prever que en ese estado puede provocar determinadas consecuencias ilícitas (BGHSt 17,263). Pero este caso normal de la «*actio libera in causa*» depara tan pocas dificultades al modelo de la tipicidad que se ha planteado ya la cuestión de por qué, en lugar de un delito imprudente completamente normal, no se habla de una «*actio libera in causa*» imprudente (16). Pues, de hecho, la «*actio libera in causa*» imprudente sigue las reglas normales de imputación en el tipo objetivo. El autor crea, por ejemplo, con su embriaguez un riesgo no permitido, que se realiza de manera imputable, cuando posteriormente en estado de incapacidad se produce el correspondiente resultado típico. Que el comportamiento imprudente y el resultado no coincidan temporalmente, también ocurre en muchos otros hechos improcedentes. La única diferencia entre la «*actio libera in causa*» imprudente y la imprudencia normal consiste en que en la «*actio libera in causa*» existen entre la acción imprudente y el resultado todavía otras acciones realizadas por el autor en estado de inculpabilidad, en las que falta la imprudencia «habitual». Pero esto no constituye una desviación de la estructura jurídica, sino sólo una imagen fenomenológica (17).

(14) Los más fundados y agudos contra el modelo de la tipicidad han sido formulados por NEUMANN, como nota 1, pp. 25-41.

(15) En esto coincido con PUPPE, como nota 1, y JAKOBS, «AT», 1983, 17/64 y ss.

(16) Cfr. HORN, como nota 1, pp. 289 y ss.

(17) Desde el punto de vista del modelo de la excepción considera JESCHECK, «AT», § 40, VI, 2, como un caso de a.l.i.c. no abarcable por las reglas generales de la imputación, el que alguien se embriague «sin pensar en que tiene que conducir un auto». En este caso considera que debe aplicarse el § 316-II, que castiga la embriaguez culpable en el tráfico, aunque el «embriagarse» no constituye ningún «conducir un vehículo de motor». Para el modelo de la tipicidad, en cambio, si la acción típica en este delito se limita a la conducción personal de un vehículo de motor, no será posible aplicar el § 316-II. De todas formas el § 323-a) puede satisfacer plenamente la necesidad de pena (*).

(*) El § 316-II StGB corresponde al artículo 340 bis-a)-1 del Código penal español (conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas). No existe en cambio en el Código penal español un precepto paralelo al § 323-a) StGB, que castiga a quien por el consumo de bebidas alcohólicas u otros medios estupefacientes se coloca dolosa o imprudentemente en un estado de embriaguez y en ese estado comete un delito, siempre que a consecuencia de ese estado hubiera quedado excluida su capacidad de culpabilidad;

2. Mayores dificultades hay con la «*actio libera in causa*» dolosa, aunque, en mi opinión, éstas son superables y, cuando no lo son, entonces simplemente es que hay que renunciar a fundamentar un castigo en base a la «*actio libera in causa*».

a) Se discute ya que el situarse en un estado de incapacidad (casi siempre: embriagarse) sea causal respecto al resultado típico. Neumann dice (18): «Todo lo más en casos excepcionales en los que el hecho representa un extrañamiento extremo de la personalidad» se puede demostrar que el autor no lo hubiera realizado si hubiera estado sobrio». Pero esto no convence (19). Si alguien —por seguir con el conocido ejemplo— bebe para darse valor y realizar el hecho en situación de incapacidad de culpabilidad, lo hace porque en estado de sobriedad no confía en realizarlo; y si con dolo eventual acepta que, como consecuencia de la desinhibición que produce la incapacidad de culpabilidad será empujado a cometer un determinado delito, esto implica entonces la constatación de que una persona sobria no hubiera cometido el hecho. En general, hay que partir de que la dirección de la acción por una persona sobria, sana física y psíquicamente transcurre de manera diferente a la de una persona completamente embriagada (20); de ello puede convencerse cualquiera a simple vista. Incluso si alguien hubiese realizado también el hecho independientemente de la situación de incapacidad, lo realizaría de otra manera —lo que para la causalidad es totalmente suficiente—. Cuando Neumann dice (21): «El comportamiento de quien, a consecuencia de su embriaguez, no puede comprender la ilicitud de unos daños materiales provocados en su estado, no se rige, en principio, por leyes distintas a las del comportamiento de quien realiza el mismo hecho en estado de sobriedad, por exceso de audacia»; son muchas las objeciones que contra esta afirmación pueden formularse. Incluso aunque fuera cierto que el comportamiento de uno completamente embriagado no se rige, en principio, por leyes distintas a las que sigue una persona completamente sobria, serían suficientes, sin embargo, más allá del difícilmente precisable «en principio», ya desviaciones en detalle de la realización para la causalidad. Pero sobre todo en los casos de embriaguez excluyente de la culpabilidad (y también en otros casos en los que se plantea la «*actio libera in causa*») es inimaginable que, como sugieren las palabras de Neumann, sólo queda excluida la capa-

por lo que este tipo de casos, que tampoco pueden entre nosotros excluirse de la eximente 1.^a del artículo 8 (por no preordenación al delito), deben considerarse impunes si se sigue el modelo de la tipicidad propuesto por Roxin (nota del traductor).

(18) Como nota 1, p. 26/87.

(19) En favor de la afirmación de la causalidad también PUPPE, como nota 1, p. 348.

(20) Con razón dice PUPPE, como nota 19, que debería imaginarse el hecho de un incapaz de culpabilidad como «obediente a otras leyes».

(21) Como nota 1, p. 27.

cidad para conocer la ilicitud y no sea también afectada la capacidad de dirección e inhibición que incide en la modificación del curso causal. Generalmente la capacidad de dirección será excluida incluso mucho antes que la capacidad para conocer la ilicitud. No se puede, por tanto, afirmar con éxito que el modelo de la tipicidad fracase ya por ausencia de causalidad.

b) Pero los ataques más importantes se dirigen contra la idea de que el colocarse en un estado de incapacidad puede considerarse como acción típica de un delito doloso. Para ello no sería suficiente con la causalidad y el dolo del comportamiento anterior. Más bien debería añadirse a la relación causal y final «todavía un momento ulterior que, de un modo u otro, convierte la acción en una acción delimitada, por ejemplo, en una acción específica de homicidio» (22). En esta afirmación es indiscutible que en el momento en que se desconecta la propia capacidad de culpabilidad hay que ver ya una tentativa de homicidio, de lesiones, etc., si se quiere que el modelo de la tipicidad sea realizable, pues la causación por un acto preparatorio no fundamenta la culpabilidad por el hecho (cfr. II). Pero, por otro lado, sería suficiente para admitir una acción típica que el autor en la fase de tentativa todavía con capacidad de culpabilidad ponga en marcha la relación causal; entonces habrá cometido un delito consumado, aunque en el momento de la producción del resultado no fuera ya imputable.

Todo depende, pues, de si el autor en el momento de ponerse en estado de incapacidad había alcanzado ya el estadio de la tentativa del hecho que pretende consumar ya en estado de incapacidad de culpabilidad. En contra de todas las objeciones esto se puede afirmar en los casos normales. Del mismo modo que en la autoría mediata, la tentativa de utilizar un instrumento no culpable comienza con la incidencia sobre el instrumento y termina cuando sale del propio ámbito de dominio (23), en la «actio libera in causa» la tentativa comienza al colocarse la propia persona en situación de incapacidad de culpabilidad: el autor se hace instrumento irresponsable de sí mismo y desde el momento en que se produce la incapacidad de culpabilidad pierde el curso causal posterior.

A esto se oponen los críticos del modelo de la tipicidad muchas veces con el argumento de que el caso de la «actio libera in causa» nada tiene que ver con la autoría mediata. Así, por ejemplo, dice Küper (24) que, «a pesar de la desaparición de la receptividad norma-

(22) HRUSCHKA, como nota 1, 1968, p. 557.

(23) Sobre ello ROXIN: *Der Anfang des beendeten Versuchs*, «Festschrift für Maurach», 1972, pp. 213 y ss. *El mismo*, «LK», 10.^a ed., § 25, núms. marg. 104 y ss. *El mismo*, «JuS», 1979, p. 11. En todos estos trabajos se contienen referencias sobre el estado de la polémica. A la tesis aquí mantenida se ha adherido el BGHSr 30, 363.

(24) Como nota 1, p. 590. En su «diálogo», KÜPER pone esta argumentación sólo en boca de uno de los dialogantes.

tiva» el autor sigue manteniendo —el dominio sobre el suceso—, que no pasa, como en la autoría mediata, a otro. Por eso, sigue diciendo Küper, «que no es correcta» la expresión «instrumento cuasi mecánico» y todavía menos la de «instrumento» en general. También Neumann (25) opina que, «a diferencia de lo que sucede en la autoría mediata», «en la “*actio libera in causa*” no pierde el autor el curso del suceso». Para Neumann las acciones del autor tras la aparición del estado de incapacidad no son producto de la ciega causalidad: «No puede discutirse que el borracho se puede decidir contra la realización del plan elaborado en estado de sobriedad».

Pero nada de esto es sostenible. Ciertamente sigue manteniendo el autor incapaz de culpabilidad el «dominio de la acción» (26) sobre el suceso; pero este dominio lo tiene también el incapaz cuando otra persona se sirve de él y no por ello se niega la autoría mediata del que se sirve del incapaz. Al contrario, incluso es presupuesto de que el autor mediato pueda dominar el suceso con su dirección responsable. Y es indiferente para el dominio sobre el posterior curso causal ejercido por su actuar responsable, el si el autor mediato «traspasa» el dominio de la acción a un tercero o si lo mantiene él mismo en estado de inculpabilidad; mucho más podrá determinar su propia psique que la de un tercero, cuyo comportamiento en estado de incapacidad de culpabilidad es menos controlable por el autor. Lo cierto es que el incapaz de culpabilidad no actúa de un modo «ciego causal» o «cuasi mecánicamente» y que la expresión «instrumento» no caracteriza correctamente el supuesto de hecho. Pero lo mismo ocurre cuando se sirve de intermediario inculpable, ya que también es posible en este caso que el hecho finalmente no se consume. Lo que vale para todos los casos de autoría mediata por utilización de un intermediario inculpable, no puede alegarse contra la misma construcción en la «*actio libera in causa*». Además se ignoraría la estructura de la autoría mediata, si se exigiera del autor mediato que dominara al intermediario como si de un instrumento mecánico se tratara; la utilización de factores causales ciegos y de medios mecánicos auxiliares es más bien un caso de autoría directa. En los casos de la clase dicha anteriormente la autoría mediata se determina por el principio de responsabilidad: un responsable toma a su servicio a un agente no culpable, así que su comportamiento se le puede imputar conforme a criterios normativos. Nada más se exige ni en la autoría mediata ni en la «*actio libera in causa*».

Si se quiere ajustar al caso el modelo de la tipicidad, sólo queda la posibilidad de determinar el comienzo de la tentativa en la autoría

(25) Como nota 1, pp. 34 y ss.

(26) Sobre esta terminología, cfr. mi libro *Täterschaft und Tatherrschaft*, 4.^a ed., 1984, pp. 127 y ss. También allí se expone con detalles la estructura de la autoría mediata en tales casos.

mediata por utilización de un tercero no culpable o que no actúa dolosamente en el momento en el que el mediador pone en peligro directamente a la víctima. Esta tesis ha encontrado muchos partidarios en la bibliografía más reciente aparecida en torno a la sentencia del BGH (BGHSt) 30,363 (27). No es ahora el momento, por razones de espacio, de discutir con detalles esta problemática general de la tentativa y la autoría mediata (28). Pero sí hay que seguir manteniendo con énfasis que existe tentativa acabada cuando un responsable pone en marcha un curso causal y pierde su dirección, al traspasarlo a otra persona que actúa sin culpabilidad o sin dolo y que es la que, en definitiva, tiene que llegar al resultado. En tales casos, el autor ha pasado «la prueba de fuego de la situación crítica» (Bockelmann) y realizado todo lo que por su parte era necesario para producir el resultado. La ley *no* atiende a la inmediata puesta en peligro de la víctima, *ni tampoco* el actuar del intermediario, sino sólo al «comenzar a» que realiza el autor; pero éste no puede comenzar más que cuando el suceso ha salido claramente de su esfera de influencia. También el dolo y la culpabilidad, que tienen que estar presentes en el momento de la tentativa, sólo pueden referirse al momento en que el autor todavía actúa. Si, por ejemplo, tras «traspasar» el asunto al intermediario que actúa sin capacidad de culpabilidad o sin dolo, se echa a dormir, nada impide que, si todo transcurre conforme a lo previsto, pueda ser castigado por delito doloso. Si se mantiene otra opinión ¿cómo puede explicarse que alguien que está durmiendo comience dolosamente(!) a ejecutar un hecho?

Contra esta tesis de que en la autoría mediata la tentativa termina cuando el suceso causal sale del propio ámbito de dominio, se alega siempre que el mediador no equivale a un instrumento «ciego mecánico» y no puede ser equiparado a un perro al que se azuza para morder a otro. El azuzar al perro es ya desde luego tentativa, pero no el impulsar a un mediador que, a pesar de su incapacidad, puede omitir la ejecución. Es evidente que aquí existen diferencias materiales y que la situación psicológica no es la misma cuando se utiliza a un mediador sin culpabilidad o sin dolo. Pero esto no cambia el que en estos tres casos haya que tratar por el mismo rasero el comienzo de la tentativa con los criterios normativos decisivos. Si se afirma como algo indiscutible el dominio del hecho tanto en el empleo de un instrumento «mecánico» como en el de un mediador que actúa sin culpabilidad o sin dolo, «hay que admitir la equivalencia normativa ya *conocida* de las formas de dominio del hecho también para la descripción del comienzo de la tentativa por encima incluso de di-

(27) Cfr. sólo, por ejemplo, VÖGLER, «LK», 10.^a ed., § 22, núms. marg. 96 y ss. KÜPER, «JZ», 1983, 361. KÜHL, «JuS», 1983, 186. KADEL, «GA», 1983, 299. PAEFFGEN, como nota 1, pp. 517 y ss.

(28) Mi propia postura ha sido fundamentada expresamente en los trabajos citados en nota 23. En relación con ella, habla LACKNER, «StGB», 16.^a ed., 1985, § 33, 1 c), de una «opinión preponderante y también preferible».

ferencias puramente fácticas» (29), tanto más cuanto, por lo demás los criterios legislativos rectores apuntan en esa dirección. Si, por ejemplo, en el caso de la inducción (parágrafo 30, párrafo 1.º, StGB) la tentativa comienza con la invitación al autor y termina todo lo más con su decisión, de tal manera que es suficiente para alcanzar los límites de lo punible con la puesta en marcha del proceso causal que ya no sea dominable por el inductor, no puede suceder de otro modo con la tentativa de la autoría mediata. Constituiría una contradicción valorativa insoportable que pueda ser castigado el que induce a un imputable a cometer un asesinato y que, por el contrario, permaneciera impune el que hace lo mismo con un enfermo mental, siempre que el mediador no haya puesto las manos en su víctima.

c) Tampoco es cierto que el modelo de la tipicidad sólo sea aplicable a los delitos de resultado (30). Naturalmente, son estos delitos (homicidio, lesiones, daños) los que ofrecen más casuística, con lo que la «actio libera in causa» incluso limitándola a ellos sería una útil construcción, pero no hay ninguna razón para esta limitación. También en el hurto cualificado (parágrafos 242 y siguientes StGB), en las lesiones peligrosas (parágrafo 223 StGB), en la violación (parágrafo 177 StGB) y delitos similares que presuponen una determinada forma de ataque, es posible, sin más, considerar el comienzo del delito en el momento en que se produce la situación de incapacidad. Pues el comportamiento en el estadio de la tentativa no tiene todavía por qué mostrar el mismo tipo de acción que en el delito consumado. Tampoco es, en modo alguno, necesario que la forma de ataque especificada en el tipo se realice con capacidad de culpabilidad. Así, por ejemplo, en las lesiones con medios peligrosos [parágrafo 223 a) StGB] o en el hurto con armas (parágrafo 244 StGB) el legislador pretende proteger a las víctimas con especial énfasis, siendo irrelevante a tales efectos si el autor es o no capaz de culpabilidad en ese momento (31).

Otra cosa ocurre con los delitos de propia mano (32), y dentro de ellos y en relación con nuestro tema, los que he llamado delitos de propia mano impropios, «en los que el deber que fundamenta la pena está configurado de tal manera que sólo puede ser lesionado por la realización directamente personal de la acción típica» (33). En el caso de que alguien tome un psicofármaco que excluya su culpabilidad, testimoniando falsamente bajo su influencia ante un Tribunal (34), no existe realmente un delito de falso testimonio, pues el deber de decir la verdad sólo surge en el momento de la declaración

(29) SCHLEHOFER: *Einwilligung und Einverständnis*, 1985, p. 71.

(30) En este sentido HRUSCHKA, como nota 1, 1974, p. 69.

(31) Acertadamente, PUPPE, como nota 1, p. 347.

(32) Sobre ellos, JAKOBS, «AT», 1983, 17/67.

(33) ROXIN: *Täterschaft und Tatherrschaft*, 4.ª ed., 1984, p. 393.

(34) HRUSCHKA, como nota 1, p. 556.

ante el Tribunal, de tal modo que no puede considerarse ni siquiera como tentativa de falso testimonio la ingestión del medicamento. Pero con ello no se cuestiona, sino se confirma el modelo de la tipicidad. Pues dicho modelo se basa en que las reglas que rigen la autoría mediata pueden transplantarse al caso en que alguien se sirve de sí mismo como intermediario sin culpabilidad. Entonces es consecuente excluir también la «*actio libera in causa*», allí donde no es posible una autoría mediata. Lo mismo vale si se limita el deber de conducir vehículos de motor sólo en correcto estado, al hecho mismo de conducir, como se desprende claramente del tenor literal de los párrafos 315 c) y 316 StGB. Embriagarse no es, pues, todavía comenzar a conducir un vehículo de motor, por lo que no es posible castigar por los párrafos 315 c) y 316 StGB, a quien se embriaga completamente con el propósito de conducir en este estado un auto. Ello no resulta insatisfactorio desde el punto de vista político-criminal, porque los casos de esta clase pueden ser incluidos en el párrafo 323 a) StGB [ver nota del traductor (*)].

Una ulterior objeción (35) indica que el modelo de la tipicidad «tendría que llevar, necesariamente, en todos los casos, a aplicar el párrafo 21 StGB (capacidad de culpabilidad disminuida), pues la acción constitutiva de tentativa que se realiza en el momento de la producción de la incapacidad de culpabilidad («el último trago» antes de ponerse en esa situación) se produce en un estado de capacidad de culpabilidad disminuida». A ello hay que replicar diciendo que en el momento del «último trago» existe ya tentativa acabada, que va precedida de una tentativa incompleta o inacabada. Esta forma de tentativa no puede comenzar ciertamente tampoco con el «primer trago», ya que el primer trago no provoca todavía un estado próximo a la incapacidad de culpabilidad. Pero cuando la ingestión de alcohol —para seguir con nuestro ejemplo— ha llegado a tal nivel que el autor está a punto de alcanzar un estado de disminución relevante de la capacidad de culpabilidad, entonces es cuando comienza, si se da además el correspondiente dolo, la tentativa, ya que en este momento es cuando el posterior suceso generalmente se caracteriza por una pérdida relevante de la capacidad de dirección e inhibición.

Por lo demás en la «*actio libera in causa*» dolosa no habría por qué aplicar una pena atenuada incluso aunque la tentativa comenzara tras haber traspasado el autor los límites de la capacidad de culpabilidad disminuida (párrafo 21 StGB). Esta es también la tesis mantenida por la jurisprudencia que niega la aplicación facultativa de la atenuación de la pena cuando el autor se colocó dolosa y culpablemente en un estado de disminución de la capacidad de culpabilidad.

(*) Recuérdese lo dicho en nota del traductor (*) supra después de nota 17.

(35) NNEUMANN, como nota 1, p. 36.

e) Un último argumento contra el modelo de la tipicidad proviene de la doctrina del desistimiento. Se critica que al admitir la tentativa ya no es posible el desistimiento voluntario del incapaz de culpabilidad (36). «El borracho que por compasión deja caer la pistola, no podría quedar impune por aplicación del parágrafo 24 (desistimiento voluntario de consumir el delito). Esta conclusión es totalmente insatisfactoria, pero obligada dogmáticamente si se parte de la teoría de la anticipación» (37). Realmente este tipo de argumentación ha puesto en un compromiso a los partidarios del modelo de la tipicidad. Así, por ejemplo, opina Puppe (38), un tanto despistada, que es «problemático» que se pueda calificar de «voluntario en el sentido del parágrafo 24 StGB el desistimiento realizado en estado de incapacidad de culpabilidad». Jakobs (39) sólo admite el desistimiento, «si en el momento de la pérdida de imputabilidad aún seguía existiendo el fundamento del desistimiento. De lo contrario, sería el desistimiento, “per definitionem” irresponsable, del inimputable involuntario».

En mi opinión, también desde el punto de vista del modelo de la tipicidad se puede fundamentar la admisión del desistimiento voluntario, pues el parágrafo 24 StGB no hace depender la impunidad de la capacidad de culpabilidad del que desiste, sino de su voluntariedad. Sólo si se considera el desistimiento como «causa de anulación de la culpabilidad», supondría la voluntariedad la capacidad de culpabilidad en el momento del desistimiento. Pero lo correcto es considerar que en este caso lo que falta es la responsabilidad jurídico-penal porque ni desde el punto de vista preventivo general, ni especial, es necesaria una pena (40). Desde el punto de vista de esta valoración político-criminal orientada a los fines de la pena existen buenas razones para no hacer depender la voluntariedad del desistimiento de la capacidad de culpabilidad del que desiste. Pues, si el parágrafo 20 pretende exculpar, se pervertiría su sentido, si aquí se le utilizara para frustrar una impunidad que a todas luces es recomendable. Tampoco las necesidades preventivas exigen la imposición de una pena, «pues si el autor ya incapaz, pero indudablemente peligroso, todavía desiste a tiempo, es esto lo que habla también en favor de la disposición a desistir y con ello de una menor peligrosidad del autor imputable» (41); en todo caso, parece razonable desde el punto de vista político-criminal partir de una tal hipótesis en favor del autor.

(36) Así ya WELP: *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungs-äquivalenz der Unterlassung*, 1963, p. 135 (en las obras de PUPPE, como nota 1, 349, nota 18, y NEUMANN, como nota 1, p. 40, se cita erróneamente la página 195).

(37) NEUMANN, como nota 1, pp. 39 y ss.

(38) Como nota 1, p. 349; nota 18 al final.

(39) «AT», 1983, 17/68.

(40) Para más detalles ROXIN: *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.^a ed., 1973, pp. 35 y ss. *El mismo*, «Festschrift für Heinitz», 1972, pp. 273 y ss. Cfr. también MAURACH, como nota 1, pp. 378 y ss.

(41) MAURACH, como nota 1, p. 379.

Para fundamentar la impunidad del que desiste en estos casos, no es, por tanto, preciso recurrir al modelo de la excepción. Generalmente con este modelo no hay en estos casos ningún problema, porque considera que no hay todavía tentativa. Pero no me parece convincente que en el ejemplo antes citado propuesto por Neumann, en el que «el asesino incapaz de culpabilidad baja la pistola con la que apuntaba» la impunidad pueda deducirse del modelo de la excepción. Pues en este caso, también desde el punto de vista del modelo de la excepción, hay que afirmar la tentativa. Tampoco se puede deducir del modelo de la excepción que se pueda prescindir completamente en el desistimiento de la capacidad de culpabilidad del autor que desiste, pues la inculpación supone siempre una culpabilidad anterior, mientras que aquí no puede hablarse de una anterior decisión de desistir. La impunidad en estos casos sólo puede, pues, fundamentarse también por los partidarios del modelo de la excepción, con los argumentos extraídos de los fines de la pena que ya antes se han hecho valer con el modelo de la tipicidad.

IV

Aunque, después de todo lo dicho, parece que el modelo de la tipicidad es en la mayoría de los casos realizable desde un punto de vista constructivo, hay que advertir que aún quedan dos grupos de casos —junto a los ya citados delitos de propia mano— a los que no es aplicable.

1. El primer caso en el que se excluye la pena del delito doloso es aquél en el que el autor en el momento de la aparición de la incapacidad de culpabilidad ciertamente tenía el propósito de cometer el delito, pero la situación de incapacidad se produce de un modo no doloso.

La «actio libera in causa» supone un «doble dolo»: el autor debe actuar como mínimo con dolo eventual tanto respecto a la posterior realización del tipo como a la producción del estado de incapacidad (42). Para el modelo de la tipicidad ello es incluso obligado: igual que en la autoría mediata el dolo tiene que abarcar no sólo la realización del tipo, sino también los factores que fundamentan el dominio

(42) Así con razón la doctrina dominante: por ejemplo, SCH./SCHÖNKE/LENCKNER, «StGB», 22.^a ed., 1985, § 20, núm. marg. 36. SK-RUDOLPHI, 3.^a ed., § 20, núm. marg. 30. JESCHECK, «AT», 3.^a ed., 1978, § 40, VI, 2. JAKOBS, «AT», 1983, 17/65, nota 118. OEHLER, como nota 1, pp. 386 y ss. PUPPE, como nota 1, p. 348 y s., que con razón se refiere a que de lo contrario faltaría el dolo de la causalidad del embriagarse para el resultado. Como aquí también RGSt 73, 117 y ss. (182); «BGHSt» 2, 17; 17, 334; «BGH», «VRS» 23, 213. Confuso «BGHSt» 21, 381. Análogamente como aquí también KRAUSE, como nota 1, p. 174.

del hecho (43), en la «actio libera in causa» dolosa el autor sólo puede pretender utilizarse a sí mismo como instrumento no culpable cuando su dolo abarca la producción de la propia incapacidad de culpabilidad. Sólo al colocarse dolosamente en estado de incapacidad de culpabilidad comienza a realizar el hecho y entra en el estadio de la tentativa. Quien en la preparación de un hecho que quiere realizar con capacidad de culpabilidad comienza a beber por aburrimiento y sin darse cuenta se pone en estado de incapacidad de culpabilidad, no ha comenzado todavía a realizarlo. Pues para la imagen que tenía del hecho, en la que no se comprendía la utilización de su propia persona como instrumento sin culpabilidad, sólo existiría un comienzo de tentativa cuando posteriormente procediera directamente a realizar el tipo.

La opinión contraria que considera que para castigar por delito doloso es suficiente con situarse imprudentemente (44) o incluso sin ningún tipo de culpabilidad (45) en estado de incapacidad, sólo puede mantenerse con el modelo de la excepción, para el que no importa ni la causalidad de la incapacidad ni el comienzo de la tentativa en el momento de su producción. Pero precisamente en esto se ve con claridad cómo infringe esta construcción el principio de culpabilidad, pues, la única «culpabilidad» que queda es un plan delictivo en estado de preparación. ¿Cómo puede ser esto suficiente para castigar por un delito doloso consumado? Es curioso que los partidarios del modelo de la excepción que refieren el dolo también a la producción del estado de incapacidad están con los argumentos que alegan para ello, sin darse cuenta, volviendo al modelo de la tipicidad. Cuando, por ejemplo, Jescheck (46) considera «incompatible con el principio de culpabilidad» «la teoría que pretende limitar el dolo a la acción típica», porque, según él, la «actio libera in causa» constituye «un paralelo con la autoría mediata», tiene efectivamente razón; pero, al decir esto, se aleja del modelo de la excepción que precisamente se basa no en la idea de autoría mediata, sino en la de la autoría directa. Lo mismo se puede decir de la tesis de Lenckner (47), cuando sostiene que hay que exigir el doble dolo «cuando la comisión del hecho sólo es la acción no libre “in actu”». Del principio de culpabilidad se deduce que sólo está justificado el castigo por delito doloso, cuando la relación de voluntad responsable entre el situarse en estado

(43) Con detalles ROXIN, «LK», 10.^a ed., § 25, núms. 96 y ss.

(44) MAURACH, como nota 1, p. 375; MAURACH/ZIPF, «AT»/I, 6.^a ed., 1983, § 36, núm. marg. 57. HRUSCHKA, como nota 1, pp. 28 y ss.

(45) CRAMER: *Der Vollrauschtaibestand als abstraktes Gefährungsdelikt*, 1962, p. 132. *El mismo*, como nota 1, pp. 273 y s.

(46) «AT», 3.^a ed., § 40, VI, 2.

(47) SCH./SCHÖNKE/LENCKER, «StGB», 22.^a ed., 1985, § 20, núm. marg. 36; contra la fundamentación de LENCKER desde el punto de vista del modelo de la excepción también NEUMANN, como nota 1, p. 28, nota 22.

de incapacidad y la posterior realización del hecho consiste precisamente en que el autor conscientemente se puso en estado de incapacidad para realizar el hecho concreto». Esto es también correcto, pero de nuevo desde el punto de vista del modelo de la tipicidad, pues la consciente pérdida de la capacidad de dirección «in actu» y del dominio del hecho que de ella se deriva con la «*actio praecedens*» fundamentan el modelo de la tipicidad, no el de la excepción.

Quienes para castigar por «*actio libera in causa*» dolosa, consideran suficiente que el autor se haya puesto en el estado de incapacidad imprudentemente o incluso sin culpabilidad, invocan la bondad político-criminal de esta solución. Pero sin razón, pues en la mayoría de los casos, el autor actúa respecto al ponerse en situación de incapacidad de culpabilidad, por lo menos con dolo eventual (48). Así, por ejemplo, en los casos de embriaguez el autor notará generalmente, que va perdiendo poco a poco el control; si sigue bebiendo y manteniendo su plan delictivo, no le faltará el doble dolo. Si no es así, habrá que recurrir al parágrafo 323 a) StGB (*) o, en su caso, al castigo por delito imprudente. De todos modos, habrá que admitir la impunidad, si la incapacidad de culpabilidad se produce sin culpa del autor decidido a cometer el delito antes de comenzar a ejecutarlo, por ejemplo, porque alguien ha vertido en su bebida un narcótico. Pero esto es también admisible, pues en este caso no se puede reprochar al autor más que un acto preparatorio impune. Los partidarios del modelo de la excepción también admiten en este caso la impunidad, pero desde esta teoría no se puede entender muy bien porqué hay que exigir para castigar por delito doloso junto al dolo típico todavía también imprudencia respecto a la producción de la propia incapacidad de culpabilidad (Ya antes se expuso que estas dudas surgen también cuando se quiere fundamentar con el modelo de la excepción la exigencia de doble dolo).

2. Finalmente, tampoco tiene nada que ver con la «*actio libera in causa*» el no menos importante grupo de casos en los que el autor produce dolosamente una relevante disminución de su capacidad de culpabilidad (parágrafo 21 StGB), realizando el hecho en ese estado. Aunque aquí la «casi unánime opinión» (49) considere aplicable la «*actio libera in causa*» o, por lo menos, la «idea jurídica» que la preside para evitar atenuar la pena (50), aquí hay que darles la razón a los críticos (51) del modelo de la tipicidad que consideran que en esto es inaplicable. Naturalmente, no se puede decir que alguien se utiliza a sí mismo como intermediario incapaz de culpabilidad, cuan-

(48) De otra opinión NEUMANN, como nota 1, pp. 30 y s.

(*) Recuérdese lo dicho supra nota del traductor después de nota 17.

(49) NEUMANN, como nota 1, p. 38.

(50) Cfr. sólo SK-RUDOLPHI, § 20, núm. marg. 29; «BGHSt», 21, pp. 381 y ss.; «BGH», «NJW», 1955, 1037; «BGH», «VRS», 21, 47; 264, 23, 438.

(51) —Sobre todo PUPPE, como nota 1, 349. NEUMANN, como nota 1, p. 38.

do sigue siendo hasta la consumación del hecho receptivo a las exigencias normativas y, por tanto, capaz de culpabilidad, pues la disminución de la misma no le anula completamente. En los casos de incapacidad de culpabilidad previstos en el parágrafo 21 StGB la tentativa no comienza con la disminución de la misma, sino con el proceder directamente el autor todavía capaz a la realización del tipo.

Sin embargo, parece inadecuado conceder la atenuación prevista en el parágrafo 49.1 StGB para la capacidad disminuida prevista en el parágrafo 21 StGB a quien con propósito de cometer un delito se sitúa dolosamente en un estado de disminución de la culpabilidad.

Pero para evitar esta consecuencia no es preciso recurrir a la «*actio libera in causa*», basta con no aplicar la atenuación facultativa del parágrafo 21 StGB [cfr. supra III d), «*in fine*»]. Ciertamente que esta atenuación facultativa del parágrafo 21 es difícilmente compatible con el principio de culpabilidad. Pero precisamente en este caso sí está justificado no aplicarla. Además, si el parágrafo 46.2 StGB considera como un factor relevante para la determinación de la pena el comportamiento del autor anterior a la comisión del delito, debe tenerse en cuenta entre las «circunstancias favorables y contrarias al reo» la provocación dolosa de la situación prevista en el parágrafo 21 como una circunstancia que habla en su contra. La culpabilidad en la determinación de la pena es distinta a la culpabilidad que la fundamenta. Y lo que vale para el parágrafo 20 StGB no puede transplantarse al parágrafo 46 StGB que abarca toda la «vida anterior» del autor del delito.

V

Con razón destaca Karl Lackner (52), el gran comentarista del Código penal, a quien se dedica como homenaje este artículo, al aplicar a la «*actio libera in causa*» el modelo de la tipicidad, que «la estructura dogmática y en parte las consecuencias jurídicas de la «*actio libera in causa*» son discutibles y que aún no han sido definitivamente aclaradas». Ello se debe a que aquí coinciden de manera complicada problemas centrales del principio de culpabilidad, de la teoría de la tentativa y de la autoría mediata que ya de por sí son muy discutibles. Mis observaciones no son más que una modesta aportación para la posterior discusión de otras cuestiones fundamentales y cordialmente las dedico con mis mejores deseos a Karl Lackner.

(52) StGB, 16.^a ed., 1985, § 20, 8.