

La acción «libera in causa»

MERCEDES ALONSO ALAMO

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Valladolid

SUMARIO: 1. Concepto. Excepción a los principios *nullum crimen sine actione* y *nulla poena sine culpa*. Referencias legislativas.—2. Fundamento. Paralelismo con la autoría mediata. Crítica. El principio *causa causae est causa causati*. Crítica. Necesidad de pena y equiparación de la *actio non libera in se* pero *libera in causa* y la *actio libera in se*.—3. Extensión.—a) *Inimputabilidad e incapacidad de acción al tiempo del hecho*. Referencias históricas. Situación actual.—b) *Fenómenos afines*. Delimitación. La acción típica, antijurídica (*actio illicita*) o culpable in causa. Problemas de error referible a un momento precedente.—4. Estructura.—a) *Actio praecedens*. Comienzo de ejecución. Acción típica. Imputación objetiva.—b) *Fenómenos con estructura diversa*. Delimitación. *Inimputabilidad sobrevenida: durante la ejecución de la acción típica; durante la fase preparatoria del delito*.—c) *Delito determinado*. El problema de la drogodependencia. Figuras agravadas y privilegiadas. Relevancia del error de tipo.—5. *Omissio libera in causa*.—6. *Actio* (y *omissio*) *libera in causa dolosa* y *culposa*.—7. *Actio libera in causa* y figuras delictivas específicas. Delimitación. Referencias de Derecho extranjero. Derecho español. La conducción de vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes [art. 340 bis a) 1.º].—8. Disposiciones legislativas generales. Trastorno mental transitorio (art. 8.1.º). Capacidad limitada de autodirección (art. 9, 1.ª y 2.ª). La Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983. Consideración de *lege ferenda*.

1. Con la expresión *actio libera in causa* se designa en la literatura tradicional el fenómeno delictivo caracterizado porque, al tiempo del hecho, el autor se encuentra en estado de inimputabilidad o es incapaz de acción, pero esta situación puede referirse a un momento anterior (*actio praecedens*) en que era plenamente capaz. Destaca un primer momento en que el sujeto todavía capaz *se coloca* en situación de inimputabilidad o de incapacidad de acción; en este momento no

ha comenzado aún a realizar la acción descrita en el tipo (1). Y un segundo momento en que el sujeto realiza la conducta típica encontrándose ya en estado de inimputabilidad o siendo incapaz de acción. Entre ambos momentos, la *actio praecedens* y la realización del comportamiento típico, debe mediar un nexo psicológico o anímico.

En la *actio libera in causa*, de conformidad con lo expuesto, el sujeto interpone una «causa» cuando aún es capaz de acción o imputable (2). Pero el hecho típico se produce cuando es incapaz de acción o inimputable, pese a lo cual es puesto a su cargo. La vigencia de los principios *nullum crimen sine actione* y *nulla poena sine culpa* se ve, así, perturbada. Momento en el que el autor debe ser capaz de culpabilidad es el de la realización del hecho típico; el autor debe ser capaz de culpabilidad al tiempo del hecho; también en este momento debe ser capaz de acción, es decir, la acción debe poder ser referida a su voluntad (3). Ello no ocurre así, evidentemente, en las *acciones liberae in causa* (por ejemplo, si el autor se halla al tiempo del hecho en estado de embriaguez plena preordenada al delito; o, de admitirse la llamada *omissio libera in causa* —a la que nos referiremos después— si el «garante» toma un narcótico para hallándose dormido no impedir en el momento decisivo el accidente ferroviario; o si el sujeto provoca la situación de fuerza irresistible realizando entonces el hecho típico), pese a lo cual un sector de la doctrina, representado sobre todo por Maurach, no duda en afirmar que los principios antes citados rigen sin ninguna excepción y que la denominada *actio libera in causa* es sólo una «excepción aparente» al principio de culpabilidad (4).

Hruschka ha mostrado, sin embargo, que detrás de esta afirmación late una evidente confusión terminológica (5). Quienes mantienen la vigencia del principio de culpabilidad no fundamentan suficientemente esta posición y parece que refieren, objetiva y subjetivamente, el hecho típico realizado al actuar precedente del autor. Se produce así una «anticipación» de la realización del tipo para evi-

(1) Importa subrayar esto desde ahora, pues no siempre aparece suficientemente claro en la literatura, *vid. infra*, notas 7 y 8 y epígrafe 4, a) y b).

(2) La «causa decisiva»: *vid. MAURACH/ZIPF: Strafrecht, A.T., I, 1.º, 6 Aufl., Müller, 1983, p. 470; vid., también, SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER: Strafgesetzbuch Kommentar, 22 Aufl., Beck, 1985, p. 265.*

(3) El Código penal alemán reclama expresamente que las causas de inimputabilidad concurren en la *comisión del hecho* (parágrafo 20). De aquí que la atención de la doctrina se haya centrado, fundamentalmente, en la *actio libera in causa* del inimputable. Pero lo expuesto vale también para el incapaz de acción.

(4) MAURACH: *Fragen der actio libera in causa*, JuS 1961, p. 373; MAURACH/ZIPF: *Strafrecht, A.T., I, 1.º, cit.*, p. 470; JAKOBS: *Strafrecht, A.T., W de G*, 1983, p. 417. Destacando que es cuestión discutida si la *actio libera in causa* es una excepción aparente o real al principio de culpabilidad, *vid. SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER: Loc. cit.*, p. 265.

(5) HRUSCHKA: *Methodenprobleme bei der Tatzurechnung trotz Schuldunfähigkeit des Täters. Zugleich eine Apologie des Art. 12 SchwStrGB, SchwZStr*, 1974, pp. 63 y ss.

tar las consecuencias a que lleva la ausencia de un elemento del delito al tiempo del hecho (*Vorverlegungsdoktrin*). Ello pugna con el principio de simultaneidad (*Simultaneitätsprinzip*), que exige que concurra temporalmente cada uno de los elementos del delito con los restantes para que pueda hablarse con rigor de hecho punible, y con el principio de referencia (*Referenzprinzip*), que exige que la realización de cada elemento esté referida a la realización de los otros (6). El que la conducta sea «libre» en su causa, el que medie un nexo psicológico entre el actuar precedente y el resultado (por ejemplo, el sujeto se embriaga *para*, en estado de embriaguez plena, dar muerte a su enemigo) y el que también aquí pueda traerse a colación el principio según el cual la causa de la causa es la causa del resultado, no basta para que pueda afirmarse sin reservas que la imputación del resultado al sujeto inimputable al tiempo del hecho se realiza sin menoscabo del principio de culpabilidad, pues en el embriagarse, como se mostrará después, no cabe ver aún ninguna acción típica de homicidio; el embriagarse se mantiene en la fase preparatoria del delito y no es acto de ejecución (7); desde la perspectiva del tipo doloso del ho-

(6) HRUSCHKA: *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, W de G, 1983, pp. 64 y ss. y 269 y s. *Vid.* también las indicaciones de NEUMANN sobre el principio de simultaneidad o de coincidencia, en *Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluß strafrechtlicher Verantwortlichkeit*, ZStW 1987, pp. 574 y ss. Una «anticipación» puede hallarse en LISZT cuando afirma que momento decisivo no es la ejecución del resultado, sino el impulso dado, cuando existe imputabilidad, para que la cadena causal se desarrolle, *vid. Tratado de Derecho penal*, T. 2, trad. de la 20.^a ed. alemana por Jiménez de Asúa, Reus, 1916, p. 388. En la literatura española se advierte la anticipación, por ejemplo, en COBO/VIVES: *Derecho penal*, P.G., 2.^a ed., Tirant lo Blanch, 1987, cuando afirman: «...ha de entenderse ejecutado el delito justo en el momento en que se adquiere el trastorno mental preordenado a su comisión» (p. 406), o respecto de la *actio libera in causa culposa* que «la acción ejecutiva tiene lugar en situación de imputabilidad» (p. 406); también CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal*, P.G., I, 3.^a ed., Tecnos, 1985, afirma: «...si el sujeto previó o pudo prever que durante el sueño podía realizar una conducta delictiva y no tomó las precauciones necesarias para impedirlo, podría incurrir en responsabilidad penal a título de dolo o culpa por las acciones u omisiones que precedieron al sueño», p. 292, nota 2; MIR PUIG: *Derecho penal*, P.G., 2.^a ed., PPU, 1985, al fundamentar la punibilidad de la *actio libera in causa culposa* entiende que «hay que castigar... por la imprudencia anterior» y que cuando hay provocación imprudente de trastorno mental transitorio subsiste «una imprudencia anterior a la que es imputable el resultado lesivo producido y que, por ser anterior al trastorno, no tiene por qué quedar exenta de la responsabilidad que corresponda a los delitos imprudentes», p. 510, *vid.* también *infra* nota 10; MUÑOZ CONDE: *Teoría General del delito*, Temis, 1984, dice: «...en estos casos llamados *acciones liberae in causa* lo relevante penalmente es el actuar precedente», pp. 18 y s., QUINTERO OLIVARES: *Derecho penal*, P.G., Gráficas Signo, 1986, destaca que en la *actio libera in causa* «el momento de valoración de la existencia de una acción penalmente relevante y causalmente atribuible al sujeto se sitúa no en el momento de la realización del hecho, sino en aquel en que el sujeto voluntaria o imprudentemente dejó de tener la plena consciencia de sus actos» (p. 422), y en relación con la *actio libera in causa culposa* afirma que «si bien no hay ningún obstáculo en admitirla, parece un periplo conceptual innecesario», ya que puede configurarse *directamente* como supuestos de imprudencia punible (pp. 422 y s.).

(7) Sin embargo, un amplio sector doctrinal ve ya tentativa de delito en la realiza-

micidio el embriagarse no es «objetivamente imputable» (8), no es una acción perteneciente al círculo de las acciones que el tipo pretende captar. Precisamente porque ello no es así se recurre al expediente de las *actiones liberae in causa* y no viene en consideración sin más un homicidio intentado o consumado. Otros intentos de fundamentar la *actio libera in causa* a la luz del principio de culpabilidad tampoco pueden sostenerse seriamente. Esto sucede con la interpretación extensiva del pasaje legal «al tiempo del hecho» del parágrafo 20 del Código penal alemán y del art. 10 del Código penal suizo (que declaran ausente la responsabilidad si en el momento del hecho concurren determinadas causas de inimputabilidad) en el sentido de entender el «hecho» no como la realización del correspondiente tipo de delito, sino el acontecimiento total, comprensivo en su caso de la *actio praecedens*. Esta interpretación violenta el sentido de los citados preceptos, es decir, fuerza la vigencia del principio de culpabilidad mediante un adelantamiento o anticipación de las barreras del tipo (9)

La violación del principio *nullum crimen sine actione* no puede tampoco ignorarse. La acción típica debe poder ser referida a la voluntad. Esto no sucede en los supuestos en que el sujeto es incapaz de acción. Entender que momento de la «acción» es ya la produc-

ción de la *actio praecedens*: vid. JAKOBS: *Strafrecht*, A.T., cit., p. 417; TRIFFTERER: *Österreichisches Strafrecht*, A.T., Springer, 1985, pp. 267 y s.; PUPPE: *Grundzüge der actio libera in causa*, JuS, 1980, p. 347; ROXIN: *Der Anfang des beendeten Versuchs*, *Festschrift für R. Maurach*, Müller, 1972, p. 230. Más recientemente, el mismo ROXIN: *Bemerkungen zur actio libera in causa*, *Festschrift für K. Lackner*, W. de G., 1987, pp. 311 y ss. Hay traducción del trabajo de ROXIN, por MUÑOZ CONDE, en «ADPCP» 1988, pp. 22 y ss., aparecida después de enviado el presente estudio para su publicación. En el ámbito italiano, ANTOLISEI señala que quien se embriaga para ponerse así en condiciones de cometer un delito comienza, en el momento en que se procura la embriaguez, a ejecutar ya el mismo delito, *Manuale di Diritto Penale*, P.G., 8.ª ed., Giuffrè, 1980, p. 524. Quienes consideran momento decisivo el de la *actio praecedens* realizada siendo el sujeto aún capaz deben llegar, en rigor, a esta consecuencia. Así también MANZINI: *Tratado de Derecho penal*, T. 2, trad. de Sentís Melendo, EDIAR, 1948, p. 169; y en la doctrina española, COBO/VIVES: *Derecho penal*, P.G., cit., p. 406.

Como el texto, JESCHECK: *Tratado de Derecho penal*, P.G., T. 1, trad. de Mir Puig y Muñoz Conde, Bosch, 1981, pp. 610 y ss.; MAURACH: *Fragen der actio libera in causa*, cit., pp. 376 y s. y 378; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER: loc. cit., pp. 265 y s.; diferenciando entre delitos de acción y de omisión impropia, vid. SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER: loc. cit., p. 290, vid. *infra*, nota 91.

(8) En otro sentido, SCHMIDHÄUSER: *Strafrecht*, A.T., Mohr, 1982, pp. 99 y s. y 195; TRIFFTERER: *Österreichisches Strafrecht*, A.T., cit., pp. 268 y s.

(9) HRUSCHKA: *Methodenprobleme...* cit., p. 64. Tampoco parece correcto entender, como hace STRATENWERTH: *Strafrecht*, A.T., 1, 3 Aufl., Heymanns, 1981, p. 166, que el sentido de la ley no es otro que poner de manifiesto que la capacidad de culpabilidad no debe tomarse en cuenta en el momento de dictarse sentencia, sino en el momento del hecho. Sobre el paralelismo de la *actio libera in causa* con la autoridad mediata, vid. *infra*, epígrafe 2; aún admitiendo, lo que es dudoso, dicho paralelismo, nada dice ello, como se verá, sobre el fundamento de la punibilidad del sujeto incapaz al tiempo del hecho.

ción de la propia incapacidad de acción (10) lleva a un distanciamiento de la esencia misma del instituto de la *actio libera in causa* que presupone una «acción» no libre *in se* (en sí misma considerada), sino *in causa*. Llevada tal «anticipación» a sus últimas consecuencias conduce a admitir ya tentativa de delito de homicidio, por ejemplo, en la provocación de los presupuestos de una situación de fuerza irresistible.

La *actio libera in causa* implica, por consiguiente, de acuerdo con el criterio aquí sostenido, una desviación del principio de culpabilidad y, en su caso, del principio *nullum crimen sine actione* (11).

Pero detrás de la discusión actual sobre la figura cabe advertir dos concepciones en cierto modo antitéticas y ya aludidas, en notas 6 y 7.

Por una parte, la concepción, que adquiere recientemente amplio reconocimiento y que se aparta de la aquí sostenida, caracterizada por anticipar el comienzo de la acción típica a la producción de la propia deficiencia (incapacidad de acción o inimputabilidad) (modelo de la tipicidad). Se salvaguarda así, ciertamente, la vigencia de los principios *nullum crimen sine actione* y *nulla poena sine culpa*. Pero ello implica, de un lado, adelantar el comienzo de la realización del tipo a acciones que no suponen en absoluto un peligro para el bien jurídico protegido ni tampoco una conmoción en la seguridad del bien jurídico en el sentido de la teoría de la impresión; y, por otro lado, desconocer el verdadero sentido histórico de la figura mediante una construcción que en el fondo es la negación de la *actio libera in causa*: en efecto, entendida en los términos expuestos la denominada *actio libera in causa* no es *libera «in causa»*, sino «*in se*»: al menos

(10) Puesto que el incapaz de acción no realiza ninguna «acción» en sentido jurisdiccional, la producción de la propia incapacidad de acción es la última acción objetivamente imputable, TRIFFTERER: *Österreichisches Strafrecht*, A.T., cit., p. 268. Con relación a un problema específico, el momento en que deben conocerse las circunstancias, entiende MIR PUIG que, a efectos del art. 60, párrafo segundo, del Código penal, en los supuestos de incapacidad de acción o inimputabilidad provocadas, momento de la acción sólo puede ser el momento de la provocación de la situación, *Derecho penal*, P.G., cit., p. 508.

(11) HRUSCHKA se refiere a la *reducción* de la regla de la impunidad del autor incapaz de culpabilidad al tiempo del hecho, vid. *Methodenprobleme...*, cit., pp. 48 y 66. Vid., también, PUPPE: *Grundzüge der actio libera in causa*, cit., p. 347, y PAEFFGEN: *Actio libera in causa und § 323 a StGB*, ZStW, 1985, pp. 522 y s. De «ficción penal» califica DEL ROSAL la figura, en notas a Antolisei, *Manual de Derecho penal*, P.G., trad. de Torío López, UTEHA, 1960, p. 466, nota 186: «Estamos aquí ante una ficción penal, comprensiva, nada menos, de una fundamentación de culpabilidad»; GÓMEZ BENÍTEZ señala que «la acción libre en la causa es una ficción jurídica, no regulada legalmente, porque, en realidad, se sigue reconociendo que en el momento de la realización de la descripción típica el sujeto carecía del dominio y posibilidad de dominio de su acción...», *Teoría jurídica del delito*, Civitas, 1984, p. 113. Excepción al principio de culpabilidad la considera DEL ROSAL BLASCO: *Problemas de estado de necesidad e imputabilidad en un supuesto de síndrome de abstinencia de drogas*, en «La Ley», núm. 586, 1983, p. 4.

al comienzo de la «ejecución» el autor era «libre»; esta construcción conduce además a consecuencias insostenibles, como la de hacer responder por la pena de la tentativa a quien se embriaga plenamente para cometer un delito, pero finalmente por causas ajenas a él ni siquiera llega a salir de casa en busca de la víctima.

Frente a ello se alza la concepción de la *actio libera in causa* que, respetuosa con el sentido histórico de la figura, entiende que la realización del tipo tiene lugar en situación actual de incapacidad (de acción, de culpabilidad) y estima la *actio praecedens* típicamente neutra (modelo de la excepción).

Esta concepción de la *actio libera in causa* es técnicamente correcta y es conforme con el sentido histórico de la figura, pero supone ciertamente una desviación de los principios *nullum crimen sine actione* y *nulla poena sine culpa*, por lo que podría cuestionarse su procedencia. Como ha destacado Hruschka, supone una verdadera imputación extraordinaria. No deja de haber algo artificioso en la figura de la *actio libera in causa*. Hay en ella algo de ilógico que se concilia mal con el sistema del Derecho penal. No puede invocarse en su favor el que se halle reconocida consuetudinariamente. Dada la vigencia, proclamada incluso en la Constitución, del principio de legalidad (del que cabría inferir el principio de culpabilidad sin entrar en la discutida cuestión del fundamento constitucional del principio de culpabilidad) podría constituir analogía prohibida.

Sin embargo, no parece que la materia comprendida en la figura deba quedar impune. Existe realmente un *paralelismo* entre la acción «libre» *in se* y la «no libre» *in se*, pero *libera in causa*. Este paralelismo permite fundamentar la *equiparación* de ambos supuestos, esto es, la equiparación de la *actio non libera in se*, pero *libera in causa*, con la *actio libera in se*. Ello exige la intervención del legislador.

El Código penal alemán no contiene disposiciones al respecto. Jescheck no duda en admitir que la *actio libera in causa* es una excepción no regulada legalmente, pero reconocida consuetudinariamente, de la regla que asegura la impunidad del autor inimputable al tiempo del hecho, es decir, «una excepción a la regla de que la incapacidad “en la comisión del hecho” conduce a la impunidad», pero al propio tiempo afirma que la *actio libera in causa* dolosa «no implica vulneración alguna del principio de culpabilidad» (12).

En el Código penal suizo, por el contrario, aparece referido este fenómeno, siquiera sea parcialmente, al disponer el art. 12 la no aplicación del art. 10 (que establece determinados supuestos de inimputabilidad) y del art. 11 (sobre capacidad limitada de autodirección) en los casos en que la grave alteración o la perturbación de la conciencia hayan sido provocadas por el mismo sujeto con el designio de cometer la acción punible.

(12) JESCHECK: *Tratado de Derecho penal*, P.G., T. 1, cit., pp. 610 y 612.

También el Código penal italiano contiene disposiciones al respecto. El art. 87 establece que no se aplicará el art. 85, párrafo primero (según el cual «nadie puede ser castigado por un hecho previsto en la ley como delito si, en el momento en que lo ha cometido, no era imputable»), a quien se ha situado en estado de incapacidad de entender o de querer con el fin de cometer el delito o de prepararse una excusa. La embriaguez y el uso de estupefacientes origina una regulación específica. El art. 92 dispone que «la embriaguez no derivada de caso fortuito o de fuerza mayor no excluye ni disminuye la responsabilidad» y «si la embriaguez era preordenada con el fin de cometer el delito o de prepararse una excusa, la pena es aumentada». De donde, no sólo pervive la responsabilidad si la embriaguez es preordenada al delito (lo que fundamenta incluso una agravación de la pena), sino también cuando media culpa o dolo (sin preordenación). Y lo mismo prevé el art. 93 para los supuestos en que el hecho es cometido bajo la influencia de estupefacientes.

En el Código penal español aparece reflejado el fenómeno de las *acciones liberae in causa* en el art. 8.1.º (13), que declara exento de responsabilidad criminal al que se halle en situación de trastorno mental transitorio «a no ser que éste haya sido buscado de propósito para delinquir».

Se trata de regulaciones parciales e incompletas. Los preceptos citados (con la excepción de lo dispuesto en el Código penal italiano para la embriaguez y el uso de estupefacientes) parecen limitarse, por un lado, a reconocer la *actio libera in causa dolosa* en que el estado de *inimputabilidad* ha sido predispuesto por el autor con la finalidad de cometer el delito. La jurisprudencia y un sector de la doctrina admiten, sin embargo, la *actio libera in causa* con dolo mediato o de segundo grado y con dolo eventual y elaboran la doctrina de la *actio libera in causa culposa*. No debe quedar exento de responsabilidad quien, por ejemplo, bebe excesivamente antes de comenzar a desarrollar una función que, como él sabe, puede entrañar un cierto riesgo para la vida de un compañero, representándose la posibilidad de causar su muerte si llega a perder el control sobre sí mismo, lo que efectivamente acontece al realizar en estado de *inimputabilidad* una acción peligrosa que produce el resultado letal. En el ámbito español la ausencia de regulación de este fenómeno y los términos en que se halla regulado el trastorno mental transitorio hacen surgir una doctrina plural. Unos autores, como Córdoba Roda, consideran que la regulación del trastorno mental transitorio integra una ordenación inspirada en características distintas a las de la *actio libera in causa*,

(13) Prescindimos de momento de la capacidad limitada de culpabilidad preordenada al delito, respecto de la que también contiene el Código penal español una referencia en el art. 9.2.ª «La embriaguez no habitual, siempre que no se haya producido con propósito de delinquir.»

y que si la embriaguez no ha sido *provocada con la finalidad de cometer el delito* realizado deberá excluirse la responsabilidad criminal (esto es, viene en aplicación el art. 8.1.º) lo que supone rechazar la *actio libera in causa culposa* en este ámbito (14). Otros autores, en cambio, entienden que debe venir aquí en consideración la doctrina general de las *actiones liberae in causa* declarando punible la *actio libera in causa culposa*, ciertamente sin apoyo legal específico (15). También con relación al Código penal suizo existen manifestaciones semejantes (16). Y un sector de la doctrina italiana extiende la *actio libera in causa* en general (aparte de las disposiciones específicas sobre la embriaguez y los estupefacientes) más allá de la simple preordenación, a pesar de los términos del art. 87 antes citado (17).

Por otro lado, las referencias legislativas en los Códigos penales italiano, suizo y español se limitan a los supuestos de producción de la propia *inimputabilidad* y, en el caso español, más aún, el trastorno mental transitorio. Pero, como ya se ha indicado, el fenómeno de la *actio libera in causa* se presenta también en los supuestos en que el sujeto se coloca en situación de *incapacidad de acción*, por ejemplo en la situación de fuerza irresistible, para cometer el delito. No existen referencias legislativas, ni siquiera en conexión con las causas de exclusión de la acción previstas legalmente, que apoyen la persistencia de la responsabilidad a pesar de la incapacidad de acción al tiempo del hecho.

De todo lo expuesto cabe, en síntesis, concluir, por una parte, que la admisión de la llamada *actio libera in causa* supone un cierto distanciamiento de los principios *nullum crimen sine actione* y *nulla poena sine culpa*. La materia que la figura pretende captar, sin embargo, no parece que deba quedar impune, debiendo producirse, dado el paralelismo *realmente* existente, una *equiparación* de la *actio non libera in se* pero *libera in causa* con la *actio libera in se*. Ello aconseja que la legislación penal contemple expresamente esta figura.

(14) CÓRDOBA RODA: *Comentarios al Código penal*, I, Ariel, 1976, p. 422, y también en: *Las eximentes incompletas en el Código penal*, Publicaciones del Instituto de Estudios Jurídicos, Oviedo, 1966, pp. 58 y s.; *vid.*, también, CEREZO MIR: *El tratamiento de los semiimputables*, en «ADFCP», 1973, pp. 26 y s.; OCTAVIO DE TOLDO/HUERTA TOCILDO: *Derecho penal*, P.G., II, ed. Rafael Castellanos, 1986, pp. 79 y 72 y s., recordando que corresponde a la ley colmar las lagunas legales.

(15) ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, P.G., 1949, p. 302; MIR PUIG: *Derecho penal*, P.G., *cit.*, pp. 509 y s.

(16) SCHULTZ: *Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts*, I, 4 Aufl. Stämpfli, 1982: según la ley sólo existe responsabilidad si el sujeto ha producido voluntariamente su situación de inimputabilidad, pero la doctrina entiende que si se produce culposamente esta situación se responde por el hecho culposo, previsible, cometido, pp. 185 y s.

(17) Así, ANTOLISEI señala que si «el estado de incapacidad es referible a la voluntad del sujeto, la responsabilidad se deriva inevitablemente de los principios que regulan el instituto de la culpa», *Manuale...*, *cit.*, p. 525; *vid.*, también, MANTOVANI: *Diritto penale*, P.G., CEDAM, 1979, pp. 580 y 582.

Por otra parte, se ha destacado que en el Derecho español vigente la regulación de la *actio libera in causa* es parcial e incompleta y, por ello, insatisfactoria; lo mismo sucede en el Código penal suizo e italiano, mientras que otros sistemas positivos, como el alemán, no la contemplan en absoluto, lo que debe considerarse criterio político-legislativo insostenible.

2. La punición de la *actio libera in causa* ha alcanzado un reconocimiento general. Los puntos de vista divergentes que propugnan la impunidad o la consideran en parte superflua (18) se hallan hoy prácticamente abandonados.

El instituto de la *actio libera in causa* hace responder al sujeto por la acción realizada en estado de ausencia de «liberada». Se aparta, por tanto, de la técnica consistente en tipificar la causación de la propia incapacidad que origina el peligro de cometer un delito y donde la efectiva realización del mismo puede funcionar, por ejemplo, como condición objetiva de punibilidad. En tal supuesto no se precisa enlace psicológico alguno entre la acción causante de la incapacidad y del peligro, por un lado, y la realización de la acción típica, por otro. Basta un enlace causal físico o externo. Por ello, de reconocerse legislativamente una figura delictiva de tales características, ha de tener carácter subsidiario respecto de la *actio libera in causa*, es decir, sólo procederá su aplicación en el supuesto en que no pueda ser apreciada una *actio libera in causa*.

Delimitada la materia propia de la *actio libera in causa* en el sentido de entender comprendida en la figura la acción (u omisión) realizada en estado de actual incapacidad, pero enlazada psicológicamente a un hacer precedente, procede plantear la cuestión del fundamento de la punición de tales acciones.

Como ya se ha expuesto, según el criterio aquí sostenido, la *actio praecedens* no constituye aún principio de ejecución de delito. Quienes, de modo diverso entiendan que ya en la *actio praecedens* cabe ver un comienzo de ejecución (19) realmente superan o desbordan el marco de la *actio libera in causa*: la responsabilidad a título de tentativa no ofrece duda, pues el sujeto es aún capaz cuando da comienzo a la ejecución del delito. Y la responsabilidad por delito consumado, supuesto que el resultado se produzca siendo el sujeto incapaz, se

(18) Estos son expuestos así por MANZINI: necesidad de que el dolo sea concomitante a la consumación (Tissot); imposibilidad de que en plena embriaguez sea realizable el propósito anterior: el delito cometido se debe a la casualidad o a una pura combinación psicológica, pero no a una causa imputable (Brusa, Pessina, Temme); el sólo propósito no es punible (tampoco a título de tentativa) y, por tanto, no puede integrar el elemento moral de un hecho objetivamente delictivo cometido en estado de no imputabilidad (Katzenstein), *vid.* MANZINI: *Tratado de Derecho penal*, T. 2, *cit.*, pp. 167 y s.

(19) *Vid. supra* nota 7.

funda en que basta la capacidad en el primer acto de la ejecución (20); en el supuesto de que la incapacidad determine (o concurra con) una forma de ejecución diversa de la representada se tratará, por lo general, de una desviación inesencial del curso causal, lo que deberá ser examinado en cada caso.

Aunque la hipótesis considerada es tratada en el ámbito de la *actio libera in causa* por los autores que ven ya en la *actio praecedens* un comienzo de ejecución, lo cierto es que *al tratar de fundamentar* la responsabilidad por la acción «libre» *in causa* transforman ésta sorprendentemente en una acción *libera in actu*.

Esta no es la posición aquí sostenida. Al entender, de modo diverso, que la *actio praecedens* no es acto de ejecución y que la acción típica se realiza en estado de actual ausencia de capacidad queda abierta la cuestión del fundamento de la punición de la *actio libera in causa*.

Un amplio sector de la doctrina advierte un paralelismo entre la *actio libera in causa* y la *autoría mediata* entendiendo que desde la perspectiva del injusto material no cabe hallar diferencias, por ejemplo, entre quien se sirve de un inimputable para cometer el delito y quien se hace a sí mismo inimputable y en esta situación comete el delito. Si el «ejecutor» es un puro instrumento del autor mediato, en la *actio libera in causa* el sujeto incapaz al tiempo del hecho es un puro instrumento de sí mismo (21). Este criterio aparece a menudo sostenido, ciertamente, por quienes consideran que la producción de la propia incapacidad es ya comienzo de ejecución al establecer una analogía entre quien coloca o se sirve de otra persona en estado de incapacidad y quien se sirve de sí mismo (22). Pero es igualmente invocado por quienes delimitan nítidamente la *actio praecedens* del momento de la realización típica (23).

Sin embargo, entre ambas figuras —la *autoría mediata* y la *actio libera in causa*— existen diferencias notables. Por de pronto, la *autoría mediata* presupone la existencia de, al menos, dos personas de las cuales una (el ejecutor) es instrumento en manos de otra («el hombre de atrás»), mientras que en la *actio libera in causa*, equiparada

(20) Sobre el momento al que debe extenderse la imputabilidad (comienzo de la ejecución, realización de todos los actos de ejecución, consumación), *vid.* TRIFFTERER: *Österreichisches Strafrecht*, A.T., *cit.*, p. 260.

(21) Sobre este paralelismo ya LISZT: *Tratado de Derecho penal*, T. 2, *cit.*, p. 388. *Vid.* también JAKOBS: *Strafrecht*, A.T., *cit.*, p. 417; TRIFFTERER: *Österreichisches Strafrecht*, A.T., *cit.*, p. 268; ROXIN: *Bemerkungen zur actio libera in causa*, *cit.*, pp. 314 y ss.

(22) *Vid.* así los autores y referencia bibliográfica citada en nota 7. En conexión con esta cuestión se halla el problema del momento de la acción en la *autoría mediata*. Indican COBO/VIVES: «Así como en la *autoría mediata*... la ejecución del hecho comienza cuando el autor inicia la actuación sobre el instrumento, en los casos de *actio libera in causa* la ejecución se adelanta al momento en que el autor actúa sobre sí mismo con el fin de colocarse en situación de inimputabilidad», *Derecho penal*, P.G., *cit.*, pp. 407 (nota 9) y 519 y ss.

(23) JESCHECK: *Tratado...*, T. 1, *cit.*, p. 612.

a una autoría causi-mediata, como indica Hruschka, una única persona es tomada simultáneamente por dos, lo que en sí mismo atenta contra el principio lógico de identidad (24). Por otra parte, la *actio libera in causa* no está sometida a los mismos límites materiales que la autoría mediata. Así, dada la identidad personal, no hay obstáculo para admitir la *actio libera in causa* en los delitos especiales propios y en los de propia mano, a diferencia de lo que sucede con la autoría mediata. El paralelismo, además, sólo podría establecerse con la *actio libera in causa dolosa*. Puesto que no cabe una autoría mediata culposa, la invocación de la autoría mediata dejaría sin contestar la cuestión del fundamento de la *actio libera in causa culposa*. Por último, la *actio libera in causa* se circunscribe al supuesto en que el sujeto hace surgir positivamente su propia incapacidad, mientras que la autoría mediata puede estar presente también si el «hombre de atrás» aprovecha la previa incapacidad del instrumento.

Entre la *actio libera in causa* y la autoría mediata existen, pues, importantes diferencias. Pero es que aún admitiendo el paralelismo entre ambas figuras queda sin contestar la cuestión de *por qué* debe responder quien es incapaz —de acción, de culpabilidad— al tiempo del hecho, incapacidad presente en la *actio libera in causa* y no, en cambio, en la autoría mediata. El autor mediato tiene el dominio de la situación y es capaz en todo momento. Si se admite que en la *actio libera in causa* la causación de la propia incapacidad no es aún comienzo de ejecución y que, por tanto, la acción típica es realizada por un sujeto incapaz, entonces, el recurso a la autoría mediata no nos dice nada sobre el por qué de la punición de un sujeto incapaz al tiempo del hecho. No procede la equiparación a la autoría mediata porque el autor mediato es capaz. Por ello, el paralelismo con la autoría mediata como fundamento de la punibilidad de la *actio libera in causa* sólo puede ser invocado, con propiedad, por quienes ven ya en la *actio praecedens* un comienzo de ejecución, pero entonces, como ya se ha indicado, nos hallamos en un campo distinto al de las *actiones liberae in causa*.

Tampoco resulta satisfactoria la concepción que hace residir el fundamento de la punibilidad de la *actio libera in causa* en la existencia de un enlace causal físico y psíquico entre el hacer precedente «libre» y la acción (u omisión) «no libre» con invocación del principio *causa causae est causa causati*. Siendo el sujeto incapaz (de acción, de culpabilidad) al tiempo del hecho se retrotrae esta situación a un momento anterior en que aún capaz, produce (voluntariamente) su situación de incapacidad o «no libertad», es decir, al momento en que, aún «libre», coloca la «causa decisiva» (la causa eficiente).

No basta la presencia de un nexo causal, externo, físico, en el

(24) HRUSCHKA: *Methodenprobleme...*, cit., p. 66.

sentido de la teoría de la *conditio sine que non*, entre acción precedente y acción típica (25). Decisivo es que, simultáneamente, esté presente un nexo psicológico entre la *actio praecedens* y la acción típica.

Sin embargo, al destacar la exigencia de este nexo externo, físico y psíquico en la *actio libera in causa* no se proporciona una respuesta al por qué de la punición del incapaz al tiempo del hecho. El criterio de la causalidad lleva, en definitiva, a fundamentar la responsabilidad en la conducta anterior a la ejecución del hecho, en la llamada *culpa praecedens*, traspasando las barreras del «tiempo del hecho» al que debe referirse la capacidad de acción y la imputabilidad. Ello supone la justificación de la *actio libera in causa* a costa de la expansión de los límites mismos de la responsabilidad juridicopenal. Por otra parte, la invocación del principio *causa causae est causa causati* para fundamentar la *actio libera in causa* aparece frecuentemente acompañada en la literatura de un desdibujamiento del contenido y límites de la misma. Así Manzini, quien es seguido en este punto por un amplio sector doctrinal, confunde dos fenómenos distintos cuando advierte un paralelismo entre «quien coloca una bomba provista de un mecanismo “de tiempo” que la haga explotar después de varias horas cuando el delincuente se encuentre lejos y eventualmente en un estado transitorio de absoluta inconsciencia...» y quien predispone su propio poder de acción material para actual cuando «la propia mente estará ofuscada o paralizada por la desatención, por el sueño, por la embriaguez o por el delirio», donde cabe ver, dice, una «causalidad voluntaria», afirmando que basta que el dolo acompañe a un momento cualquiera de la ejecución (26). Aparte de la cuestión de que en la *actio libera in causa* no está ausente (en su caso) el dolo, sino la capacidad de acción o la imputabilidad, existe una importante diferencia entre las dos hipótesis consideradas: mientras que quien coloca una bomba realiza un acto típico de ejecución, quien, por ejemplo, se embriaga para darse ánimos y cometer el delito se mueve todavía en una fase previa a la ejecución (27). El criterio de la causalidad resulta inadecuado para fundamentar la *actio libera in causa* desde el momento que se admita que la *actio praecedens* no es aún principio de ejecución del delito.

De lo anterior se deriva que no cabe equiparar la *actio libera in causa* a la autoría mediata ni tampoco invocar la causalidad externa y psíquica que, en definitiva, lleva a hacer responder por la conducta anterior. En la *actio libera in causa* el sujeto responde por la acción realizada en situación de actual ausencia de «libertad». Materialmente, sin embargo, la acción no puede quedar impune por estar conectada externa y psíquicamente a un hacer precedente. Este enlace causal

(25) No se dice: entre acción precedente y resultado típico.

(26) MANZINI: *Tratado de Derecho penal*, T. 2, cit., pp. 168 y s.

(27) En contra, consecuentemente, MANZINI: *Loc. cit.*, p. 169.

hace surgir la necesidad de pena. Pero tal necesidad de pena reclama una intervención del legislador que establezca una excepción a los principios *nullum crimen sine actione* y *nulla poena sine culpa*, que comprenden, respectivamente, la exigencia de que la acción pueda ser referida a la voluntad y de que esté presente la imputabilidad al tiempo del hecho.

3. La extensión y contenido de la figura de la *actio libera in causa*, que hasta el momento hemos referido a supuestos de incapacidad de acción o imputabilidad al tiempo del hecho, no es en absoluto unánime. Existen posiciones doctrinales discrepantes. Se ha llegado a extender en el presente siglo a acciones que, en sí mismas consideradas, no son antijurídicas (se halla presente una causa de justificación), pero que son antijurídicas en su causa (por ejemplo, si el sujeto se ha colocado en situación de legítima defensa). Se habla entonces de «*acciones illicitae in causa*», lo que, en verdad, constituye un fenómeno que debe ser nítidamente diferenciado de las *actiones liberae in causa*. Lo mismo cabe indicar respecto de las causas que excluyen la culpabilidad (por ejemplo, el sujeto se coloca voluntariamente en estado de necesidad en principio exculpante y comete en esta situación el delito), y de los supuestos de ausencia de tipicidad al tiempo del hecho referible a un actuar precedente. En lo que sigue veremos cómo se ha desarrollado el tema en la historia y en qué medida puede hablarse de una ampliación del concepto.

a) Tradicionalmente el problema de las *actiones liberae in causa* ha sido un problema de *imputabilidad*. Se ha entendido que consiste en que el sujeto, imputable al tiempo del hecho, se ha colocado voluntariamente en tal estado por lo que realiza una acción no «libre» en sí, pero «libre» en su causa. Se piensa por lo general en la producción de situaciones de imputabilidad transitorias y no en genuinas enfermedades mentales por considerar que sólo aquellas pueden ser producidas dolosamente (28). Pero hay que tener en cuenta que se opera aquí con realidades fluidas y podría tratarse en la situación concreta de la consciente provocación, por ejemplo, de una «enajenación». Así quien ingiere alcohol conociendo su embriaguez patológica, verdadera psicosis alcohólica.

En relación con la imputabilidad aparece ya aludido el fenómeno en canonistas, postglosadores y en la doctrina alemana del Derecho común, si bien la expresión técnica latina *actio libera in causa* se acuña más tardíamente (29). La doctrina parece surgir para dar

(28) LILIENTHAL: *Zurechnungsfähigkeit*, VDA, V, 1908, p. 34. El art. 8.1 del Código penal español reclama que el trastorno mental transitorio no se haya buscado con propósito de delinquir. No establece la misma exigencia para la enajenación. Pero la cuestión es, con relación a ambos supuestos, la aplicabilidad de la teoría general de las *actiones liberae in causa*.

(29) En la literatura del Derecho común, indica SCHAFFSTEIN, no se encuentra

respuesta al problema del tratamiento del autor embriagado. Como indica Engelmann, el Derecho canónico puso de relieve, por un lado, la ausencia de capacidad de culpabilidad en situaciones de embriaguez y, por otro, la culpabilidad del autor en la producción de las mismas, con lo que preparó el camino de las *actiones liberae in causa*. Pero si bien aparece una correcta referencia a la «culpa praecedens» no aparece todavía propiamente, entre los canonistas, la *actio libera in causa*. En efecto, el Derecho canónico ve la culpabilidad en la embriaguez excesiva en sí. El delito perpetrado en estado de embriaguez es imputado sólo como consecuencia de una acción en sí misma ilícita (30). Por el contrario, la doctrina italiana de los postglosadores admitió la culpabilidad porque la voluntad delictiva ya antes de la situación de inimputabilidad había sido causal (31). Carerius indica que quien conociendo su vicio se embriaga dolosamente para matar y mata entonces es castigado con pena ordinaria (32). El Derecho común, como señala Schaffstein, consideró, por una parte, el hecho cometido en embriaguez como delito culposo punible *extra ordinem*

dicha expresión, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen, Neudruck der Ausgaben 1930-1932*, Scientia, 1973, p. 104, nota 3.

Según KRAUSE aparece denominada así por primera vez por Kleinschrod en 1794, *vid. Betrachtungen zur actio libera in causa, insbesondere in der Form vorsätzlicher Begehung, Festschrift für Hellmuth Mayer*, 1966, p. 307.

Para HRUSCHKA, en Kleinschrod, como en Grolmann y Tittmann, la expresión aparece unida a otra hablándose de «actio libera in causa sive ad libertatem relata», es decir, acción libre en la causa o relacionada con la libertad. Pero HRUSCHKA indica que la expresión «actio libera in causa» se halla ya antes en un breve escrito de Johann Bernhard Müller de 1789, *vid. Methodenprobleme... cit.*, p. 56, e incluso antes en Hupka en 1779, quien, en su opinión, es el primero que acoge esta locución e introduce en el Derecho penal la expresión «actio libera in causa». *Vid. Strafrecht... cit.*, p. 340; sobre el precedente en Pufendorf (*Elementorum Jurisprudentiae Universalis libri duo*, de 1660) quien se refiere a «lo que en sí mismo no está en poder de un individuo, pero cuya causa estaba en poder del mismo», la doctrina posterior y la tradicional distinción entre *actio libera in se* y *actio libera in causa*, *vid. HRUSCHKA: Ordentliche und ausserordentliche Zurechnung bei Pufendorf. Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von actio libera in se und actio libera in sua causa*, ZStW, 1984, pp. 661 y ss., y el mismo HRUSCHKA: *Imputation, in Eser/Fletcher, Rechtfertigung und Entschuldigung*, I, Freiburg i. Br., 1987, pp. 146 y ss. También ahora HRUSCHKA, en la 2.ª ed. (1988) de su *Strafrecht... cit.*, pp. 348 y s., aparecida des después de concluido el presente estudio.

Como precedente de la expresión se cita frecuentemente en la literatura el pasaje de Tomás de Aquino que trata de las pasiones que eliminan la acción donde distingue el caso en que la *passio* dominante del hecho es en su origen voluntaria del caso en que es involuntaria. Respecto de la primera indica: «Y entonces (si tal pasión en principio fue voluntaria) el acto es imputado al pecado porque es voluntario en su causa»: «*Et tunc (si talis passio a principio fuit voluntaria), imputatur actus ad peccatum, quia est voluntarius in sua causa*», *Summa Theologica*, I, II, quaestio 77, articulus 7.

(30) ENGELMANN: *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*, 2. Aufl. Scientia, 1965, pp. 30 y s.

(31) ENGELMANN: *Die Schuldlehre... cit.*, p.31; KRAUSE: *Betrachtungen... cit.*, p. 307. Sobre el reflejo de ambos puntos de vista en la obra de Farinacius, *vid. también*, ENGELMANN: *Loc. cit.*, pp. 31 y s.

(32) «*Nisi dolose sciens suum vitium inebriaret se, ut occideret, et occidit; tunc punitur poena ordinaria*», *vid. ENGELMANN: Loc. cit.*, p. 31, nota 35.

radicando la culpa en que el autor no había evitado la embriaguez a pesar de que tenía que saber que en esa situación fácilmente cometería un hecho punible. Pero, por otra parte, si el autor, aún sobrio, había proyectado la realización del delito y se da ánimos embriagándose o se embriaga para cometer el hecho en este estado, entonces se da el *dolo* y con ello la pena ordinaria. También se admitió el *dolus* cuando el autor era alcohólico y por ello, por experiencia, sabía, o tendría que saber, que durante la embriaguez podía cometer un hecho punible. Por tanto, el Derecho común estimó «todo hecho punible sin excepción cometido “*in voluntaria abrietate*” como *actiones liberae in causa* y penó por culpa arbitraria o, en especiales circunstancias, con la pena ordinaria del *dolo*» (sin embargo, la expresión latina *actio libera in causa*, como ya se indicó, aparece posteriormente) (33).

Pero ya desde sus orígenes la doctrina de las *actiones liberae in causa* es aludida, junto al tratamiento del delito cometido en embriaguez, en el tratamiento del delito cometido durante el sueño. El propio Carerius, antes citado, indica que si el autor conociendo su mal es descuidado entonces hay *culposes homicidium* y si se duerme dolosamente para matar es castigado por *doloses homicidium* con la pena ordinaria (34). En el Derecho común el *dormiens delinquens* permanece libre de pena a menos que esté presente una *actio libera in causa* (35). El sueño, como la embriaguez, aparece generalmente tratado como una causa de inimputabilidad. Los juristas italianos y la ciencia alemana del Derecho común no elaboraron un concepto unitario de inimputabilidad, sino que más bien se limitaron a enumerar particulares causas de inimputabilidad (*furor* y *dementia*, sordomudez, ebriedad, *dormiens delinquens* incluyendo el sonambulismo, etc...) o de capacidad disminuida de imputación, con evidente influencia del Derecho canónico. Todavía al final del desarrollo de la ciencia alemana del Derecho común (Böhmér, Quistorp, Meister) faltan, como indica Schaffstein, los presupuestos médicos y especialmente psiquiátricos necesarios para progresos significativos en la teoría de la inimputabilidad (o, en su caso, imputabilidad disminuida) que tiene en común el que eliminan total (o parcialmente) la espontaneidad de la acción, entre los que se halla, como hemos indicado, el sueño (36).

En períodos sucesivos el sueño sigue siendo tratado como causa de inimputabilidad. En torno al mismo, como en torno a la embriaguez, se desarrolla la doctrina de las *actiones liberae in causa*. Las causas de inimputabilidad, entendidas en sentido amplio, comprenden todas aquellas situaciones en que el acto no puede ser atribuido al

(33) SCHAFFSTEIN: *Die allgemeinen Lehren...*, cit., p. 104.

(34) ENGELMANN: *Die Schuldlehre...*, cit., p.33.

(35) SCHAFFSTEIN: *Die allgemeinen Lehren...*, cit., p. 106.

(36) SCHAFFSTEIN: *Die allgemeinen Lehren...*, cit., pp. 98 y s.

sujeto «por no concurrir en él el desarrollo o la salud mentales, la conciencia o la espontaneidad», es decir, situaciones en que, según la concepción de Carrara, la fuerza moral subjetiva del delito se halla anulada (37). Entre estas situaciones aparece referido el sueño. El conocido supuesto de la madre conocedora de su sueño agitado que ahoga al niño durante el mismo es frecuentemente aludido, en múltiples versiones, al tratar de la inimputabilidad y de la *actio libera in causa* (38).

Sin embargo, en la ciencia penal actual predomina el criterio según el cual en el delito cometido durante el sueño (normal o en supuestos de sonambulismo) está ausente la capacidad de acción (o de realización de la acción debida en la omisión) (39). No obstante, no es infrecuente que incluso autores que ven en el sueño y el sonambulismo incapacidad de acción hagan referencia a estos estados de inconsciencia plena, por reminiscencia de períodos anteriores, al tratar la figura de las *actiones liberae in causa* en el ámbito de la *inimputabilidad*. La doctrina más reciente, sin embargo, destaca la problemática de las *actiones liberae in causa* ya al estudiar la incapacidad de acción.

Al tratamiento conjunto, en la inimputabilidad, del «dormiens delinquens» y del embriagado contribuyó, por una parte y como ya se ha indicado, la ausencia de un concepto unitario de imputabilidad y la enumeración casuística en los juristas italianos y la doctrina alemana del Derecho común de causas de inimputabilidad entre las que se describen fenómenos, como el sueño o el sonambulismo, en los que cabe ver, de acuerdo con la moderna concepción de la teoría

(37) CARRARA: *Programa del Curso de Derecho Criminal*, P.G., I, trad. de Jiménez de Asúa, p. 274; JIMÉNEZ DE ASÚA, a quien pertenece la frase entrecorrida en texto, *Adiciones al programa del Curso de Derecho Criminal*, de F. Carrara, p. 348.

(38) El caso procede de los canonistas, *vid.* KRAUSE: *Betrachtungen...*, *cit.*, p. 306, nota 7; *vid.* también sobre los orígenes CARRARA: *Programa...*, *cit.*, p. 288, nota 1 bis; al tratar de la imputabilidad también LISZT: *Tratado de Derecho penal*, T. 2, *cit.*, p. 388.

(39) JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho penal*, T. 3, 3.ª ed., Losada, 1965, pp. 693 y ss.; DEL ROSAL: *Tratado de Derecho penal español*, P.G., Vol. 1, 2.ª ed., por Cobo, 1976, pp. 743 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*, P.G., 9.ª ed. por Serrano Gómez, Dykinson, 1985, p. 499; CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español*, *cit.*, p. 292; RODRÍGUEZ MOURULLO: *Derecho penal*, P.G., Civitas, 1978, p. 232; SAINZ CANTERO: *Lecciones de Derecho penal*, P.G., II, Bosch, 1982, pp. 287 y s.; RODRÍGUEZ RAMOS: *Compendio de Derecho penal*, P.G., Trivium, 1984, pp. 169 y s.; QUINTERO OLIVARES: *Introducción al Derecho penal*, Barcanova, 1981, p. 185; MIR PUIG: *Derecho penal*, P.G., *cit.*, p. 159; MUÑOZ CONDE: *Teoría General del Delito*, *cit.*, p. 18; BUSTOS RAMÍREZ: *Manual de Derecho penal español*, P.G., Ariel, 1984, p. 220; GÓMEZ BENÍTEZ: *Teoría jurídica del delito*, *cit.*, p. 110: «Situaciones de ausencia de imputación de la acción al autor.» En sentido diverso, ANTÓN ONECA para quien sueño y sonambulismo son supuestos de trastorno mental transitorio excluyente de la imputabilidad, *Derecho penal*, *cit.*, pp. 300 y s.; también sobre el sonambulismo *vid.* CUELLO CALÓN/CAMARGO: *Derecho penal*, P.G., I, Vol. 2, 18.ª ed., 1981, pp. 546 y s.

del delito, verdaderas causas de exclusión de la acción. Pero también ha contribuido el que, en el período de desarrollo de la dogmática juridicopenal a fines del siglo pasado y durante el siglo XX, tampoco haya existido acuerdo sobre el concepto de imputabilidad. Hoy predomina la concepción de la imputabilidad como capacidad de culpabilidad —luego veremos en qué medida esta afirmación es matizada por un sector de la literatura en el presente (40)—, pero autores como Binding han sostenido que la imputabilidad es la capacidad de acción o de delito (41). Esta concepción impide un tratamiento diferenciado de los supuestos que estamos considerando y que la concepción de la imputabilidad como capacidad de culpabilidad —en el marco de la teoría normativa compleja o normativa pura de la culpabilidad— permite diferenciar (42).

En cualquier caso, lo que importa destacar ahora es que —en una situación de predominio de la concepción de la imputabilidad como capacidad de culpabilidad— la teoría de la *actio libera in causa* afecta tanto a los supuestos de incapacidad de acción como a los supuestos de inimputabilidad al tiempo del hecho. Abogan en favor de ello razones histórico-jurídicas generales e histórico-dogmáticas, en el sentido que se acaba de exponer. Y también el que entre unos y otros supuestos hay una zona límite, como sucede con la inconsciencia más o menos plena, que establece entre ellos una íntima conexión. La embriaguez letárgica, por ejemplo, lleva consigo una verdadera ausencia de la acción mientras que, de ordinario, la embriaguez afecta a la imputabilidad, es decir, a la capacidad de comprender lo injusto del hecho o de determinarse conforme a dicha comprensión (43).

Decisivo es en ambos supuestos (incapacidad de acción o inimputabilidad) que la acción no «libre», no voluntaria, no espontánea, en sí misma considerada, es, sin embargo, «libre» en su causa o rela-

(40) Vid. *infra* nota 45.

(41) BINDING: *Die Normen und ihre Übertretung, Band II, Hälfte I, Neudruck der 2. Aufl.*, Leipzig, 1914, Scientia, 1965, pp. 117 y ss. y 132 y ss.

(42) A la misma consecuencia llevan las concepciones de la imputabilidad como capacidad de pena (Feuerbach, Radbruch...), o como capacidad jurídica del deber (Merkel, Kohlrusch...). Sobre las distintas concepciones, MEZGER: *Tratado de Derecho penal*, T. 2, trad. de Rodríguez Muñoz, ed. Rev. D. Privado, 1955, p. 39, nota 3; MAURACH: *Tratado de Derecho penal*, T. 2, trad. de Córdoba Roda, Ariel, 1962, pp. 32 y s.; DÍAZ PALOS: *Teoría General de la imputabilidad*, Bosch, 1965, pp. 27 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho penal*, T. 5, 3.ª ed., Losada, 1976, pp. 81 y ss.

(43) MEZGER distingue entre la inconsciencia plena que excluye la acción y la «perturbación de alto grado de la misma» que es propiamente el ámbito al que, en su opinión, se limita el viejo parágrafo 51 (hoy 20), relativo a la inimputabilidad, cuando alude a la perturbación de la consciencia. Pero MEZGER cita el desmayo como causa que excluye la acción, *Tratado...*, *cit.*, T. 1, p. 216, y se refiere a *estados de desmayo* (y delitos cometidos en estado de *somnolencia*) en los que se tratará generalmente, dice, de procesos morbosos que afectan a la imputabilidad, *loc. cit.*, T. 2, pp. 69 y ss., especialmente, p. 72. Todo ello muestra la fluidez de esta materia.

cionada con la libertad (*actio libera in causa sive ad libertatem relata*) (44). La ausencia de libertad al tiempo del hecho ha sido históricamente referida al actuar sin culpabilidad (45), pero en el actual estado de la dogmática se refiere también a la ausencia de acción, pues la acción exige un *acto de voluntad*, que puede faltar al tiempo del hecho, pero estar presente en un momento anterior (46).

(44) No cabe entender «libre» o voluntario «en el sentido de dolo o culpa». El inimputable puede actuar al tiempo del hecho con dolo y su acción, sin embargo, no es libre *in actu*, sino *in causa*, *vid. infra* epígrafe 6.

(45) Todavía hoy la discusión del concepto de culpabilidad gira en torno al problema de la libertad. La concepción de la culpabilidad como juicio de «reproche» que se formula frente al concreto autor porque «pudo» obrar de forma diversa a como lo hizo, está sometida a revisión. Se considera que no puede verificarse si en la situación concreta el autor pudo realmente obrar de otra forma: que no puede demostrarse si el sujeto actuó o no libremente. Sobre ello, TORIO LÓPEZ: *El concepto individual de culpabilidad*, en «ADPCP», 1985, pp. 287 y ss., donde admite la espontaneidad como dato antropológico y reivindica un concepto individual de culpabilidad, pp. 296 y ss., y TORIO LÓPEZ: *Indicaciones metódicas sobre el concepto material de culpabilidad*, en el Libro-Homenaje a A. Candáu, Univ. de Valladolid, 1988, pp. 319 y ss., con crítica de las modernas concepciones sobre la culpabilidad en la medida en que caen en las mismas objeciones que formulan frente a la concepción tradicional.

MIR PUIG rechaza la concepción tradicional de la culpabilidad y entiende que no cabe hablar de un actuar libre. Parte de la teoría de la motivación de la norma. El inimputable no es motivable «normalmente» por la norma, no es motivable como los demás, *vid. Fundamento de la irresponsabilidad penal del inimputable*, en «Psicopatología», 2, 2, 1982, pp. 159 y s. La concepción de la imputabilidad como motivabilidad por la norma debe llevar a sustituir la expresión «acción libre en su causa» por «acción motivable en su causa» (o, en el supuesto de falta de acción, por «acción voluntaria en su causa»). Hasta qué punto ello supone una recaída en la concepción de la imputabilidad como capacidad jurídica de deber, no es cuestión que pueda ser examinada aquí. Por otra parte, se advierte también una concreción de la imputabilidad con relación a los demás, lo que se presta a las mismas críticas dirigidas a la concepción de la culpabilidad que decide ésta atendiendo a que «otro» hubiese obrado de diversa manera; surge, pues, una pérdida del carácter personal de la imputabilidad y su determinación con relación a otros. En la literatura española, distanciándose del concepto individual de culpabilidad, *vid. MUÑOZ CONDE*, quien propugna un concepto social, dialéctico, de culpabilidad y afirma que «no hay una culpabilidad en sí, sino una culpabilidad en referencia a los demás», *vid. La imputabilidad del enfermo mental*, en «Psicopatología», 2, 2, 1982, pp. 131; el mismo, *Teoría General del delito*, *cit.*, pp. 130 y s.; y el mismo, *El principio de culpabilidad*, III Jornadas de Profesores de Derecho Penal, Santiago de Compostela, 1975, pp. 229 y ss.; *vid. también, GIMBERNAT ORDEIG: El sistema del Derecho penal en la actualidad*, en «Estudios de Derecho Penal», 2.^a ed., Civitas, 1981, pp. 146 y ss.

(46) La acción humana es, en efecto, modificación del mundo exterior dependiente de la voluntad e independiente del contenido de la voluntad. Esto es sostenido por la doctrina tradicional. Pero en último término es sostenido también por la teoría finalista del delito a pesar de que parte de una concepción de la acción humana como *actividad final*. Para la teoría finalista hay acción tanto en los delitos dolosos como en los culposos; delitos dolosos y culposos se diferencian no en la acción, sino en el tipo; la ausencia de dolo no excluye la acción, sino el tipo de lo injusto de los delitos dolosos. Por ello, en el fondo, partidarios de la llamada dirección tradicional y finalistas vienen a coincidir en requerir una *voluntad* para la existencia de la acción, con independencia de su contenido. Esta coincidencia se confirma, como señala MIR PUIG, en la faz negativa de la acción: «Ambos admiten las mismas causas de ausencia de acción relativas a la voluntariedad: 1.º fuerza irresistible; 2.º inconsciencia; 3.º actos reflejos», *vid. MIR PUIG: Derecho penal, P.G., cit.*, pp. 150 y s.

La inconsciencia plena producida por el sueño profundo permite afirmar que en la omisión de la acción debida o en los movimientos realizados durante el sueño falta toda referencia a la voluntad. Se trata de un estado de inconsciencia que determina la impunidad por ausencia de acción a no ser que el sujeto haya provocado esta situación para cometer el delito o que, siendo consciente de que el sueño le sobrevenía y de que en tal estado produciría (o no evitaría) el resultado delictivo, no lo impide. Esta situación puede darse también en supuestos de sonambulismo (47). Cabe plantear la cuestión respecto de la «autosugestión» conscientemente producida y posterior comisión de un hecho delictivo mediando un nexo psicológico. En la autosugestión extrema excluyente de la acción podría considerarse la posibilidad de una *actio libera in causa*. Una *actio libera in causa* en situaciones de hipnotismo puede estar presente si el sujeto se presta voluntariamente a ser hipnotizado para cometer en tal estado el delito (48).

También en los movimientos reflejos (supuestos de desmayo, deslumbramiento, ataques, etc...) que producen un hecho delictivo está ausente la acción porque el comportamiento no es referible a la voluntad. Pero si tal situación es referible a la voluntad en un momento anterior entonces se deberá responder por una *actio libera in causa* dolosa o, en su caso, culposa (49).

Asimismo, se excluya la acción si media fuerza irresistible. Es la única causa de exclusión de la acción expresamente prevista en el Código penal español que la contempla en el art. 8.9.º en los siguientes términos: está exento de responsabilidad «el que obra violentado por una fuerza irresistible». Comprende los supuestos en que, por la presencia de una *vis physica* absoluta, puede afirmarse que el sujeto no actúa, sino que es actuado. Pero si tal situación puede ser referida a la voluntad del sujeto en un momento precedente, entonces, aunque

(47) El «individuo que sabe que padece sonambulismo y no adopta las precauciones debidas, y en estas situaciones sonambúlicas realiza un acto delictivo», *vid.*, sobre ello, DEL ROSAL: *Tratado...*, 1, 2.ª ed., *cit.*, p. 745; también LISZT: *Tratado de Derecho penal*, T. 2, *cit.*, pp. 388 y s., nota 1.

(48) ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, *cit.*, p. 302; QUINTERO OLIVARES: *Introducción...*, *cit.*, p. 185; BUSTOS RAMÍREZ: *Manual de Derecho penal español*, *cit.*, p. 220; MIR PUIG: *Derecho penal*, P.G., *cit.*, p. 159. No entramos en la cuestión de si el hipnotismo puede excluir la acción o la imputabilidad, *vid.* MIR PUIG: *Loc. cit.*, p. 158 y nota 26.

(49) MEZGER: *Tratado...*, *cit.*, T. 1, p. 216, nota 4. *Vid.* también SILVA SÁNCHEZ: *Recensión a Schünemann*, en «ADPCP», 1987, p. 538. De los movimientos reflejos se distinguen las acciones realizadas en corto circuito en las que un estímulo origina la reacción espontánea o repentina del autor. En tales acciones no deja de estar presente, siquiera sea de forma atenuada, una participación de la voluntad por lo que afectan más bien a la imputabilidad, ya se trate de un trastorno mental transitorio (art. 8.1.ª), ya constituya un «estado pasional» (art. 9.8.º), de admitirse que los estados pasionales afectan a la imputabilidad.

el Código no lo mencione expresamente, deberá venir en consideración una *actio libera in causa* dolosa o, en su caso, culposa (50).

Sintetizando lo expuesto puede afirmarse que capacidad de acción e imputabilidad tienen como sustrato común la «libertad» o están relacionadas con la «libertad», entendida ésta como espontaneidad o como comportamiento voluntario independientemente del contenido de la voluntad. Si tal «libertad» no concurre al tiempo del hecho, pero el comportamiento remite a un momento anterior en que el sujeto era aún «libre», entonces puede estar presente una *actio libera in causa*.

b) El ámbito tradicional de las *actiones liberae in causa* (imputabilidad y, en los términos expuestos, capacidad de acción) se pretende traspasar por un sector de la literatura en el que ocupa un puesto fundamental el importante trabajo de Maurach, «Fragen der actio libera in causa», aparecido en 1961. Maurach señala aquí, apartándose de su propio criterio, expresado con anterioridad, que «objeto de consideración apropiado de la *actio libera in causa* es todo elemento constitutivo de delito» (51). Una *actio libera in causa* estaría presente tanto si falta la capacidad de acción o la imputabilidad por causas atribuibles al sujeto como si está ausente el tipo (52), la antijuridicidad (concorre una causa de justificación), o la culpabilidad (concorre una causa de exclusión de la misma), por razones imputables al propio sujeto (*actio praecedens*).

Estos supuestos si bien presentan una estructura paralela a la de las *actiones liberae in causa* deben ser, sin embargo, diferenciados. En ellos está presente, en efecto, como en las *actiones liberae in causa*, por un lado un comportamiento que, en sí mismo considerado, no puede declararse delictivo por faltar uno de los elementos del delito, y, por otro lado, esta situación remite a un momento anterior en que el sujeto origina la ausencia del elemento del delito de que se trate. Tal proximidad estructural es la que lleva a un sector de

(50) MIR PUIG: *Derecho penal, P.G., cit.*, pp. 156 y s.

(51) *Fragen der actio libera in causa, cit.*, pp. 373 y s. En el *Tratado de Derecho penal*, trad. de Córdoba Roda, T. 2, *cit.*, pp. 113 y s., todavía limita el estudio de la *actio libera in causa* a la imputabilidad; en el ámbito de la acción hace una referencia a las mismas con remisión a su tratamiento en la imputabilidad, *vid.* T. 1, p. 216.

(52) MAURACH en *Fragen der actio libera in causa, cit.*, p. 374, propone el supuesto de quien realiza el comportamiento que describía el parágrafo 148 reclamando el dolo directo (poner en circulación dinero falso recibido como auténtico, después de conocida su falsedad). No se cumpliría el tipo subjetivo si el autor mezcla en su cartera con otros billetes el billete falso recibido, después de conocida su falsedad, y lo da posteriormente en pago concurriendo entonces a lo sumo dolo eventual. Entiende MAURACH que las reglas de la *actio libera in causa* llevan a denegar al autor el pretendido álibi moral.

Con relación al Código penal italiano (art. 457) ve MANZINI en un supuesto semejante un delito cometido en estado de conciencia disminuida preordenado al delito y, por tanto, imputable al sujeto, *vid.* *Tratado de Derecho penal*, T. 2, *cit.*, p. 170.

la doctrina a equiparar estos fenómenos (53). Pero en dichos casos no puede hablarse, con rigor, de una *actio libera in causa*, sino, a lo sumo, de una acción *típica* [dolosa en el ejemplo de Maurach citado en la nota (52), conforme a la teoría finalista del delito], *antijurídica* (*actio illicita in causa* si, por ejemplo, el sujeto ha provocado la aparición de los presupuestos de una causa de justificación); o *culpable* (si se ha producido, por ejemplo, la situación de estado de necesidad exculpante o la propia situación de miedo insuperable, de admitirse que sean causas que excluyan la culpabilidad) en la «causa». En ninguno de estos supuestos se trata, en efecto, de cuestiones relacionadas con la «libertad».

En la acción «típica» en su causa no deja de estar presente un comportamiento libre al tiempo del hecho. No se alude ahora a supuestos de ausencia de acción. Se hace referencia a supuestos en que falta el dolo exigido por el tipo (de acuerdo con los presupuestos de la teoría finalista del delito) y ello está en conexión con un hacer precedente. Sería más apropiado hablar, en este sentido, de acciones «dolosas» en su causa. Las acciones dolosas *in causa* son «libres» *in actu*. Pero además habría que preguntar si realmente en supuestos como el antes descrito (nota 53) media sólo dolo eventual o, dada la preordenación existente, puede afirmarse el dolo (directo) reclamado por el tipo. Es un problema que afecta a la prueba del dolo y que no puede resolverse acudiendo a la técnica de las *acciones liberae in causa* sin violentar sus límites y producir un oscurecimiento del concepto (54). A los problemas de error se hará referencia más adelante.

Respecto a las llamadas *acciones illicitae in causa* (55) puede afirmarse igualmente que se trata de un fenómeno diverso al de las *acciones liberae in causa* aunque presenta una estructura análoga. Que la acción pudiera considerarse justificada al tiempo del hecho, por ejemplo porque el autor repele «racionalmente» una agresión ilegítima y, sin embargo, sea antijurídica en su causa, por haber provocado el defensor esta situación, en nada afecta a la «libertad» o «no libertad». El tema se desenvuelve en el marco de la antijuridicidad. Presente una acción justificada *in actu* se plantea la cuestión de su antijuridicidad (ilicitud) *in causa*.

(53) Vid. también SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER: *Loc. cit.*, p. 265. Críticamente, HRUSCHKA: *Methodenprobleme...*, *cit.*, pp. 75 y ss.; KRAUSE: *Betrachtungen...*, *cit.*, pp. 309 y ss.; ROXIN: *Die provozierte Notwehrlage*, ZStW, 1963, pp. 545 y ss. Con relación al Derecho español, críticamente, LUZÓN PEÑA: *Legítima defensa y estado de necesidad defensivo*, *Comentarios a la legislación penal*, T. 5, Vol. 1, EDERSA, 1985, p. 267. Vid. también SILVA SÁNCHEZ: *Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español*, en «ADPCP», 1982, p. 681.

(54) A este oscurecimiento se refiere HRUSCHKA: *Methodenprobleme...*, *cit.*, p. 76.

(55) Esta expresión es de origen relativamente reciente. Al parecer se debe a KOHLRAUSCH y surge por primera vez en la 27 ed. del StGB de Liszt/Delaquis, de 1927, *vid.* HRUSCHKA: *Strafrecht*, *cit.*, p. 372. Se habla también de *actio quasi-libera in causa*, *vid.* GOLDSCHMIDT: *Metodología juridicopenal*, Reus, 1935, pp. 42 y s.

Dada la regulación de la legítima defensa en el Código penal español (art. 8.4.º) internamente al concepto opera la exigencia de la «falta de provocación suficiente por parte del defensor». La provocación determina *ab initio* la ausencia de justificación del comportamiento y, por tanto, su carácter antijurídico por faltar la «legitimidad de la causa» (56). También en la regulación del estado de necesidad reclama el Código penal español (art. 8.7.º) que «la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto». Presente tal provocación, el estado de necesidad no puede ser apreciado. La legítima defensa exige la ausencia de provocación; la regulación del estado de necesidad reclama que éste no haya sido provocado *intencionadamente*. Ante esta situación legislativa cabe plantear la cuestión de la legitimidad del comportamiento en supuestos en que la agresión o la situación de necesidad han sido «provocadas» culposamente (o con dolo eventual). En los supuestos de causación imprudente (o con dolo eventual) del presupuesto de una causa de justificación podrían formularse reparos *materiales* a la justificación del comportamiento. Su «legitimidad» y no contradicción con el ordenamiento jurídico no están plenamente fundamentadas. Respecto de la legítima defensa se ha podido sostener, de conformidad con lo expuesto, que la provocación a que alude el art. 8.4 puede ser imprudente (57).

Más dudoso es que, a la luz del Derecho positivo español, pueda sostenerse que no hay «estado de necesidad» si se produce culposamente o con dolo eventual la situación de necesidad. La fórmula del art. 8.7.º se refiere, según criterio dominante en la literatura y que se deriva del propio tenor literal, a la no provocación *intencional* de la *situación de necesidad*. La causación imprudente o con dolo eventual del estado de necesidad no debe cerrar el paso a la eximente. A esta solución se ha opuesto reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El Tribunal Supremo rechaza la aplicación del art. 8.7 en supuestos de causación culposa de la situación de necesidad y aprecia un delito culposo si se ha originado imprudentemente el peligro y la situación de necesidad, como en el caso de una conducción imprudente que coloca al automovilista ante el dilema de atropellar a un ciclista o chocar frontalmente con un camión (58). Un sector

(56) El Código penal alemán no contiene referencia expresa a la falta de provocación por lo que la cuestión se plantea en términos distintos. Sobre los distintos criterios para el tratamiento de esta materia en el Derecho alemán, JESCHECK: *Tratado...*, T. 1, cit., p. 471 y nota 45; *vid.* también LUZÓN PEÑA: *Legítima defensa y estado de necesidad defensivo*, cit., pp. 265 y s.

(57) *Vid.*, así, BUSTOS RAMÍREZ: *Manual de Derecho penal español*, cit., pp. 238 y s. Sobre la interpretación de la expresión «provocación suficiente» por la doctrina española, LUZÓN PEÑA: *loc. cit.*, pp. 263 y ss.

(58) Sobre esta línea jurisprudencial, MIR PUIG: *Derecho penal*, P.G., cit., p. 404; el mismo, *Problemas de estado de necesidad en el art. 8.7.º del Código penal*, en «Estu-

doctrinal ha destacado que debe invocarse en tales supuestos una *actio illicita in causa* y fundamentar la responsabilidad en la «imprudencia de la conducta anterior» (59). Sin embargo, en el momento decisivo, el de la realización de la acción típica, el sujeto actúa con dolo. Si se admite que la conducta (dolosa) está justificada, pues no hubo provocación intencional de la situación de necesidad, carecerá de sentido invocar «ilicitud» en la causa para fundamentar la responsabilidad a título de culpa por el hecho realizado; a lo sumo cabría suscitar la cuestión de si el comportamiento imprudente, en sí mismo considerado, es jurídico-penalmente relevante. Si, de forma diversa, se admitiera la «ilicitud» en la causa, ello debería llevar consecuentemente a hacer responder por el hecho doloso realizado y no por la imprudencia anterior. Pero a esta solución se opone el Derecho positivo. A efectos del art. 8.7 sólo es «ilícita» la provocación intencional de la situación de necesidad. La provocación culposa de la situación de necesidad puede consistir, ciertamente, en la realización de una conducta «ilícita» en sí misma considerada. Pese a ello, el hecho típico (doloso) realizado es conforme a derecho, pues sólo la provocación *intencional* determina la ilicitud del comportamiento. No parece que pueda invocarse la «ilicitud» en la causa para fundamentar la responsabilidad por el mismo hecho a título de culpa. Más bien parece que la llamada «*actio illicita in causa*» culposa es, en rigor, una acción «ilícita» *in se* que si conduce causalmente al resultado e infringe el deber objetivo de cuidado, cumple el tipo de lo injusto del delito culposo que venga en consideración.

En la regulación española del estado de necesidad cabría ver una concreción legislativa de las *actiones illicitae in causa dolosas* (60) paralela a la concreción de las *actiones liberae in causa dolosas* en la regulación del trastorno mental transitorio (que establece la exigencia de que éste no haya sido buscado «de propósito para delinquir»,

dios Jurídicos en honor del profesor O. Pérez-Vitoria», I, Bosch, 1983, pp. 517 y ss.; *vid.*, también, CÓRDOBA RODA: *Comentarios...*, I, *cit.*, pp. 296 y s. En favor de una modificación *de lege ferenda* que excluya la eximente si se produce imprudentemente la situación de necesidad, como hace hoy la jurisprudencia sin base legal, *vid.* MUÑOZ CONDE: *Teoría General del delito*, *cit.*, p. 110.

(59) MIR PUIG: *Derecho penal*, P.G., *cit.*, pp. 404 y s.; el mismo, *Problemas de estado de necesidad...*, *cit.*, pp. 518 y s.; SILVA SÁNCHEZ: *Sobre el estado de necesidad...*, *cit.*, la producción imprudente de la situación de necesidad no infringe el requisito segundo del art. 8.7.º del Código penal, pero subsiste, dice, una imprudencia originaria y «siempre que quepa imputar objetivamente dicho resultado a la conducta imprudente inicial, deberá castigarse por imprudencia, como sostiene la teoría de la “*actio illicita in causa*”», pp. 684 y ss. Sin embargo, no parece que ello constituya el fenómeno de la *actio illicita in causa*, más bien parece que se trata de una acción imprudente respecto de la que cabe interrogar por su relevancia juridicopenal sin que proceda la figura de la *actio illicita in causa*.

(60) *Vid.*, sin embargo, SILVA SÁNCHEZ: *Sobre el estado de necesidad...*, *cit.*, p. 686.

art. 8.1.º del Código penal). Lo mismo podría sostenerse respecto de la legítima defensa.

Quedaría abierta la cuestión de la posible elaboración doctrinal y jurisprudencial de la *actio illicita in causa culposa* paralela a la construcción de la *actio libera in causa culposa* con la consiguiente perturbación de la seguridad jurídica (61). Una *actio illicita in causa culposa* no parece, sin embargo, que pueda admitirse. Esta no se caracterizaría sólo por la culposa provocación de la situación de legítima defensa o del estado de necesidad, sino decisivamente por la imprudencia respecto del resultado. En los supuestos de delito producido en legítima defensa o en situación de necesidad no se da esta posición psicológica (culpa) respecto del resultado, pues, independientemente del criterio que se adopte sobre la exigencia de un elemento subjetivo de justificación, lo decisivo es que el sujeto realiza la acción típica dolosamente (sea para defenderse, sea para salvaguardar otro bien jurídico). Así, en el supuesto de causación culposa de una situación de necesidad y posterior decisión de lesionar un bien jurídico para salvaguardar otro de (igual o) superior valor no puede hablarse con rigor de una *actio illicita in causa culposa*, pues en el momento decisivo está presente el dolo. Cuestión distinta es la de la relevancia juridicopenal del comportamiento imprudente en la situación concreta.

Tampoco parece que pueda hablarse de una *actio illicita in causa culposa* con relación a otras causas de justificación. El ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 8.11.º del Código penal) gravita sobre la legitimidad del comportamiento. Tal legitimidad (medio justo para la consecución de un fin justo) se ve al menos afectada si el presupuesto de la justificación se ha producido culposamente o con dolo eventual. Por ejemplo, en el homicidio culposo producido por un agente de la autoridad en el ejercicio de su cargo es muy dudosa la legitimidad de la acción si el sujeto con su comportamiento imprudente ha provocado el tener que hacer uso del arma reglamentaria que, sin embargo, no utilizó con dolo homicida. El problema se resuelve, pues, internamente a la propia causa de justificación sin que posea sentido recurrir al expediente de la *actio illicita in causa culposa*.

Tampoco constituyen una *actio illicita in causa culposa* los casos de error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación [error de tipo a tratar como delito culposo (62) conforme a las teorías

(61) Es significativo que el Tribunal Supremo admita sin reservas la *actio libera in causa culposa* y se resista también a declarar exento de responsabilidad, a pesar de los términos de la regulación, a quien provoca imprudentemente una situación de peligro.

(62) El error sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación no está comprendido en el art. 6 bis a), pero su tratamiento debe reconducirse al error de tipo, *vid.*, sobre ello, TORIO LÓPEZ: *Tipo, error de tipo y de prohibición: crítica de la reforma penal*, en «Reformas penales en el mundo de hoy», Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1984, pp. 110 y s.

del dolo y la teoría limitada de la culpabilidad] cuando la falsa creencia se ha provocado culposamente por el sujeto. Y ello por dos razones: primero, porque la causación imprudente de la propia situación de error informa, a lo sumo, sobre la «vencibilidad» de éste; se tratará, por tanto, de un error de tipo vencible sin necesidad de acudir a la figura de la *actio illicita in causa*. Y segundo, porque incluso si se rechazara lo anterior no se tratará de un acción antijurídica (ilícita) en su causa culposa, sino, en su caso, de una acción típica en su causa culposa. Sobre este problema que posee singularidad propia se volverá después.

Las consideraciones anteriores muestran, por un lado, el paralelismo estructural entre las *actiones liberae in causa* y las *actiones illicitae in causa*, y, al propio tiempo, las diferencias. En todo caso, se trata de fenómenos distintos. Las *actiones illicitae in causa* son acciones «libres» *in actu*. La producción imprudente de la situación justificante origina una gama de fenómenos no caracterizables como *actio illicita in causa culposa* y no correlativos a la *actio libera in causa culposa*. El correcto tratamiento de la materia analizada exige la intervención del legislador. Otorgar relevancia de *lege ferenda* a la producción culposa de la situación de necesidad, por ejemplo, supone ampliar el marco de las posibles acciones *illicitae in causa*, pero en modo alguno permite hablar de *actiones illicitae in causa culposas*. Precisamente las consideraciones en torno a las hipotéticas *actiones illicitae in causa culposas* muestran las diferencias entre la llamada *actio illicita in causa* y el instituto de la *actio libera in causa*.

No puede hablarse tampoco de *actiones liberae in causa* en los supuestos de producción culposa de causas de exclusión de la culpabilidad. A pesar de que, como ya se indicó, el problema de la culpabilidad se halla enlazado tradicionalmente al problema de la libertad, en las llamadas causas de exclusión de la culpabilidad en sentido estricto no se trata de que el sujeto no haya actuado «libremente», sino de que no se le podía exigir una conducta distinta. El problema de la libertad se plantea en relación a la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, mientras que en las causas de exclusión de la culpabilidad en sentido estricto se parte de un comportamiento «libre» (63). Así, por ejemplo, en el miedo insuperable el autor obra bajo una *vis compulsiva* (frente a la *vis physica* absoluta de la fuerza irresistible que excluye la acción). En el miedo insuperable el sujeto puede decidir la realización del comportamiento antijurídico (*coactus tamen voluit*) aunque no se le puede exigir un comportamiento distinto y por ello se declara ausente la culpabilidad. También en el estado de necesidad excluyente de la culpabilidad (conflicto de bienes de igual

(63) Otra cuestión es que pueda hablarse de un comportamiento libre, pues no puede verificarse si realmente, en la situación concreta, el sujeto pudo obrar de modo diverso a como lo hizo, *vid. supra* nota 45.

valor) el sujeto decide lesionar un bien jurídico. Por lo demás se plantean aquí los mismos problemas que ya hemos visto al tratar del estado de necesidad justificante. La provocación intencional de la situación de necesidad excluye la aplicación del art. 8.7.º, pero cabe plantear si más allá de esto, la causación culpable del peligro o de la situación de necesidad debe fundamentar la *exigibilidad* del comportamiento.

Cuando el estado de necesidad o el miedo insuperable son provocados y se comete en tal situación el delito no puede hablarse de una *actio libera in causa* en sentido propio, sino, a lo sumo, de una acción «culpable» en su causa, expresión que, ciertamente, puede resultar equívoca.

En conexión con las cuestiones tratadas constituye un problema particular, aludido en parte al hablar de la *actio illicita in causa*, el error del autor al tiempo del hecho cuando tal situación de error deriva de su propio comportamiento precedente.

No hay que confundir esta cuestión con el tema, diverso, de la realización de una *actio libera in causa* concurriendo error. Por ejemplo, el sujeto se embriaga para darse ánimos y destruir el escaparate de un enemigo suyo, pero, ya en situación de inimputabilidad, confunde a un dependiente con un maniquí y le mata. Aquí podría suscitarse la cuestión de si debe rechazarse la *actio libera in causa*, pues se realiza un delito distinto del proyectado (64) o si se trata de una *actio libera in causa* realizada con error de tipo debiendo responder, supuesta la vencibilidad del error, por homicidio culposo, en su caso en concurso ideal con un delito de daños, siempre que concurren los requisitos de la *actio libera in causa culposa* (65).

De estas cuestiones se distingue, en efecto, el fenómeno consistente en realizar el hecho delictivo concurriendo error sobre los elementos positivos del tipo, sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, o sobre los presupuestos fácticos de una causa de exclusión de culpabilidad, cuando la situación de error es referible a un momento precedente; el sujeto cree erróneamente que su conducta no cumple el tipo, o que es víctima de una agresión ilegítima (legítima defensa putativa), o que le amenaza un mal (miedo insuperable putativo, de admitirse éste), y esta creencia errónea se debe a su propio comportamiento anterior al hecho.

El error sobre los elementos positivos o negativos del tipo provocado por el propio sujeto es un error *vencible*. Pero es preciso diferenciar distintos supuestos.

La provocación dolosa del propio error sobre los hechos con la finalidad de cometer el delito abre la cuestión de si el sujeto debe responder, como parece correcto, por la pena plena del dolo (acción

(64) *Vid. infra* epígrafe 4 c).

(65) Sobre la relevancia del error de tipo, *infra* epígrafe 4 c); sobre la *actio libera in causa culposa*, *infra* epígrafe 6.

típica en su causa dolosa), o si debe apreciarse un error de tipo [también el error sobre los supuestos fácticos de una causa de justificación es error de tipo aunque no recogido en el art. 6 bis a), como ya se indicó] viniendo en consideración un delito culposo, en el supuesto de que la comisión culposa del delito de que se trate se halle efectivamente inculpada.

Por el contrario, la causación imprudente de la situación de error parece que debe dar lugar sin duda a apreciar delito culposo, pues tal causación imprudente informa exclusivamente sobre la *vencibilidad* del error. Así la errónea creencia de que es objeto de una agresión ilegítima, debida al propio comportamiento imprudente anterior, constituye un error de tipo vencible. La imprudencia anterior cumple exclusivamente la función material de informar sobre la vencibilidad del error. Se trataría de un error vencible sobre el presupuesto fáctico de una causa de justificación que origina una responsabilidad por imprudencia sin que proceda en absoluto entrar a considerar la «tipicidad» en la causa. La cuestión se resuelve, pues, al margen de la llamada *actio* «típica» *in causa* cuya admisión llevaría a la consecuencia sin duda insatisfactoria de rechazar la legítima defensa putativa e imponer la pena del dolo.

También en casos de error sobre los presupuestos fácticos o reales de una causa de exclusión de la culpabilidad habría que plantear si la provocación dolosa del error deja intacta la responsabilidad a título de dolo, siguiendo los supuestos de causación culposa del error (por tanto, error vencible) el régimen general (66).

Puede concluirse, en atención a las cuestiones hasta aquí desarrolladas, que si bien existen fenómenos estructuralmente afines a la *actio libera in causa* sólo se puede hablar con propiedad de ésta en supuestos de incapacidad de acción o inimputabilidad al tiempo del hecho.

4.a) La *actio libera in causa*, de acuerdo con la concepción aquí sostenida, presenta estructuralmente dos momentos bien diferenciados: la *actio praecedens*, realizada antes del comienzo de la ejecución del delito y en virtud de la cual el sujeto se coloca en situación de incapacidad de acción o de inimputabilidad; y la *realización de la acción típica* siendo el sujeto incapaz de acción o inimputable. Entre ambos momentos debe mediar un nexo o conexión causal no sólo objetivo o externo, sino también de carácter psicológico o anímico. No basta una simple relación de sucesión, sino que es preciso un efectivo enlace causal externo y psicológico. La *actio praecedens* pue-

(66) JESCHECK: *Tratado...*, T. 1, *cit.*, pp. 692 y s., y adiciones de MIR PUIG, p. 695. El Código penal español no contiene disposiciones al respecto. El problema del error sobre los presupuestos reales de una causa de exclusión de la culpabilidad no puede ser abordado aquí. Se ha cuestionado que proceda un tratamiento paralelo al del error sobre los presupuestos de una causa de justificación. De ello nos ocupamos en otro trabajo.

de estar dirigida a la causación de la inimputabilidad o de la incapacidad de acción *con la finalidad de* cometer en tal situación el delito, pero basta que al realizar la acción precedente (por ejemplo, al beber en exceso) el sujeto haya al menos *podido prever* la producción del hecho típico (67).

Generalmente se estudia la *actio libera in causa* en los delitos de resultado, pero no hay inconveniente en admitirla también en los delitos de simple actividad. Por ejemplo, el que se embriaga para darse ánimos y cometer un delito de violación. La privación de sentido se presenta entonces en el sujeto activo del delito invirtiéndose la situación descrita en el art. 429.2.º del Código penal. Puesto que la simple ejecución de la acción es consumativa no se plantea en estos delitos, obviamente, el problema del enlace psicológico doloso o culposo entre la acción precedente y el resultado típico, pero es preciso el enlace psicológico entre la acción precedente y la realización de la acción descrita en el tipo.

La *actio praecedens* no es aún comienzo de ejecución del tipo (68); está enlazada causalmente a la acción típica y contribuye, en su caso, a la producción del resultado típico; pero no genera todavía un peligro (concreto, inmediato) ni una conmoción en la seguridad del bien jurídico en el sentido de la teoría de la impresión; no es una acción apta o apropiada para poner en peligro el bien jurídico. Si el sujeto, embriagado plenamente, por causas ajenas a él no llega a salir de su casa para cometer el delito proyectado, homicidio, por ejemplo, no puede admitirse que está presente tentativa de delito. El continuar bebiendo es ciertamente un eslabón en la cadena causal, pero en modo alguno constituye ya el peligro desaprobado jurídicamente que conduce al resultado típico. La teoría de la equivalencia de las condiciones debe ser complementada, teleológicamente valorativamente, atendiendo a la peligrosidad de la acción y a su antinormatividad. La *actio praecedens*, el beber en exceso, no es, desde la perspectiva del delito de homicidio, típicamente relevante u objetivamente imputable. Ciertamente, el sujeto que bebe hasta llegar a un estado de embriaguez plena con la finalidad de dar muerte a su enemigo pone en marcha una serie causal peligrosa que conduce en último término al resultado letal, pero tal comportamiento no pertenece al grupo de acciones que el tipo pretende captar, es decir, no crea un peligro jurídicamente desaprobado conducente al resultado típico; el embriagarse no es todavía un intento real, efectivo, de conseguir la producción del resultado; falta en tal comportamiento la «dominabilidad objetiva» del curso causal y su resultado aunque esté presente subjetivamente la

(67) Más ampliamente sobre la *actio libera in causa dolosa y culposa*, *infra* epígrafe 6.

(68) *Vid. supra* epígrafe 1 y notas 7 y 8.

intención de producirlo (69). En tal sentido puede afirmarse que, desde la perspectiva del tipo del homicidio, por ejemplo, el beber en exceso (70), no es acción objetivamente imputable, sino una acción, en sí misma considerada, *típicamente neutra*. Respecto de quien bebe para darse ánimos y matar a su enemigo en situación de inimputabilidad y, finalmente, en estado de embriaguez plena, por causas extrañas a él ni siquiera llega a salir de su casa en busca de la víctima carece de sentido sostener que ha emprendido la ejecución del tipo y que debe responder por tentativa de delito.

En la *actio libera in causa* la acción típica realizada no es «libre» en sí, pero sí es «libre» en su causa. La regla según la cual sólo pueden ser imputadas las acciones «libres» al tiempo del hecho es complementada por la admisión excepcional de acciones «libres» en su causa. Se imputa al sujeto la acción típica «libre» en su causa y, por tanto, realizada *durante la actual ausencia de «libertad»*.

b) De lo expuesto cabe extraer la consecuencia siguiente: quedan fuera del instituto de las *actiones liberae in causa* los casos en que se produce el comienzo de la situación de inimputabilidad (inconsciente, circunstancial o accidentalmente) *durante la ejecución de la acción típica*. Se comprenden aquí los supuestos designados expresivamente en la literatura «borrachera de sangre». Por ejemplo: un sujeto, A, en el transcurso de una violenta discusión con B saca una navaja dispuesto a matarle, pero después del primer golpe cae en una «borrachera de sangre» excluyente de la imputabilidad (trastorno mental transitorio); en tal situación, fuera de sí, propina a B un elevado número de navajazos y finalmente el golpe mortal (71). En este supuesto cuando el sujeto es imputable no mata y cuando mata está ausente la imputabilidad. Existe una resolución inicial de matar, pero en el momento en que asesta el golpe decisivo el sujeto es inimputable.

(69) TORIO LÓPEZ: *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, en «ADPCP», 1986, p.36.

(70) Aparte del problema específico que plantea el art. 340 bis a), *vid. infra* epígrafe 7.

(71) Las situaciones que conducen a una limitación o exclusión de la capacidad de autodirección se deben diferenciar nítidamente del ensañamiento. La «ceguera que produce la sangre» puede originar un trastorno mental transitorio incompleto o un estado de arrebato u obcecación cuya presencia excluye la posibilidad de apreciar el ensañamiento. El ensañamiento reclama una actitud psicológica interna, la ejecución «deliberada» e «inhumana», que le hacen incompatible con situaciones de imputabilidad reducida. La repetición de actos integra objetiva o externamente el ensañamiento, pero la esencia de esta característica de agravación reside en el plano interno.

Por otra parte, hay que diferenciar el problema que nos ocupa (inimputabilidad sobrevinida durante la ejecución o en la fase preparatoria del delito) del problema de la enajenación sobrevinida después de la ejecución del delito que tiene repercusiones en la ejecución de la pena (art. 82 del Código penal) y que no afecta a la inimputabilidad; sobre este último problema, *vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: La enajenación sobrevinida en la propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983*, en «Estudios Penales y Criminológicos», VIII, Universidad de Santiago, 1985, pp. 237 y ss.

Aquí no puede admitirse una *actio libera in causa*, aunque existen criterios doctrinales discrepantes (72), pues la estructura propia de las *actiones liberae in causa* no se cumple. Falta, en efecto, la *actio praecedens* dirigida a la producción de la situación de inimputabilidad para cometer la acción típica conducente, en su caso, al resultado (dolo directo respecto del mismo) o vinculada mediante otro enlace psicológico al hecho típico. La inimputabilidad, presente al tiempo del hecho, no es el álibi predisposto por el autor para la comisión del delito y ni siquiera éste es consciente de que tal situación le sobreviene cuando ya ha dado comienzo a la ejecución (inimputabilidad sobrevenida).

Estructuralmente presenta el fenómeno considerado cierta afinidad con el *dolus generalis*. En el *dolus generalis* hay una desviación entre el curso causal representado por el sujeto y la realidad. El suceder real presenta dos fases: un primer momento en que el sujeto emprende dolosamente la acción homicida, por ejemplo, y, cuando en realidad la víctima no ha muerto, cree erróneamente que ha producido el resultado letal; y un segundo momento en que el sujeto realiza otros actos dirigidos, por ejemplo, a simular un accidente, como colocar a la víctima a quien cree ya muerta sobre la vía del tren, produciéndose entonces su muerte al ser atropellada. Cuando el sujeto cree que mata no mata y, por el contrario, cuando cree que no mata, mata (73). Paralelamente, en la inimputabilidad sobrevenida cuando el sujeto es imputable no mata y cuando mata es inimputable.

La inimputabilidad sobrevenida se aparta, en cambio, de la estructura de las *actiones liberae in causa*. Tiene en común con éstas, ciertamente, el estado de inimputabilidad al tiempo del hecho, pero se diferencia en que la inimputabilidad sobrevenida no está enlazada psicológicamente a un hacer precedente. El tratamiento de los supuestos de inimputabilidad sobrevenida debe resolverse, consecuentemente, con independencia de la técnica de las *actiones liberae in causa*. Puede entenderse que la resolución inicial, unida al comienzo de ejecución cuando el sujeto todavía es imputable, permite fundamentar sin más la responsabilidad por tentativa. Pero, más allá de esto, pue-

(72) En sentido diverso del texto, *vid.* MAURACH: *Fragen der actio libera in causa*, *cit.*, pp. 378, y MAURACH/ZIPF: *Strafrecht*, A.T., 1, 1.º, *cit.*, p. 471.

(73) No procede entrar aquí en la discusión sobre el tratamiento de este fenómeno, esto es, si se trata de una desviación inesencial del curso causal y, por tanto, conforme a la doctrina del *dolus generalis* procede castigar por homicidio doloso consumado, o si, por el contrario, ello pugnaría con el principio según el cual momento de la culpabilidad es el de la acción y, en consecuencia, debe apreciarse un concurso entre tentativa de homicidio (primer momento) y homicidio culposo consumado (segundo momento), o si se trata más bien de que la acción se propaga o extiende a las circunstancias concurrentes (pluralidad de actos y unidad de acción) y debe apreciarse homicidio doloso consumado, o, finalmente, si procede invocar el fin de protección de la norma en el marco de la imputación objetiva para fundamentar el homicidio doloso consumado.

de sostenerse incluso la responsabilidad por delito consumado (supuesto que el resultado se haya producido efectivamente) de admitirse que ha habido sólo una desviación inesencial del curso causal real frente al representado. El tratamiento de la inimputabilidad sobrevenida se desplaza así hacia un terreno distinto. No se trata ya de un problema de *actio libera in causa*, sino de un problema de dolo (74): siempre que la desviación del curso causal pueda estimarse inesencial procederá condena por delito consumado. Desde la perspectiva subjetiva basta la imputabilidad en el primer momento de la ejecución (75). Desde la perspectiva del suceder real hay que verificar si en la situación concreta está presente una desviación puramente inesencial del curso causal real frente al representado lo que sucedería, por ejemplo, si el hecho sigue el curso causal planeado. Frente a esto pueden formularse objeciones. Así, con relación al ejemplo antes propuesto, podría sostenerse que A no pudo prever que caería en una «borracheira de sangre» en cuyo estado asestaría el golpe mortal y, por tanto, no abarcó con su dolo la efectiva relación causal. Ciertamente, el autor no sólo no conoció las particularidades del curso causal —lo que no es necesario para que esté presente el dolo—, sino que, más allá de esto, pone en marcha un curso causal que transcurre de forma diversa a como el pudo representárselo. De admitirse, lo que es dudoso, que se trata de una desviación esencial del curso causal no procedería la condena por delito doloso *consumado*.

Pero lo que importa aquí destacar es que, cualquiera que sea el tratamiento de la inimputabilidad sobrevenida durante la ejecución del delito, se trata de un fenómeno que difiere estructuralmente de las *acciones liberae in causa*.

La caída en estado de inimputabilidad puede producirse *durante la fase preparatoria del delito*. El sujeto, después de elaborar un plan para dar muerte a la víctima, sale en su busca, pero durante el camino sufre un ataque epiléptico de suerte que cuando da comienzo a la ejecución del hecho se halla ya en situación de inimputabilidad (76).

(74) OEHLER: *StGB*, §§ 212, 43, 51, en «JZ», 1970, p. 381; KRAUSE: *Betrachtungen...*, *cit.*, pp. 311 y s.; *vid.* también SCHMIDHÄUSER: *Strafrecht, A.T.*, *cit.*, p. 203. Con apreciaciones críticas sobre el carácter esencial o inesencial de la desviación, *vid.* HRUSCHKA: *Methodenprobleme...*, *cit.*, pp. 50 y ss.

De la jurisprudencia española extraemos el siguiente supuesto (S. 26 de enero de 1984, A. 418): el sujeto, débil mental, emprende una acción defensiva, pero se excede en la defensa y machaca la cabeza de la víctima con la culata de la carabina. En el supuesto considerado el Tribunal afirma la imputabilidad del sujeto. Pero de admitirse que durante la ejecución (defensiva) el sujeto cae efectivamente en una situación de trastorno mental transitorio y en tal situación se excede en la defensa cabría entonces hablar de una «inimputabilidad sobrevenida». Al faltar el dolo (inicial) respecto del resultado típico (el sujeto emprende la acción con *animus defendendi*) no concurriría responsabilidad jurídicopenal alguna.

(75) *Vid.* lo indicado *supra* nota 20.

(76) HRUSCHKA: *Methodenprobleme...*, *cit.*, pp. 53 y ss.

En esta hipótesis, como en la anterior, no cabe ver una *actio libera in causa*. La inimputabilidad sobreviene accidentalmente sin que pueda ser conectada a un hacer precedente del autor. Pero mientras que en el primer supuesto el sujeto ha comenzado los actos de ejecución siendo aún imputable y, por tanto, está fundamentada la responsabilidad por delito en grado de tentativa (o incluso por delito consumado si se entiende que ha habido una desviación inesencial del curso causal), en el supuesto ahora considerado la inimputabilidad sobreviene antes del comienzo de los actos de ejecución, durante la fase preparatoria, por lo que no puede fundamentarse ninguna responsabilidad jurídicopenal.

c) Según criterio generalmente admitido la *actio libera in causa* presupone que el autor se ha representado un hecho punible *determinado*. No basta que se represente la posibilidad de cometer un delito genéricamente. De no existir correlación entre el delito representado y el efectivamente producido no puede venir en consideración una *actio libera in causa*. Esto quiere decir que el juez deberá investigar la representación del autor y si ésta coincide con el hecho efectivamente realizado. También la *actio libera in causa culposa* reclama que el sujeto se haya representado o podido representar la realización de un delito determinado.

La regulación del número 1 del art. 8 del Código penal español, al declarar exento de responsabilidad al que se halla en situación de trastorno mental transitorio a no ser que éste haya sido buscado «de propósito para delinquir», debe entenderse en conformidad con lo anterior. La referencia genérica al propósito de delinquir —y no de realizar un delito determinado— podría hacer pensar, de seguirse una interpretación literal, que si se busca de propósito al trastorno para cometer un delito (daños, por ejemplo) y en esta situación se produce un delito distinto (homicidio, por ejemplo) no puede ser apreciada la eximente, pues, en definitiva, el sujeto ha pretendido «delinquir». Pero esta interpretación literal es rechazada por la doctrina que exige, para excluir la eximente, que la perturbación psíquica se haya buscado con el propósito de realizar un delito determinado y que éste sea el efectivamente producido (77).

La preordenación a «delito determinado» está ausente, de ordinario, en los delitos relacionados con el consumo de drogas (así los casos, frecuentes en la práctica, de robos en síndrome de abstinencia). Ciertamente el sujeto sabe que si se suministra nuevas dosis mantendrá su situación de dependencia y que, en caso necesario, cometerá un hecho punible. Pero si la inimputabilidad (o la capacidad limitada de autodirección) se produce a causa de un prolongado abuso de estupefacientes carece de sentido afirmar que el sujeto se coloca en tal

(77) CÓRDOBA-RODA: *Comentarios...*, I, *cit.*, pp. 221.

estado para cometer el delito. No puede imputársele una *actio libera in causa dolosa*, ni siquiera a título de dolo eventual. La admisión de una *actio libera in causa culposa* —supuesto que la comisión culposa del delito se halle efectivamente inculpada, lo que no sucede en el robo— es también sumamente cuestionable. Pues aún cuando el sujeto se haya representado o podido representar la comisión de un delito determinado en estas hipótesis de drogodependencia, de consumo prolongado de drogas, parece que hay que rechazar también la «libertad» *in causa* (78). Por el contrario, si no se trata de un consumo prolongado, sino aislado, con el propósito de delinquir, el problema se plantea obviamente en otros términos. No se trataría ya de un delito cometido bajo el síndrome de abstinencia; tampoco de la realización de un delito bajo los efectos de la droga sin que medie conexión psicológica entre el suministro de ésta y la realización de aquél. Lo característico sería que la inimputabilidad (o la capacidad limitada de autodirección) es buscada con la finalidad de cometer un delito determinado. Si este fuera el caso no habría inconveniente en admitir, con la sentencia de 1 de diciembre de 1983 (A. 6301), que «no faltan supuestos en que el agente busca en la droga —como ocurre en la intoxicación etílica— el estímulo y valor precisos para cometer la infracción». Se cumpliría entonces la estructura de la *actio libera in causa dolosa*.

Según lo expuesto es preciso que el sujeto abarque los elementos integrantes de un concreto tipo de delito. También deben ser conocidas las características de agravación que integran un «tipo modificado» (agravado o privilegiado). Tal conocimiento ha de concurrir cuando el sujeto aún es capaz de acción o imputable. De lo contrario debe venir en aplicación el tipo básico. También deben ser conocidas en el momento en que el sujeto aún es «libre» las circunstancias generales descritas en los arts. 9, 10 y 11 del Código penal. Según el párrafo primero del art. 60, «las circunstancias agravantes o atenuantes que consistieren en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquellos cul-

(78) Sobre la no admisión de una *actio libera in causa dolosa*, vid. HASSEMER: *Actio libera bei der Beschaffung von Betäubungsmitteln*, JuS 1977, p. 412. Sobre la *actio libera in causa dolosa y culposa*, con crítica de la S. 16 de septiembre de 1982, y sobre la incidencia del pensamiento de la no exigibilidad en este ámbito, vid. DEL ROSAL BLASCO: *Problemas de estado de necesidad e imputabilidad en un supuesto de síndrome de abstinencia de drogas*, cit., pp. 3 y ss. Más recientemente, admitiendo una *actio libera in omittendo* (decisivo es no haber acudido a un centro de deshabitación en los momentos previos al síndrome) y entendiendo que cabe imputar a la omisión previa los hechos cometidos bajo el síndrome de abstinencia si medió dolo eventual o previsibilidad y, en este caso, el delito de que se trate admita la comisión por imprudencia, SILVA SÁNCHEZ: *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 «La Ley», núm. 1.889, pp. 3 y s. Sobre la *actio libera in omittendo*, vid. *infra* epígrafe 5.

pables en quienes concurren». Se comprenden aquí las llamadas circunstancias «personales» que modifican o gradúan la culpabilidad. A pesar de los términos de la ley existe acuerdo en que no basta que «concurran». Las circunstancias personales de naturaleza mixta (objetivo-subjetiva) deben además ser conocidas (79). La ley exige expresamente el conocimiento de las llamadas circunstancias «impersonales», es decir, las referibles al injusto, bien al desvalor de resultado, bien al desvalor de acción. El párrafo segundo del art. 60 dispone que las circunstancias «que consistieren en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad únicamente de los que tuvieren conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito». El criterio general según el cual el conocimiento ha de estar presente en el momento de la acción (o de la cooperación para el delito) quiebra en las *acciones liberae in causa*. En las *acciones liberae in causa* se produce una anticipación del momento en que son conocidas las circunstancias. Se hace referencia, por supuesto, a las circunstancias concomitantes o simultáneas al delito. El conocimiento de tales circunstancias no se produce *in actu*, sino en un momento precedente cuando el sujeto aún era «libre». Ello no significa, en absoluto, una anticipación del momento de la acción (80).

En la *actio libera in causa dolosa* puede estar presente un error de tipo, *aberratio ictus*, *error in persona* o el fenómeno de la preterintencionalidad (81). Así, por ejemplo, si el sujeto se embriaga para dar muerte a su padre y ya en estado de embriaguez plena da muerte a un extraño por una desviación en el golpe, o si pretende sólo lesionar a su enemigo pero en situación de inimputabilidad realiza una acción que desborda el fin pretendido y causa la muerte de la víctima. El tratamiento de estos supuestos debe seguir las reglas generales (82).

(79) ALONSO ALAMO: *El sistema de las circunstancias del delito*, Universidad de Valladolid, 1980; pp. 367 y s., y bibliografía allí citada.

(80) De modo diverso entiende MIR PUIG que momento de la acción es el de la provocación de la incapacidad de acción o de la imputabilidad, *vid. Derecho penal, P.G., cit.*, p. 508. Más que una anticipación del momento del conocimiento parece que se admite entonces una «anticipación del momento de la acción», lo que debe llevar consecuentemente a reconocer que desde este primer momento concurre un principio de ejecución y, por tanto, cabe la tentativa.

(81) Se trata de diversos supuestos de error de tipo no comprendidos todos, sin embargo, en el art. 6 bis a), *vid. TORIO LÓPEZ: Tipo, error de tipo y de prohibición...*, *cit.*, pp. 98 y ss.

(82) Existen diversos criterios al respecto. Sobre la *aberratio ictus* (para unos, concurso ideal de delitos: tentativa de parricidio y homicidio culposo consumado en el ejemplo propuesto; mientras que para otros delito doloso consumado: homicidio doloso consumado), *vid. TORIO LÓPEZ: Tipo, error de tipo y de prohibición...*, *cit.*, p. 103. Sobre la preterintencionalidad heterogénea (o concurso ideal de delitos: lesiones intentadas y homicidio culposo consumado; o delito único: homicidio culposo), *vid. ALONSO ALAMO: El nuevo tratamiento de la preterintencionalidad. Consecuencias de la derogación del artículo 50 del Código penal*, en «La Ley», núm. 771, 1983, pp. 44 y ss.

La relevancia del error de tipo en la *actio libera in causa dolosa* —independientemente del tratamiento que se estime jurídicamente correcto en cada caso— no parece cuestionable. Ello no supone un menoscabo de la exigencia de que el sujeto se haya representado un delito determinado. El que por error se cometa un delito distinto del representado o del pretendido no fundamenta la impunidad. La exigencia de que en las *actiones liberae in causa* la *actio praecedens* esté enlazada psicológicamente a un delito determinado y de que éste haya sido el efectivamente producido (83) debe entenderse con excepción de los supuestos de error de tipo. El sujeto debe responder por la *actio libera in causa* otorgándose, eso sí, relevancia al error conforme a las reglas generales. En otro caso, como ha destacado Maurach, quedaría el inimputable que incurre en error en peor situación que el sujeto imputable lo que en modo alguno es pretendido por la figura de la *actio libera in causa* cuya función es sólo neutralizar un álibi introducido dolosamente (84).

5. Los problemas que suscita la *actio libera in causa* se plantean también, pero con peculiaridades propias en la llamada *omissio libera in causa* (85).

Bajo esta expresión se comprenden los supuestos en que el sujeto jurídicamente obligado suprime o anula su capacidad de acción o su imputabilidad con su hacer positivo o con su omisión, mediando dolo o culpa respecto del hecho típico, de suerte que en el momento decisivo no está en condiciones de realizar y, por tanto, omite la acción que el ordenamiento jurídico esperaba de él (como el guardagujas que habiéndose colocado en situación de incapacidad «causa» por omisión un accidente ferroviario).

Así pues, la supresión de la propia capacidad puede proceder en primer lugar de un hacer positivo: así cuando el sujeto toma un somnífero o bebe hasta caer en una embriaguez letárgica. Se habla entonces de *omissio libera in agendo*.

Pero también puede proceder, en segundo lugar, de una omisión: por ejemplo, si el sujeto no se sustrae a la influencia de gases asfixiantes o de fuertes impresiones visuales (86). Para este supuesto se reserva la expresión *omissio libera in omittendo*.

Puede afirmarse, siquiera sea provisionalmente, que ambas modalidades pueden constituir delitos de comisión por omisión en que el

(83) CÓRDOBA RÓDA: *Comentarios...*, I, pp. 221.

(84) MAURACH: *Fragen der actio libera in causa*, cit., p. 379.

(85) Ya a mediados del siglo XVII se distinguía entre la «*omissio, quae est voluntaria et libera in se*» y la «*omissio, quae solum est libera et voluntaria in sua causa*», vid. HRUSCHKA: *Strafrecht...*, cit., p. 339 y nota 134.

(86) WELP: *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Duncker/Humboldt, 1968, p. 134, nota 145. Vid., también, SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE: *Loc. cit.*, p. 164: la madre descuida comprar oportunamente medicamentos para su hijo enfermo.

sujeto en posición de garantía *no realiza la acción esperada* porque en el momento decisivo es incapaz de acción o inimputable debido a su acción u omisión precedente. Por otra parte, no hay inconveniente en admitir también la omisión pura *libera in causa*.

De ambos supuestos o modalidades de *omissio libera in causa* hay que diferenciar el fenómeno delictivo conocido como *actio libera in omittendo* en que el autor realiza una *acción* delictiva en estado de incapacidad de acción o de inimputabilidad derivado de su *omisión* precedente. Tiene en común, ciertamente, con la *omissio libera in omittendo* el que la incapacidad del sujeto al tiempo del hecho deriva de su omisión precedente. Pero se diferencia de ésta. De acuerdo con los presupuestos aquí seguidos, constituye un verdadero delito de acción (*libera in causa*) y no de omisión (*libera in causa*). En efecto, decisivo es que el sujeto realiza activamente la acción descrita en el tipo. Su comportamiento precedente (la omisión) que le coloca en estado de incapacidad no pertenece al núcleo del tipo. El comienzo de ejecución no puede retrotraerse a la omisión precedente, pues ésta no integra aún el peligro jurídicamente desaprobado. Los argumentos que se han invocado para apreciar un delito de omisión y no de acción no son convincentes. Se ha dicho, por ejemplo, que si el sujeto produce por omisión imprudentemente su estado de inimputabilidad y comete en tal estado un delito doloso no se puede apreciar un delito doloso sino, a lo sumo, culposo. Y ciertamente así es. En el supuesto en que se produce culposamente la inimputabilidad sin que medie todavía dolo respecto al comportamiento típico no cabe apreciar un delito doloso, pues a ello se opone la propia estructura de la *actio libera in causa dolosa*. Pero podrá concurrir en tal supuesto un delito culposo libre *in se* si la omisión que origina la inimputabilidad constituye el peligro para el bien jurídico que el ordenamiento desapueba. La estructura de la *actio libera in causa dolosa* y *culposa* es objeto de estudio en el epígrafe siguiente al que aquí debemos remitirnos. Lo que ahora importa destacar es que en supuestos como el descrito permanecemos al margen de la *omissio libera in causa* y nos movemos dentro de la *actio libera in se*, frente a quienes invocan tales supuestos en apoyo de la llamada «doctrina de la anticipación» y afirman la presencia de una *comisión por omisión culposa libera in causa* (87). Ello debería llevar, consecuentemente, a rechazar la misma expresión «*actio*» *libera in omittendo*.

Por el contrario, según el criterio aquí seguido, la *actio libera in omittendo* constituye un verdadero delito de acción por lo que la problemática de la *omissio libera in causa* se reduce a las dos modali-

(87) En este sentido, *vid.* SILVA SÁNCHEZ: *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, 1986, pp. 270 y s. No procede reproducir aquí la crítica a la doctrina de la anticipación. Nos remitimos por ello a los epígrafes 1, 2 y 4.

dades antes mencionadas: *omissio libera in agendo* y *omissio libera in omittendo*.

Delimitado así su ámbito debemos todavía precisar, en primer lugar, si las hipótesis consideradas originan en verdad un delito de omisión impropia o comisión por omisión y no un delito de acción, y, en segundo lugar, y de admitirse que constituyen un delito de comisión por omisión, si éste es libre *in se* o *in causa*. Ambas cuestiones gravitan en torno al problema del comienzo de la tentativa en los delitos de comisión por omisión.

A nuestro modo de ver en los supuestos comprendidos bajo la expresión *omissio libera in causa* y particularmente en el supuesto problemático de la *omissio libera in agendo*, estamos ante delitos de comisión por omisión y no de acción. Momento decisivo no es el del impulso dado por el sujeto aún capaz para que la cadena causal se desarrolle (88) lo que llevaría a afirmar que se trata de un delito de acción. Lo decisivo es la *omisión de la acción debida*. Por ello si el sujeto que anula su propia capacidad no tiene el deber jurídico de actuar no realiza un comportamiento relevante, desde la perspectiva del delito de comisión por omisión, al omitir la acción que neutralizaría la situación de peligro (89).

Los momentos previos en que se produce la propia incapacidad no parece que constituyan tentativa de delito. El comienzo de la tentativa en los delitos de comisión por omisión constituye una cuestión enormemente discutida (90). Han sido propuestos diversos criterios de determinación: atender al primer momento en que se exige una intervención, por ejemplo, la primera vez que no se aporta alimentos al niño; atender al último momento en que aún cabe la intervención; al peligro concreto para el bien jurídico; al dominio del curso causal; al peligro complementado en el sentido de la teoría de la impresión, etc. Decidir si la producción de la propia incapacidad es ya comienzo de la tentativa está en función, en alta medida, de la concepción que se mantenga sobre el problema general del comienzo de la tentativa. De forma paralela a lo indicado al analizar la estructura de la *actio libera in causa*, cabe también ahora señalar que la producción de la propia incapacidad mediante hacer positivo u omisión no constituye peligro concreto, ni siquiera es una acción apta o apropiada para poner en peligro el bien jurídico en el sentido de los delitos de peligro hipotético, ni de forma necesaria ha de preceder inmediatamente al menoscabo del bien jurídico, sino que incluso puede ser muy anterior al momento en que se exija la intervención. Por tanto, como

(88) En otro sentido, LISZT: *Tratado de Derecho penal*, T. 2, *cit.*, p. 388.

(89) *Vid.* también SILVA SÁNCHEZ: *El delito de omisión*, *cit.*, p. 262, con amplia referencia a las diversas propuestas de fundamentación de la *omissio libera in causa*.

(90) MAURACH/GÖSSEL/ZIPF: *Strafrecht*, A.T., I, 2.º, 6. Aufl., Müller, 1984, pp. 27 y s.

en la *actio libera in causa*, en la *omissio libera in causa* la supresión de la propia capacidad no da comienzo a la tentativa (91). En consecuencia, quien estando en posición de garantía respecto al bien jurídico y con dolo o culpa respecto al resultado se coloca en situación de incapacidad omitiendo en el momento decisivo la acción debida deberá responder por la comisión por omisión *libera in causa* del delito de que se trate.

Podría objetarse, sin embargo, que si el sujeto ha suprimido previamente su *capacidad de acción* no puede «omitir» la acción debida pues, en rigor, sólo puede «omitir» quien está en situación de actuar, Ello lleva a autores como Roxin a rechazar la figura de la *omissio libera in causa* que «no toca el punto decisivo» y acudir a la figura jurídica del «omitir por hacer» que, por lo demás, tiene un radio de acción más amplio (92).

Ciertamente el sujeto carente de capacidad de acción *no puede* realizar la acción debida. Pero precisamente por ello se acude a la figura de la *omissio libera in causa*: porque 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*; esto es, porque la incapacidad de actuar es producida voluntariamente, quien tiene el deber de actuar es tratado *como si* hubiese tenido en el momento crítico la posibilidad de evitar el resultado (93).

Podría sostenerse que quien, por ejemplo, se embriaga o toma somníferos con la finalidad de omitir la acción debida (no evitar el accidente ferroviario) realiza una conducta que no difiere de la de aquel que con el mismo fin realiza, por ejemplo, un viaje (94). En ambos supuestos estaría presente una comisión por omisión *libera in se*. Tal equiparación, sin embargo, resulta insostenible.

En primer lugar, ni en la supresión de la propia capacidad ni en el desplazarse lejos del lugar comienza a realizarse el tipo. Por otra parte, podría entenderse que hay que valorar diferenciadamente el supuesto en que el sujeto, en posición de garantía, es incapaz de acción o inimputable debido a su conducta precedente del supuesto en que no se halla en el momento preciso en el lugar donde el ordenamiento jurídico esperaba de él la realización de una acción. En el

(91) Vid. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF: *Strafrecht*, A.T., I, 2.º, cit., p. 28. De modo diverso, estimando presente la tentativa en la *omissio libera in causa* (no, en cambio, en la *actio libera in causa*) desde el momento en que el autor pierde la capacidad de actuar responsablemente; pues ya entonces se considera presente un peligro inmediato para el bien jurídico, SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER: *Loc. cit.*, p. 290.

(92) ROXIN: *En el límite entre comisión y omisión*, en «Problemas básicos del Derecho penal», trad. de D.-M. Luzón Peña, Reus, 1976, pp. 227 y ss., especialmente, p. 229.

(93) ASÍ MAURACH: *Fragen der actio libera in causa*, cit., p. 377; en otro sentido, BERTEL: *Begehungs-oder Unterlassungsdelikt? Zu der Lehre von der actio libera in causa*, JZ, 1965, p. 53.

(94) LILIENTHAL: *Zurechnungsfähigkeit*, cit., pp. 35 y s.

primer supuesto el sujeto que ha producido su propia incapacidad realizaría una comisión por omisión *libera in causa*, pues en el momento decisivo en que omite la acción esperada falta la referibilidad de la acción a su voluntad, mientras que en el segundo supuesto sólo faltaría de hecho tal referibilidad: el sujeto no puede realizar físicamente la acción esperada, pero no es incapaz de acción en sentido técnico por lo que se trataría de una comisión por omisión *libera in se*. La posibilidad de actuar es una exigencia interna del concepto de omisión. Pero si la imposibilidad deriva de un desplazamiento del lugar donde el ordenamiento jurídico espera del sujeto la realización de una acción acaso pudiera sostenerse que no por ello deja de estar presente la *omissio libera in se*. De modo diverso pudiera considerarse, en fin, que ambos supuestos constituyen delitos de comisión por omisión *liberae in causa*. Como afirma Gimbernat, no puede hablarse de comportamiento pasivo cuando los datos objetivos de la situación hacen físicamente imposible la ejecución de la correspondiente acción (95). Pero si tal imposibilidad objetiva ha sido predisuelta por el autor acaso debiera apreciarse una *omissio libera in causa*.

Atendiendo a la antijuricidad cabe afirmar que ciertamente desde el momento en que el sujeto produce su incapacidad, como desde el momento en que se desplaza lejos sustrayéndose al deber de actuar, se origina un peligro de infracción de la norma preceptiva lo que podría fundamentar el tratamiento conjunto de los dos supuestos considerados como *acciones liberae in se*. Pero la infracción de la norma preceptiva que se encuentra en la base del deber de actuar y a través de la cual se infringe la norma prohibitiva sólo se realiza propiamente en el momento en que surge la situación de peligro para el bien jurídico y se omite la acción esperada y no antes. Entendemos, pues, que momento decisivo es la aparición del peligro para el bien jurídico y omisión simultánea del deber de actuar.

Por último, incluso si se admitiera que la llamada *actio u omissio praecedens* introduce un peligro de infracción de la norma preceptiva no cabría extraer de aquí consecuencias sobre el comienzo de la tentativa. Constituiría una perversión dogmática propugnar a partir de ello la anticipación del comienzo de la ejecución al momento de producción de la propia incapacidad —o al desplazarse lejos—, pues éste es un problema que afecta a la acción y no a la antijuricidad.

6. En el momento de la *actio praecedens* ha de estar presente un nexo psicológico doloso o culposo respecto del hecho típico realizado en situación de incapacidad. Esta afirmación presupone, por un lado, que decisiva es la posición psicológica respecto a la acción típi-

(95) Sobre la posibilidad de realizar la acción mandada como requisito conceptual de la omisión, y, en general, la posibilidad de acción como característica genérica del comportamiento, *vid.*, GIMBERNAT ORDEIG: *Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento*, en «ADPCP», 1987, pp. 588 y ss.

ca y no respecto a la producción de la propia incapacidad, y, por otro lado, el reconocimiento de la *actio libera in causa culposa* que un sector de la doctrina discute.

El problema del elemento psicológico se plantea en los mismos términos en la *actio* que en la *omissio libera in causa*. Lo que a continuación se indica vale, pues, para la *actio libera in causa* en sentido amplio, esto es, comprensiva también de la omisión.

Ejemplificativamente pueden diferenciarse al menos los siguientes supuestos: a) un sujeto, A, realiza una acción (precedente) dolosa, preordenada a la realización de un delito determinado. A se embriaga para darse ánimos y matar a su amigo B (*actio libera in causa dolosa*).

b) A se coloca en estado de inimputabilidad representándose y admitiendo la posterior realización de un hecho típico. A bebe en exceso representándose que en estado de embriaguez se enfrentará a B e incluso que puede llegar a matarle, lo que admite en su voluntad (*actio libera in causa dolosa*).

c) A se embriaga y se representa que si llega a perder el control sobre sí mismo puede dar muerte a su enemigo B —lo que efectivamente sucede—, pero espera que esto no se produzca (*actio libera in causa culposa*).

d) A bebe en exceso sin representarse —pero pudiendo haberse representado— que, embriagado plenamente, no guardará el cuidado debido y puede matar a B, como realmente acontece (*actio libera in causa culposa*).

e) A bebe imprudentemente y en estado de inimputabilidad mata dolosamente a B. Es discutible la presencia en este supuesto de una *actio libera in causa*.

Mientras en los supuestos a), b), c) y d) está presente una posición psicológica dolosa [a) y b)] o culposa [c) y d)] respecto de la acción típica ya en el momento de la *actio praecedens*, en el supuesto e), tal como ha sido enunciado, en el momento en que el sujeto siendo todavía capaz realiza la *actio praecedens* está ausente el dolo que concurre, sin embargo, al tiempo de la realización de la acción típica. O más precisamente, la posición psicológica del sujeto cuando aún es imputable difiere de la presente en el momento de la acción cuando es inimputable.

Lo primero que hay que establecer con relación a este supuesto es si cabe admitir que un inimputable actúe dolosamente. Esta cuestión debe ser contestada afirmativamente desde los presupuestos de la teoría finalista del delito. El inimputable es incapaz de comprender lo injusto (y de determinarse conforme a dicha comprensión), pero la conciencia de la antijuricidad no forma parte del dolo según la concepción finalista del delito. Así pues, el inimputable es capaz de dolo (96). La dirección tradicional o doctrina neoclásica, en cambio,

(96) Otra cuestión es que la imputabilidad exija un momento psicológico o voliti-

ha de matizar la posibilidad de un comportamiento «doloso» del inimputable; el dolo reclama la conciencia de la antijuricidad (*dolus malus*); el inimputable incapaz de conocer la significación antijurídica de su comportamiento no podrá actuar dolosamente; es cuestionable que el inimputable incapaz de determinarse conforme a su comprensión del injusto (al que falta el momento volitivo de la imputabilidad) pueda actuar dolosamente.

Por otra parte, como ya se indicó, el supuesto considerado muestra su singularidad desde la perspectiva del enlace psicológico entre la *actio praecedens* y la acción típica, pues a diferencia de los supuestos a), b), c) y d) no hay un propio nexo psicológico: lo que empieza siendo comportamiento imprudente se transforma en acción típica dolosa.

La hipótesis considerada permite formular la siguiente cuestión: ¿en la *actio libera in causa dolosa* es decisiva la posición psicológica (dolo) del autor, respecto de la acción típica conducente en su caso al resultado, ya en el momento de la *actio praecedens*? ¿Es preciso además el dolo respecto de la producción de la propia incapacidad?

Tanto si se entiende que basta, en el momento de la *actio praecedens*, el dolo respecto de la acción típica como si se exige también respecto de la causación de la propia incapacidad y, por tanto, se reclama una doble posición psicológica «dolosa», parece que hay que rechazar en el supuesto considerado (e) una responsabilidad a título de *actio libera in causa dolosa* no porque el inimputable no pueda actuar dolosamente, sino porque ausente el dolo respecto del resultado típico cuando el sujeto es aún capaz no puede estimarse la presencia de una acción *dolosa libera in causa*.

La *actio libera in causa dolosa* presupone la concurrencia del dolo directo, mediato o eventual cuando el sujeto es aún capaz de acción o imputable. Puede afirmarse incluso que esto es lo decisivo siendo indiferente que el sujeto produzca dolosamente su incapacidad o que ésta se halle enlazada a su actuar imprudente. Así Maurach no duda en admitir responsabilidad a título de dolo en el supuesto del autor que se embriaga culposamente, pero con la voluntad de matar a su enemigo en el caso de que el consumo de alcohol le llevara a la exclusión de la imputabilidad (97). Quien se embriaga culposamente, pero con la voluntad de matar, actúa *ab initio*, esto es, cuando aún es imputable, con dolo respecto al resultado típico.

vo: la capacidad de determinarse conforme a la comprensión de lo injusto, lo que constituye un importante escollo para la teoría finalista del delito que se ve obligada a admitir un autor que actúa dolosamente a pesar de que es incapaz de determinarse conforme a su conocimiento.

(97) MAURACH/ZIPF: *Strafrecht*, A.T., I, 1.º, cit., p. 472; MAURACH: *Fragen der actio libera in causa*, cit., p. 376; vid., también, HRUSCHKA: *Methodenprobleme...*, cit., p. 73, nota 30.

En los supuestos de imprudencia respecto a la causación de la propia inimputabilidad puede suceder que el sujeto esté ya resuelto a cometer el delito, o que, siendo consciente de que la inimputabilidad puede sobrevenirle (98), se represente que puede cometer en tal estado un hecho delictivo, lo que admite en su voluntad, o se represente éste como una consecuencia necesariamente unida a su actuar. No hay entonces obstáculo para admitir una *actio libera in causa dolosa*.

El criterio, sostenido por un amplio sector doctrinal (99), que estima preciso también el dolo respecto de la producción de la propia incapacidad y que lleva incluso a hablar de la exigencia de un doble dolo, no puede ser compartido. Tal criterio permite ciertamente sustraer del marco de las *actiones liberae in causa dolosas* los casos en que, existente la resolución de cometer un delito, sin embargo no se produce voluntariamente la situación de incapacidad, como en el conocido supuesto de quien, decidido a cometer un delito determinado, toma una bebida en la que se ha vertido alcohol sin su conocimiento. Pero a la misma solución se llega también si se sostiene que no es preciso el dolo respecto de la causación de la propia incapacidad, pues, en el citado supuesto, si bien el sujeto bebe voluntariamente y está resuelto a cometer el delito no produce, sin embargo, espontáneamente, «libremente», su propia inimputabilidad. La acción típica realizada en situación de actual ausencia de «libertad» no puede ser referida a un hacer precedente «libre»: hay que rechazar la *actio libera in causa dolosa* no por la ausencia de dolo respecto de la embriaguez, sino porque el sujeto ni siquiera fue consciente de que la inimputabilidad le sobrevenía.

Distinto es el supuesto en que media imprudencia respecto de la producción de la propia incapacidad y ulteriormente se comete el delito dolosamente (supuesto e): el sujeto bebe en exceso y se representa que puede caer en un estado de inimputabilidad (o la hipótesis, más discutible, del sujeto que bebe representándose la disminución de su capacidad pero no que llegaría a ser inimputable); no parece que pueda admitirse entonces una *actio libera in causa dolosa*; a lo sumo, si la acción imprudente que origina la incapacidad puede estimarse

(98) La inimputabilidad sobrevenida sin que el sujeto sea consciente de ello permanece fuera del ámbito de las *actiones liberae in causa*.

(99) Así afirma JESCHECK: «Una *actio libera in causa dolosa* concurre cuando el autor ha provocado dolosamente su incapacidad de culpabilidad... y comete en este estado de forma dolosa aquella acción típica a la que iba dirigido su dolo ya en el momento de la *actio praecedens*», *Tratado...*, T. 1, cit., p. 611; *vid.*, también, SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER: *Loc. cit.*, p. 266; JAKOBS: *Strafrecht*, A. T., cit., p. 416; ROXIN, *Bemerkungen zur actio libera in causa*, cit., pp. 320 y ss., en el mismo sentido también GÓMEZ BENÍTEZ, «La responsabilidad por hecho doloso exige que el sujeto actúe dolosamente en relación a la provocación del estado de inconsciencia o fuerza mayor y al delito a cometer en tal estado», *Teoría jurídica del delito*, cit., pp. 113 y 477.

comienzo de ejecución deberá verse un delito culposo «libre» *in se* no *in causa* en los términos que se indican al final del presente epígrafe.

La *actio libera in causa dolosa* no reclama un doble dolo. Decisivo es el dolo respecto del hecho típico. La *actio praecedens* no precisa ser captada por el dolo del autor. Se tratará de una *actio libera in causa dolosa* siempre que el sujeto cause *conscientemente* su incapacidad y, siendo aún capaz, esté resuelto a cometer el delito, se haya representado y tomado a su cargo la producción del mismo o se lo represente como necesariamente unido a su actuar.

En la conducta del *inimputable* del supuesto (e) el dolo no deja de estar presente al tiempo del hecho. No basta que el sujeto que causa imprudentemente su inimputabilidad capte con su dolo la producción de un delito determinado cuando aún es imputable. La persistencia del dolo al tiempo del hecho debe de ser exigida si se quiere evitar que la imputación del delito a título de dolo pueda suponer una recaída en el *versari in re illicita*. Ello es conforme con los presupuestos de la teoría finalista del delito y acaso se concilie en parte con la llamada dirección tradicional o dogmática neoclásica, como ya quedó expuesto.

En supuestos de *incapacidad de acción* la cuestión se plantea en términos algo diversos. En el actuar bajo fuerza irresistible provocada por el propio sujeto, por ejemplo, se produce una separación entre el plano externo, objetivo, de la acción y el momento subjetivo del dolo. Pero lo decisivo en tal supuesto no es la anticipación del dolo, o que se trate de una acción dolosa *in causa*; decisiva es la capacidad de acción *in causa* y la presencia entonces de un nexo psicológico doloso.

En la *actio libera in causa culposa* es decisiva también la posición psicológica del autor respecto del hecho típico. Está presente una *actio libera in causa culposa* si se causa la propia incapacidad culposamente y se produce un hecho delictivo previsible y evitable —como en los casos enunciados antes, c) y d)—. Pero también está presente una *actio libera in causa culposa* si el sujeto suprime consciente y voluntariamente su imputabilidad representándose o pudiéndose representar que, incapaz de actuar debidamente, cometería un delito determinado. Decisiva es la posición interna respecto del hecho típico y en este sentido cabría afirmar que, aún cuando se suprima consciente y voluntariamente la imputabilidad o la capacidad de acción, el supuesto considerado constituye una *actio libera in causa culposa*.

En la *actio libera in causa culposa* —como en la dolosa—, la acción típica se realiza siendo el sujeto incapaz. Momento decisivo es el de la realización del comportamiento subsumible en un tipo penal. Ciertamente el *inimputable* no puede actuar con la diligencia debida y, por tanto, podría verse una auténtica contradicción en la admisión del «delito culposo de un *inimputable*». Un amplio sector doctrinal

entiende que se responde por la imprudencia anterior (100). Sin embargo, referible a un momento anterior es, exclusivamente, la producción de su incapacidad (de acción, de culpabilidad) del sujeto presente al tiempo del hecho. Al inimputable, por ejemplo, incapaz de observar el deber objetivo de cuidado, no se le imputa el hecho típico por la culpa precedente, sino porque es imputable en el momento de realizar la acción precedente. Con la producción de la propia inimputabilidad el sujeto acepta, ciertamente, una actividad peligrosa que es incapaz de controlar. Pero como indica Maurach la aceptación de una actividad peligrosa es un elemento integrante del delito culposo. En este sentido, la llamada «anticipación» de la culpa no es una especificidad de la *actio libera in causa culposa*, sino elemento del delito culposo. No hay diferencia, dice Maurach, entre quien a pesar del agotamiento continúa conduciendo y, adormecido al volante, causa un accidente (*actio libera in causa culposa*) y el curandero que acepta un tratamiento que no puede dirigir y que finaliza con la muerte del paciente (101). Si en el primer caso, y no en el segundo, se habla de *actio libera in causa* es porque en el momento decisivo el sujeto es incapaz.

Sin embargo, si se entiende que se desata la acción típica desde el momento en que el sujeto, consciente de que el sueño le sobreviene, no disminuye o detiene la marcha, sino que acepta la acción peligrosa (no el resultado, lo que fundamentaría el dolo eventual), entonces hay que afirmar que la incapacidad sobreviene *durante la ejecución* y, de acuerdo con los presupuestos desarrollados anteriormente (epígrafe 4, b), no concurre una *actio libera in causa culposa*, sino un delito culposo sin más. La *actio libera in causa culposa* debe limitarse a supuestos en que la incapacidad es previa al comienzo de la ejecución típica. A este respecto es preciso determinar si el embriagarse, dormirse, etc., origen del comportamiento imprudente, constituye el peligro jurídicamente desaprobado. Sólo si se entiende que en la producción de la propia incapacidad o en su aceptación no cabe ver aún el peligro típico se puede admitir la *actio libera in causa culposa*. Si, de modo diverso, se entiende que la entonces mal llamada *actio praecedens* integra ya el peligro desaprobado jurídicamente estará presente sin más el delito culposo; la incapacidad sobrevinida durante la ejecución sería indiferente para el delito culposo previamente afirmado; carecería, por tanto, de sentido invocar la figura de la *actio libera in causa culposa*, como, asimismo, entender que se responde por la imprudencia anterior (102).

(100) Vid. las indicaciones contenidas *supra* nota 6. En prensa este trabajo publica HETTINGER, *Zur Strafbarkeit der "fahrlässigen actio libera in causa"*, en «GA», 1, 1989, pp. 1 y ss. Del mismo autor es el libro, aparecido después de concluido este estudio, *Die "actio libera in causa"*, Duncker und Humblot, Berlín, 1988.

(101) MAURACH: *Fragen der actio libera in causa*, cit., p. 380.

(102) La jurisprudencia del Tribunal Supremo invoca por lo general la figura de

También el delito doloso presenta el momento del peligro (103). Pero como ya se indicó (epígrafe 4, a), la producción de la propia incapacidad no constituye en ningún caso una acción peligrosa desde la perspectiva del tipo de delito doloso que venga en consideración.

7. El hecho típico realizado en situación de embriaguez plena excluyente de la imputabilidad no origina responsabilidad juridicope-nal alguna, aunque aquella se haya producido «culpablemente», si no hay un enlace psicológico entre el hecho típico y el hacer precedente y, por tanto, la estructura de la *actio libera in causa* no se cumple.

Sin embargo, determinados Códigos penales, como el de la República Federal Alemana, el suizo y el austríaco, tipifican la citada conducta autónomamente como delito de embriaguez (104). Este delito

la *actio libera in causa culposa*. Así la S. 5 de diciembre de 1985 (A. 5994) indica: «...es doctrina ya hecha “cuerpo jurisprudencial” de esta Sala, que en estos casos se va pasando por varios estadios, el de vigilia, el de fatiga, el estado crepuscular de somnolencia de cierta duración, hasta el sueño en que se pierde la consciencia total, con la interrupción absoluta de las facultades psíquicas y físicas y la falta de todo control humano sobre la actividad desarrollada. Estudiando este estado de somnolencia... se manifiesta con claros síntomas de tendencia al letargo, pórtico del sueño, en el que un conductor de precisión media y normal, atisba una serie de peligros que se escapan de su potencialidad física y psíquica, por lo que si es medianamente previsor y consciente de que el día anterior ha dormido insuficientemente... debe interrumpir inmediatamente la conducción, y tomar las medidas adecuadas de descanso para evitar todos aquellos peligros que un conductor medio sabe gravitan sobre su actividad». «Al no hacerlo así el recurrente, además de su responsabilidad plena que ciertamente no elude se coloca voluntariamente en situación de riesgo dando vida a la «actio libera in causa» en su forma culposa de culpa consciente o con representación de los riesgos infinitos que asume voluntariamente y, por tanto, su conducta entra de lleno en la imprudencia grave o temeraria...» *Vid.* también la S. 11 de julio de 1986 (A. 4311), que señala: «...es doctrina reiteradísima de esta Sala que si a consecuencia de la ingestión de bebidas alcohólicas, el conductor de un vehículo de motor causa un resultado dañoso, su conducta ha de estimarse necesariamente constitutiva de imprudencia temeraria siquiera, para ello, sea necesario proyectar al campo culposo la doctrina de las “actio libera in causa”, pues el sólo hecho de conducir en estado de embriaguez entraña una conducta temeraria, ya que una hemoconcentración de alcohol etílico en sangre de 2,40 gramos por mil, produce inevitablemente retardo en las reacciones, dispersa la atención, produce incoordinación e incapacita para conducir automóviles...»

(103) TORIO LÓPEZ: *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, cit., pp. 33 y ss.; y antes en: *Acción y resultado típico en la etapa procesal*, Libro Homenaje al Prof. Antón Oneca, Universidad de Salamanca, 1982, pp. 886.

(104) El párrafo 323 a) del Código penal alemán establece: «Embriaguez plena: 1.—Quien se sitúa dolosa o culposamente mediante bebidas alcohólicas u otros medios embriagantes en un estado de embriaguez, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con pena de multa, si en esta situación comete un hecho antijurídico y no puede ser castigado por él porque a consecuencia de la embriaguez era incapaz de culpabilidad o porque no se puede excluir esto. 2.—La pena no puede ser más grave que la conminada para el hecho cometido en estado de embriaguez. 3.—El hecho se perseguirá sólo por querrela, con autorización o por petición penal, si el hecho cometido en embriaguez sólo pudiera ser perseguido por querrela, con autorización o por petición penal.»

El art. 263 del Código penal suizo prevé: «Hechos cometidos en estado de inimputabilidad culpable»: «Quien, estando en situación de inimputabilidad por embriaguez o intoxicación causadas culpablemente por él mismo, haya cometido un acto sanciona-

viene en aplicación si, en la situación concreta, no está presente una *actio libera in causa* (105) por no existir un enlace psicológico entre la acción precedente y el hecho típico realizado en situación de inimputabilidad. El delito de embriaguez plena surge como respuesta legislativa ante la alarmante frecuencia de comportamientos como los que el tipo pretende captar, sometiendo a pena criminal la embriaguez plena conectada a un hecho delictivo respecto al cual no media, sin embargo, dolo ni culpa. El reconocimiento legislativo de esta figura se presta a graves reparos como señala Hassemer. El hecho mismo de embriagarse es conforme a las normas sociales y jurídicas, y el hecho cometido en embriaguez lo realiza un sujeto inimputable: «los argumentos en favor del parágrafo 323 aStGB son... bastante inconsistentes desde el punto de vista sistemático y jurídico-ético, oscilando entre dos posiciones insostenibles: que el fundamento penal de la embriaguez plena es el embriagarse (en contra de lo cual hablan las normas sociales y las restantes normas jurídicas), o que lo sea el hecho ejecutado en estado de embriaguez (en contra de esto habla el parágrafo 20 StGB) (106).

El StGB de la República Democrática Alemana contempla este fenómeno en la parte general como un supuesto en que se somete a pena a quien haya causado culpablemente su inimputabilidad. En interés de la prevención de la criminalidad y de la protección de la sociedad —se indica en Comentarios al Código penal (107)— frente a ataques del embriagado plenamente está justificado situar bajo pena la inimputabilidad causada culpablemente (108).

El Código penal español no regula el supuesto en que aparezca conectada a la embriaguez plena la realización de un hecho típico

do como crimen o delito será castigado con prisión no superior a seis meses o multa. La pena será prisión si la reclusión es la única pena prevista por la norma que sanciona el hecho cometido en este estado.»

Y el parágrafo 287 del Código penal austriaco, bajo la rúbrica «Comisión de una acción sancionada con una pena en estado de embriaguez plena» establece: «1) Será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con pena de multa de hasta 360 fracciones de un día, el que, aún cuando sólo sea culposamente, se haya colocado en un estado de embriaguez excluyente de la imputabilidad por la ingestión de alcohol o el uso de otras bebidas que produzcan embriaguez, si en este estado comete un hecho que, de no ser por él, le sería imputado como crimen o delito. Sin embargo, la pena no será más severa por su clase y cuantía que la que señale la ley al hecho cometido en estado de embriaguez. 2) Si la acción sancionada con una pena realizada en estado de embriaguez sólo fuera perseguible con autorización del ofendido, el autor sólo será perseguible si media denuncia, querrela o autorización de éste.»

(105) Sobre la relación entre la *actio libera in causa* y el delito de embriaguez, vid. MURACH/ZIPF: *Strafrecht*, A.T., cit., p. 473.

(106) HASSEMER: *Fundamentos de Derecho penal*, trad. de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Bosch, 1984, pp. 237 y s.

(107) AMBOß y otros: *Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik, Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5. Aufl. Staatsverlag, Berlín, 1987, p. 77.

(108) Según el parágrafo 15 (3) «quien se coloca culpablemente en un estado de embriaguez excluyente de la imputabilidad y en esta situación comete una acción amenazada con pena será castigado según la ley lesionada».

que el sujeto ni siquiera pudo representarse. Sin embargo, la embriaguez es tomada en cuenta en la configuración del delito de peligro abstracto del art. 340 bis a) 1.º (109) de conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes (110). La interpretación teleológica del precepto lleva a exigir que la capacidad de conducción del sujeto se halle, al menos, disminuida o notablemente afectada por la influencia del alcohol, drogas tóxicas o estupefacientes. Para ello no basta constatar la concentración del mínimo de 0,80 grados de alcohol por cada 1.000 cm³ de sangre, sino la real *influencia* del alcohol en la capacidad de conducir. Desde la perspectiva del bien jurídico no es preciso un peligro real, efectivo, pero sí una acción apta o apropiada, en el sentido de los delitos de peligro (abstracto) posible o hipotético (111), lo que remite a una capacidad de conducción al menos reducida *bajo la influencia* del alcohol, drogas tóxicas o estupefacientes.

Puede suceder que, en conexión con la conducción peligrosa, se produzca culposamente un hecho típico (homicidio, lesiones, daños). Y en la situación concreta puede suceder también que, bajo la influencia de las bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, el sujeto se halle en estado de trastorno mental transitorio excluyente de la imputabilidad. El fenómeno delictivo presenta entonces una es-

(109) También cabe citar la falta del art. 570.3, que alcanza a «los que causaren perturbación o escándalo con su embriaguez». La configuración legal de esta falta suscita diferentes cuestiones sobre las que no podemos detenernos: así, si la embriaguez llega a excluir la imputabilidad, ¿es preciso para que concorra responsabilidad penal que el sujeto haya pretendido, siendo aún imputable, causar perturbación o escándalo, conforme a la figura de la *actio libera in causa dolosa*?, ¿bastaría que se lo hubiera podido representar, concurriendo entonces una *actio libera in causa culposa*, supuesto que se admita, lo que parece muy dudoso, que la falta del art. 570.3 a pesar de hallarse bajo la rúbrica «De las faltas contra el orden público» atenta contra las personas y puede cometerse culposamente? O, por el contrario, como parece defendible, ¿no es preciso enlace psicológico alguno traspasándose el marco de las *actiones liberae in causa* con una técnica similar a la del delito de embriaguez plena de los Códigos alemán, suizo y austríaco citados frente a la que, como se ha dicho, cabe oponer graves objeciones? ¿Son la perturbación y el escándalo simples condiciones objetivas de punibilidad? La falta del artículo 570, 3.º, es suprimida por el Proyecto de Ley Orgánica de actualización del Código penal que en el momento de corregir pruebas de este trabajo se halla pendiente de ratificación por el Congreso.

(110) Es considerado delito de peligro abstracto por CEREZO MIR, en: *El versari in re illicita y el párrafo tercero del artículo 340 bis a) del Código penal español*, en «ADPCP», 1970, p. 289.; ESCRIBA GREGORI: *Acerca del art. 340 bis a) núm. 2 y la norma concursal del penúltimo párrafo del mismo*, en «Rev. Jurídica de Cataluña», 1974, p. 675. También entiende que no es preciso «un riesgo específico» RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español, P.E.*, 10.ª ed., Dykinson, 1987, p. 1049. Pero MUÑOZ CONDE exige «un mínimo de peligro para los bienes jurídicos», *Derecho penal, P.E.*, 6.ª ed., 1985, p. 411. Vid. también GÓMEZ PAVÓN: *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, Bosch, 1985, pp. 116 y ss., y DE LA CUESTA ARZAMENDI: *El marco normativo de las drogas en España*, en «RGLJ», 1987, pp. 406 y ss.

(111) TORIO LÓPEZ: *Los delitos de peligro hipotético. Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto*, en «ADPCP», 1981, Homenaje a Antón Oneca, pp. 828 y 831 y ss.

estructura que en verdad no difiere de la *actio libera in causa culposa*, siempre que el sujeto aún imputable al menos se haya podido representar la producción del resultado (111 bis).

La relación en que se halla el delito producido (homicidio culposo, por ejemplo) y el delito previsto en el art. 340 bis a) 1.º es discutida. Si se admite que éste es un delito de peligro abstracto pudiera sostenerse que se está ante un concurso (ideal) de delitos, no siendo de aplicación entonces la regla del párrafo segundo del art. 340 bis a) que establece que «cuando de los actos sancionados en este artículo... resultare, además del riesgo prevenido, lesión o daño, cualquiera que sea su gravedad, los Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada» y que resuelve un concurso de leyes (112). La conceptualización del art. 340 bis a) 1.º como delito de peligro (abstracto) hipotético deja abierta, sin embargo, la cuestión de la apreciación de un concurso de leyes si la acción apta para poner en peligro un bien jurídico (la seguridad en el tráfico) lesiona un bien jurídico ciertamente distinto (la vida humana, por ejemplo), pero que se halla en la misma línea de progresión de la acción peligrosa. Vendría entonces en consideración el art. 340 bis a), párrafo segundo (113)

Cualquiera que sea el criterio que se adopte —concurso de leyes o concurso (ideal) de delitos— a los efectos del presente trabajo importa sólo llamar la atención sobre el fenómeno delictivo consistente en conducir un vehículo de motor bajo influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes de tal intensidad que origina un trastorno mental transitorio y causación entonces de un hecho típico previsible (homicidio, por ejemplo). En tal supuesto viene en consideración, sea

(111 bis) SILVA SÁNCHEZ, en un artículo aparecido después de ser enviado el presente trabajo para su publicación, hace referencia a la cuestión distinta, y sin duda polémica, de la comisión *libera in causa* del delito del artículo 340 bis a) 1.º, *vid. La embriaguez atenuante o eximente en el delito del artículo 340 bis a) 1.º (A la vez, algunas observaciones sobre la doctrina de la "actio libera in causa")*, en «Revista de Derecho de la Circulación», 4/1988, pp. 170 y ss.

(112) Sobre la evolución de la jurisprudencia que ha apreciado concurso ideal e incluso concurso real de delitos, *vid. ESCRIBA GREGORI: Acerca del art. 340 bis a) núm. 2 y la norma concursal...*, *cit.*, pp. 676 y ss. Sobre la naturaleza de esta norma concursal, *vid. GÓMEZ PAVÓN: El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, *cit.*, pp. 187 y ss. La referida norma concursal pasa al artículo 340 bis c) en el Proyecto de Actualización del Código penal, citado *supra nota* 109.

(113) En favor de la aplicación del párrafo segundo al delito tipificado en el art. 340 bis a) 1.º también ESCRIBA GREGORI: *Acerca del art. 340 bis a) núm. 2 y la norma concursal...* *cit.*, pp. 674 y ss. COBO DEL ROSAL, *Significación general del penúltimo párrafo del artículo 340 bis a) del Código penal para los "delitos contra la seguridad del tráfico"*, en «Delitos contra la seguridad del tráfico y su prevención», Universidad de Valencia, 1975, pp. 64 y ss. En contra, CEREZO MIR: *El versari in re illicita...*, *cit.*, p. 289, y RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*, P.E., *cit.*, p. 1049. *Vid. también GÓMEZ PAVÓN: El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, *cit.*, p. 208.

a efectos del art. 71 (concurso ideal de delitos) sea a efectos del art. 340 bis a) párrafo segundo (concurso de leyes), por una parte el delito de peligro abstracto del art. 340 bis a) 1.º y, por otra, un *homicidio culposo «libre» en su causa*. Precisamente con relación a supuestos como el descrito la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado reiteradamente sobre la figura de la *actio libera in causa culposa* (114).

8. En el sistema penal español, como ya se ha indicado, no existe un reconocimiento legislativo de la *actio libera in causa culposa*. Por otra parte, tampoco la *actio libera in causa dolosa* alcanza un reconocimiento legal pleno.

La figura de la *actio libera in causa* puede ser estudiada en el sistema vigente a partir de la regulación del trastorno mental transitorio. El trastorno buscado de propósito para delinquir no exime de responsabilidad. Al exigir el art. 8.1.º que el trastorno no haya sido buscado de propósito para delinquir admite *implícitamente* la figura de la *actio libera in causa dolosa preordenada al delito*. Se deberá responder por el hecho cometido (no por la *actio praecedens*) como si no hubiese concurrido al trastorno. Y así, la embriaguez conforme a dicha comprensión, no exime si fue buscada con el propósito de cometer un delito (determinado).

Pero si el sujeto siendo aún capaz previó o pudo prever la comisión del hecho típico, o respecto al mismo medió dolo mediato o eventual, no está excluida por el Código la posibilidad de apreciar al trastorno mental transitorio. Sin embargo, un sector de la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo entienden que cabe invocar en tales casos la figura de la *actio libera in causa culposa* (115). Se rechaza

(114) Vid. S. 26 de junio de 1979 (A. 2775); vid. también S. 18 de noviembre de 1980 (A. 4513). La S. 27 de abril de 1977 (A. 1834) sigue el criterio de la absorción de otras conductas por el delito culposo libre en su causa. A ello se refiere también la S. 8 de noviembre de 1978 (A. 3419).

(115) En favor de la relevancia de la *actio libera in causa culposa*, vid. ANTÓN ONECA: *Derecho penal, P.G., cit.*, p. 302. Para MIR PUIG en la expresión lega «de propósito» cabe incluir todas las formas de dolo; pero por otra parte admite la *actio libera in causa culposa*, vid. *Derecho penal, P.G., cit.*, pp. 509 y s. La jurisprudencia del Tribunal Supremo exige, bajo la influencia del Código penal de 1932, el origen fortuito para apreciar el trastorno mental transitorio. Sobre la doctrina jurisprudencial dominante, vid. LORENZO SALGADO: *Las drogas en el Ordenamiento Penal Español*, 2.ª ed., Bosch, 1983, pp. 40 y ss. En contra, vid. CÓRDOBA RODA: *Comentarios...*, I, cit., pp. 419 y ss. y 422, y ya antes en *Las eximentes incompletas en el Código penal*, Publicaciones del Instituto de Estudios Jurídicos, Oviedo, 1966, p. 59; también de *lege lata*, DÍAZ PALOS: *Teoría General de la imputabilidad*, cit., p. 238; CEREZO MIR: *El tratamiento de los semiimputables*, cit., pp. 26 y s.; FERNÁNDEZ ALBOR: *Aspectos penales y criminológicos de las toxicomanías*, en «Ensayos Penales», Santiago de Compostela, 1974, p. 28; LOREZO SALGADO: *Las drogas...*, cit., pp. 50 y ss.; GONZÁLEZ RUS: *La embriaguez como causa de exención o atenuación de la responsabilidad criminal en el Código vigente y en el Proyecto de 1980*, en «CPC», núm. 18, 1982, pp. 457 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO: *Derecho penal, P.G.*, II, cit., p. 79; SAINZ CANTERO: *Lecciones de Derecho penal, P.G.*, III, Bosch, 1985, pp. 31 y s.

za así el trastorno mental transitorio aunque éste no sea preordenado al delito y sólo fuera «causado» culposamente. Incluso en situaciones de drogodependencia se admite la imputación del hecho cometido bajo el síndrome de abstinencia si el sujeto previó o pudo prever la realización del delito (116).

Mediante el recurso a la figura de la *actio libera in causa* se desborda el límite establecido expresamente a la apreciación del trastorno mental transitorio, a saber, que se haya buscado de propósito para delinquir. El Tribunal Supremo exige que el trastorno sea en su origen fortuito: así, sólo constituye trastorno mental transitorio completo la embriaguez que, atendiendo a la intensidad de sus efectos, sea plena, y atendiendo a su origen, fortuita (117).

Aparece, pues, una *doble exigencia*. Por una parte, internamente al trastorno, la absoluta perturbación de la consciencia. Se traza así el límite con la «eximente incompleta» de trastorno mental transitorio (art. 9.1.^a en relación con el art. 8.1.^o del Código penal) y con la atenuante de embriaguez (art. 9.2.^a, que a su vez puede ser «muy calificada», art. 61.5) que constituyen sendos supuestos de imputabilidad disminuida o capacidad limitada de autodirección en los que la perturbación de la consciencia va gradualmente en descenso. Por otra parte, un requisito externo al trastorno, el origen fortuito. Esta exigencia, que es reclamada también para la apreciación de la eximente incompleta del art. 9.1.^a (118), no sólo carece de fundamento legal, sino que desconoce que la embriaguez voluntaria (no preordenada al delito) o culposa, como destaca Cerezo Mir, no supone siempre culpa respecto al delito cometido en estado de embriaguez (119). En la aspiración por restringir el ámbito del trastorno mental transitorio y otorgar relevancia a las *acciones liberae in causa dolosas y culposas*, el Tribunal Supremo establece un requisito, el origen fortuito, que reclamado aisladamente, es decir, desconectado de la exigencia de que la producción del trastorno esté enlazada psicológicamente a la realización del hecho delictivo, extiende la responsabilidad más allá de los límites propios de la *actio libera in causa*.

Por otra parte, no se establece paralelamente la exigencia del origen fortuito para la apreciación de la atenuante de embriaguez. La apreciación de este atenuante se hace depender exclusivamente de que

(116) El Tribunal Supremo se muestra reacio a admitir la apreciación de una eximente en tales supuestos. Sobre la doctrina jurisprudencial, *vid.* SILVA SÁNCHEZ: *La estructura de la «actio libera in causa» en los delitos cometidos bajo un síndrome de abstinencia de drogas*, *cit.*, pp. 1 y ss.; *vid.* también *supra* epígrafe 4 c).

(117) *Vid.*, por ejemplo, S. 29 de octubre de 1984 (A. 5107). También, ROMERO SIRVENT/GÓMEZ PAVÓN: *Enajenación mental y trastorno mental transitorio*, en «La Ley», núm. 1108, 1985, p. 7.

(118) Sin embargo, *vid.* S. 24 de octubre de 1981 (A. 3878). En el sentido del texto, *vid.*, por ejemplo, S. 30 de septiembre de 1983 (A. 4599).

(119) CEREZO MIR: *El tratamiento de los semiimputables*, *cit.*, p. 27.

no esté preordenada al delito, es decir, de que no haya sido buscada *con propósito* de delinquir (aparte del requisito de la no habitualidad, del art. 9.2.^a) (120). Según esto, la atenuante puede ser tomada en consideración incluso si el sujeto, antes de que su consciencia se hallara efectivamente perturbada, se representa y toma a su cargo la producción del delito o lo considera necesariamente unido a su actuar. La atenuante de embriaguez, cuya *ratio* o fundamento reside en la imputabilidad disminuida, no se somete, por tanto, a los principios de la *actio libera in causa* y es apreciada incluso si media un enlace psicológico doloso, siempre que no se trate del dolo directo o de primer grado, entre su producción y el hecho típico realizado.

Sin embargo, la doctrina informadora de la *actio libera in causa* es sin duda aplicable a situaciones de capacidad limitada de autodirección. La capacidad disminuida de culpabilidad, como la incapacidad de culpabilidad, ha de establecerse en atención al momento decisivo de la realización del hecho; pero si tal situación es efecto de una *actio praecedens*, enlazada psicológicamente al hecho típico, entonces debe venir en consideración la figura de la *actio libera in causa* (121). Así el Código penal suizo somete al mismo régimen la inimputabilidad y la imputabilidad disminuida al establecer el art.12 la no apreciación de las causas de inimputabilidad (art. 10) o de capacidad limitada de autodirección (art. 11) si la grave alteración o la perturbación de la consciencia ha sido provocada por el propio sujeto con el designio de cometer el delito.

El sistema español de las circunstancias generales no se opone a la viabilidad de esta doctrina: las circunstancias atenuantes que afectan a la imputabilidad, es decir, que contemplan supuestos de imputabilidad reducida —la embriaguez (art. 9.2) y acaso arrebató, obcecación u otro estado pasional de semejante entidad (art. 9.8)— sólo deberían ser apreciadas, conforme a los principios de la *actio libera in causa*, si su producción no está enlazada psicológicamente a un hecho típico (doloso) determinado. La cuestión no se plantea en el delito culposo, pues la ley faculta a los Tribunales para que apliquen la pena del delito culposo «a su prudente arbitrio» sin sujetarse a las reglas establecidas en atención a las circunstancias (art. 565, párrafo tercero, del Código penal).

La doctrina de la *actio libera in causa* aparece reflejada en la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal de 1983 en términos más amplios que los actuales. En primer lugar, en la regulación del trastorno mental transitorio (art. 22.1.^o) al exigir que éste «no hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el

(120) Sobre la doctrina jurisprudencial respecto a la atenuante, *vid.* CORDOBA RODA: *Comentarios...*, I, *cit.*, p. 420. También SS. 13 de febrero de 1982 (A. 859), 18 de marzo de 1982 (A. 1726) y 30 de septiembre de 1983 (A. 4599).

(121) SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER: *Loc. cit.*, p. 270.

delito o hubiera previsto o podido prever su comisión» (122). Una fórmula paralela contiene el art. 22.2.º sobre la «intoxicación plena producida por bebidas alcohólicas, estupefacientes u otras sustancias que produzcan efectos análogos», que se sustrae del ámbito del trastorno mental transitorio, y cuya apreciación se hace depender de que «no se haya producido con el propósito de cometer el delito o se hubiese previsto o podido prever su comisión».

La fórmula del art. 22, 1.º y 2.º, tiene el mérito de reconocer legislativamente la *actio libera in causa culposa*, junto a la *actio libera in causa dolosa* preordenada al delito. El trastorno mental transitorio y el estado de intoxicación plena no producen el efecto de eximir de responsabilidad si el sujeto, siendo aún capaz, previó o pudo prever la comisión del delito. Tampoco si fueron provocados con el propósito de cometer el delito. Pero no aparece expresamente contemplado el supuesto de que mediante dolo mediato o de segundo grado, o dolo eventual, respecto del hecho típico, siendo el sujeto aún imputable. Queda, pues, en la sombra esta zona intermedia entre el dolo directo y la culpa o imprudencia.

La misma laguna se observa en la regulación de la atenuante de «estado de intoxicación alcohólica o de otra índole» que no llega a tener plenitud de efectos sobre el sujeto (art. 23.2.^a) cuya apreciación se hace depender exclusivamente de que no esté preordenada al delito. En consecuencia, la imputabilidad disminuida, por ejemplo por la embriaguez, antes de cuya producción el sujeto se representó y tomó a su cargo (aceptó) la realización del hecho típico determinado, o consideró éste necesariamente unido a su actuar, producirá el efecto de atenuar la pena. E igualmente la posibilidad podría ser apreciada en el delito culposo incluso si el sujeto se representó la posibilidad de cometer el hecho antes de que su capacidad de autodirección se viera efectivamente disminuida, supuesto que, como parece, la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal no excluye la aplicabilidad de las circunstancias generales al delito culposo siempre que sean compatibles con el mismo (123).

Como queda dicho, la Propuesta de Anteproyecto de 1983 reconoce implícitamente la relevancia de la *actio libera in causa culposa* en la regulación del trastorno mental transitorio y de la intoxicación plena. A este respecto mejora la situación legislativa actual. Sin embargo, deja sin resolver la problemática de la *actio libera in causa dolosa* con dolo mediato o eventual y sigue permaneciendo totalmente en la sombra la problemática de la *actio libera in causa* en supues-

(122) Parece que quiere decir: ...o que el sujeto no hubiera previsto o podido prever su comisión.

(123) La Propuesta de Anteproyecto de 1983 no contiene un precepto semejante al del actual art. 565, párrafo tercero, del Código penal, que excluye la aplicación de las circunstancias generales al delito culposo.

tos, frecuentes en la práctica (basta citar el sueño en conexión con la *actio libera in causa culposa*) (124), de *incapacidad de acción* al tiempo del hecho.

La regulación plena de esta materia reclama una disposición general (125) en que se afirme la responsabilidad por el delito cometido de quien se sitúa consciente y voluntariamente en estado de incapacidad, plena o parcial, de actuar «libremente», espontáneamente, si media, siendo aún capaz, un nexo psicológico doloso o culposo respecto del hecho típico cometido.

(124) Recordemos la S. 5 de diciembre de 1985 (A. 5994) citada *supra* nota 102.

(125) Ya el Derecho Territorial prusiano de 1794 contenía la siguiente disposición (título 20, capítulo 1, parágrafo 22): A quien, dolosamente o mediante un descuido burdo, se ha colocado por medio de la bebida o de otra forma en una situación en que la capacidad de actuar libremente está suprimida o limitada, se le imputa el delito cometido en tales circunstancias en relación con su culpabilidad.