

RECENSIONES DE LIBROS

«ACTIO LIBERA IN CAUSA». TRES CONTRIBUCIONES RECIENTES

RAFAEL ALCÁCER GUIRAO

DEMETRIO CRESPO, Eduardo: *La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa*, Granada, 2003; DÍAZ PITA, M.^a del Mar: *Actio libera in causa, culpabilidad y Estado de Derecho*, Valencia, 2002; GONZÁLEZ RIVERO, Pilar: *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen. Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Zurechnungslehre*, Berlin, 2001.

I. Introducción

En un Derecho penal conformado a partir de la política criminal, la primera mirada debe dirigirse hacia el *problema*: hacia el conflicto social que está llamado a regular; para después proceder a la integración del mismo dentro de los parámetros de imputación de responsabilidad, y llegar así a una *solución* jurídico-penal. Es preciso, entonces, determinar si una situación social, una conducta *prima facie* contraria a las normas del ordenamiento, puede subsumirse en las disposiciones del mismo y puede, en suma, atribuirse responsabilidad. En dicho proceso, hay ocasiones en las que, no obstante, pueden surgir tensiones difícilmente resolubles entre problema y sistema; casos tales como aquéllos en los que, con respecto a un supuesto que puede ser calificado como un problema de índole jurídicopenal por afectar la conducta a bienes jurídicos penalmente protegidos, la aplicación de la consecuencia jurídica pena se muestra no sólo necesaria desde parámetros preventivos, sino además correcta desde los criterios de merecimiento de pena, pero sin embargo los marcos de imputación que perfilan el sistema del delito no son capaces de englobar dicho supuesto, decayendo entonces el requisito previo de legitimidad para la imposición de pena.

Pues bien, es ante este último conflicto frente al que se enfrenta la dogmática jurídico-penal con la figura de la *actio libera in causa* (*alic*, en adelante): un grupo de acciones, político-criminalmente necesitadas y merecedoras de sanción penal, cuya particular estructura es de muy difícil acomodo en los criterios de adscripción de responsabilidad que conforman el sistema del delito. En este sentido, lo que caracteriza la figura de la *alic*, lo que la convierte en un verdadero conflicto para la dogmática, es que viene a poner en tela de juicio la capacidad instrumental de la teoría del delito, al mostrarse el sistema incapaz de dar una solución a un problema político-criminal¹. Y es quizá por operar como piedra de toque de la predicada fluidez entre sistema y problema, por lo que se ha producido en la actualidad un verdadero renacimiento de la cuestión².

Muestra de ese renacimiento es que, habiendo estado prácticamente huérfana de atención por parte de la doctrinal española desde la publicación de la brillante tesis doctoral de Joshi Jubert en 1992³, en el breve periodo que va de 2001 a 2003 han aparecido tres importantes monografías sobre la materia: González Rivero, Pilar, *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen: Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Zurechnungslehre*, Berlin, 2001; Díaz Pita, M.^a del Mar, *Actio libera in causa, culpabilidad y Estado de Derecho*, Valencia, 2002, y Demetrio Crespo, Eduardo, *La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa*, Granada, 2003. La finalidad de este breve estudio va orientada a analizar los contenidos de dichos trabajos en relación con la fundamentación de la responsabilidad penal en los supuestos de *alic*, labor que creo de interés no sólo en aras de dar a conocer al lector su contenido, sino por el hecho de que cada una de ellas opta por un modelo de solución distinto al problema, de modo que su exposición crítica conjunta permitirá, a su vez, mostrar un panorama más o menos completo de las líneas de discusión trazadas por la doctrina. Antes de

¹ Con razón ha afirmado MIR PUIG, en el *Prólogo* a la obra de su discípula Joshi Jubert, *La doctrina de la «actio libera in causa»*, que se trata de uno de los «puntos oscuros» de la teoría del delito.

² En el ámbito de la doctrina alemana, destacar que en el reciente Libro-homenaje a Hirsch, tres de las contribuciones (Jerouscheck, Schlüchter, Spindel) tratan sobre esa figura. Y que la sentencia del BGH 42, 235 (de 22 de agosto de 1996), en la que se analizan diversos problemas vinculados a dicha figura, ha sido objeto nada menos que de ocho comentarios doctrinales distintos. Sobre dicha sentencia en la doctrina española *cfr.* DÍAZ PITA, *Actio libera in causa, culpabilidad y Estado de Derecho*, 2002, pp. 21 ss.

³ *La doctrina de la «actio libera in causa» en Derecho penal (ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto)*, Barcelona, 1992.

comenzar, no obstante, una advertencia: dicho análisis se apartará del formato habitual de las reseñas bibliográficas, en el que, aparte de los consabidos halagos al autor, se suele entrar a valorar aspectos propios de la *obra* comentada, tales como su estructura y presentación, la metodología empleada, la completud de las fuentes consultadas, etc. Por el contrario, la exposición se centrará en el *contenido* argumental de la obra con exclusiva relación a la *alic*, y se hará desde una perspectiva eminentemente crítica. De modo que la ulterior toma de postura personal de quien esto escribe sobre la citada figura dogmática —que no me resistiré a exponer⁴— en absoluto habrá de implicar una mejor valoración sobre la obra con cuyos postulados coincida. De igual manera, e inversamente, las objeciones teóricas que sobre sus respectivos puntos de vista se formulen, en absoluto deberán interpretarse como una crítica a la calidad intrínseca de la obra de referencia.

Concluida esta digresión, será preciso, antes de pasar al estudio individualizado de las citadas obras, introducir algunos conceptos básicos.

II. La «*actio libera in causa*». Concepto y principios implicados

Desde una concepción amplia, la *alic* puede definirse como el conjunto de supuestos en los que un sujeto lesiona (o intenta lesionar) un bien jurídico en un estado o situación que impide la imputación de responsabilidad penal, pero habiendo provocado él mismo, dolosa o imprudentemente, ese estado defectuoso⁵. Dada esa provocación puede entonces afirmarse que, si bien la acción lesiva del bien jurídico no es *libera in actu*, sí es, en todo caso, *libera in causa*. Estructuralmente, entonces, este tipo de conductas presenta dos secuencias distintas: primero, la *actio praecedens*, o «acción de provocación», con la que el sujeto provoca un estado o una situación «defectuosa» para la imputación de responsabilidad penal; y segundo, la *actio posterior*, o «acción defectuosa», con la que, inmerso en ese estado o situación, lesiona o pone en peligro el bien jurídico protegido; además, ha de existir entre ambas conductas una relación de medio a fin (o algún vínculo de imputación subjetiva), estando la realización de la acción de provocación orienta-

⁴ Algunas de las consideraciones que se efectuarán en las páginas siguientes reciben un más amplio tratamiento en un trabajo más extenso de próxima publicación.

⁵ Similar es el concepto amplio que aparece en JOSHI JUBERT, *Actio libera in causa*, p. 117.

da a la posterior lesión del bien jurídico por medio de la acción en estado defectuoso.

Ateniéndonos a esta noción amplia y genérica, podría, en principio, incluirse bajo la figura de la *alic* la provocación de cualquier forma de exclusión de responsabilidad penal, desde la provocación de una situación de ausencia de acción hasta la ausencia de imputabilidad, pasando por la provocación de un estado de justificación (*actio illicita in causa*), de una situación de necesidad exculpante, de un error de tipo o de prohibición o de una causa de inexigibilidad. En cualquier caso, dicha concepción amplia no es en absoluto unánime en la doctrina, existiendo tanto posturas que restringen la *alic* a los casos de provocación de situación de inimputabilidad⁶, como posturas intermedias, que admiten tanto la provocación de una situación de inimputabilidad como la provocación de una situación de ausencia de acción⁷. En lo que sigue, a efectos estipulativos, operaré con este último concepto intermedio —y ello aunque los autores de referencia operen con un ámbito distinto del concepto⁸, sobre lo que no entraremos a discutir—. Del mismo modo, me limitaré al ámbito de la *alic dolosa*, por cuanto es en torno a ella donde ha adquirido mayor controversia la discusión, considerando la mayoría de la doctrina, por el contrario, que no es precisa una particular estructura de *alic* para establecer responsabilidad por imprudencia, por cuanto, al no ser necesario determinar un momento puntual de inicio de la tipicidad —el comienzo de la tentativa—, el resultado puede imputarse a cualquier fase anterior donde se haya evidenciado ya una vulneración al deber de cuidado vinculado a dicho resultado típico⁹. Así, por ejemplo, si un conductor al volante se queda dormido y en ese estado atropella a un peatón y lo mata, el resultado podrá imputarse ya al momento en que el sujeto comienza a quedarse dormido.

Como ha sido ya mencionado, el problema en la *actio libera in causa* radica en que, a pesar de ser considerada unánimemente merecedora de sanción penal, los criterios de atribución de responsabilidad que conforman el sistema del delito no son susceptibles de abarcar esos

⁶ Tal es la concepción de HRUSCHKA, JuS 1968, p. 555.

⁷ Tal es, por ejemplo, la concepción de ALONSO ÁLAMO, ADPCP 1989, pp. 62, 71, 74 ss.; o de LACKNER/KÜHL, StGB § 20/25, entre otros.

⁸ Tal es el caso de DÍAZ PITA, *Actio libera in causa*, pp. 111 ss.; no así de DEMETRIO CRESPO, *Tentativa*, p. 126.

⁹ Cfr., entre otros, PUPPE, JuS 1980, p. 350; JOSHI JUBERT, *Actio libera in causa*, pp. 392 ss., p. 393; OTTO, Jura 1986, p. 433; ROXIN, AT 20/58; ROXIN, ADPCP 1988, p. 26; ESER/BURKHARDT, *Derecho penal*, p. 363.

supuestos. Concretamente, ello es debido a la exigencia que imprime el llamado principio de coincidencia, como concreción del principio de culpabilidad¹⁰.

El principio de coincidencia, o de simultaneidad, atiende a la estructura temporal de los presupuestos de la culpabilidad, y establece la exigencia de una congruencia temporal entre la acción realizada y los requisitos subjetivos de responsabilidad —dolo y culpabilidad en sentido estricto— que se remiten a dicha acción¹¹. En otras palabras, para establecer responsabilidad penal los elementos objetivos y subjetivos del delito deben coincidir en un mismo momento. Así, dicha exigencia impone, de una parte, una congruencia plena tanto entre la realización del tipo objetivo y su aprehensión por el dolo, de una parte, como entre el injusto y la culpabilidad, de otra¹². De este modo, queda vedada toda imputación de responsabilidad basada tanto en un *dolus antecedens* o en un *dolus subsequens*¹³, como la basada en una *culpa antecedens* o en una *culpa subsequens*.

Desde el respeto a este principio, si la capacidad de culpabilidad no acontece durante *toda la fase* de realización de la conducta típica (excluyendo, obviamente, la fase del resultado), no podremos castigar por el delito consumado. Así, por ejemplo, si un sujeto comienza la realización de un delito y antes de ejecutar todo lo necesario para producir el resultado entra en un estado de inimputabilidad, produciendo la lesión en dicha situación, no podremos castigar por delito consumado, porque no estaremos, por decirlo así, ante una «culpabilidad de tentativa acabada»; esto es, el sujeto no habrá realizado imputablemente la totalidad de la acción típica, por lo que sólo podrá ser hecho responsable de una tentativa inacabada¹⁴.

Pues bien, es este principio el que va a centrar la discusión en la *alic*, por cuanto lo que caracteriza a esa figura es que la fase en la que

¹⁰ Así, HORN, GA 1969, pp. 291 ss.; ROXIN, ADPCP 1988, p. 24. Ulteriores referencias en JOSHI JUBERT, *Actio libera in causa*, p. 343.

¹¹ Sobre el principio de coincidencia, *cfr.*, con carácter general, HRUSCHKA, AT, pp. 1 ss., y *passim.*; NEUMANN, *Zurechnung*, pp. 14 ss.; JOSHI JUBERT, *Actio libera in causa*, pp. 333 ss.; ESER/BURKHARDT, *Derecho penal*, pp. 353 ss.

¹² También rige, por ejemplo, en las causas de justificación: entre las relaciones existentes entre la acción de defensa o salvación y la representación subjetiva acerca del carácter salvador o defensivo de dichos actos. En este sentido, JOSHI JUBERT, *Actio libera in causa*, p. 336.

¹³ *Cfr.* HRUSCHKA, AT, pp. 1 ss., 4 ss.; ROXIN, AT 11/75 ss., presentando lo relativo a la «dimensión temporal» del dolo.

¹⁴ *Cfr.* HORN, GA 1969, pp. 291 s.; WOLTER, *Lefferenz-FS*, pp. 566 ss.; OTTO, *Jura*, p. 433; ALONSO ÁLAMO, ADPCP 1989, p. 84 ss.

el sujeto ejecuta la acción lesiva no coincide temporalmente con la fase en la que actúa imputablemente. Estaríamos, en otras palabras, ante una *culpa antecedens*, que en virtud del principio de coincidencia ha de ser irrelevante para el Derecho penal, por lo que la conducta habría de quedar impune. Por lo demás, desde el punto de vista del Derecho positivo, el principio de coincidencia aparece consagrado tanto en el StGB como en el CP vigente. En el primer cuerpo legal citado, su § 20 dispone que «actúa sin culpabilidad el que *durante la realización del hecho* debido a alguna enfermedad mental (...) es incapaz de comprender el injusto del hecho o de comportarse según dicha comprensión»¹⁵. Por lo que respecta al Derecho penal español, la introducción del CP de 1995 ha incorporado una novedad importante en este aspecto, que será sustancial para la discusión. A diferencia del texto derogado, en el que no se establecía mención expresa de dicha exigencia, el actual artículo 20 dispone que la anomalía o alteración psíquica que impida al agente comprender la ilicitud del hecho (apartado 1.º) o el estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas o drogas tóxicas, etc. (apartado 2.º), para poder eximir de pena deberá presentarse «*al tiempo de cometer la infracción penal*», estableciéndose, así, la exigencia de una coincidencia temporal plena entre la realización de dicha infracción penal y la capacidad de culpabilidad.

En suma, toda solución doctrinal que pretenda darse al problema de la *alic*, tiene que enfrentarse al principio de coincidencia. Como ha afirmado recientemente Schünemann, «la valoración de la actio libera in causa es verdaderamente la piedra de toque de la seriedad en la puesta en práctica de la idea de la culpabilidad»¹⁶. Es por esta razón por la que todas las soluciones doctrinales propuestas han girado en torno a este principio, ya asumiéndolo, ya intentando sortearlo o relativizarlo. Prescindiendo en este estudio de otras tesis alternativas¹⁷, la discusión sobre la *alic* ha girado en torno a dos opciones básicas:

1. Considerar la posibilidad de establecer una *excepción* al principio de coincidencia, alterándose entonces las reglas generales de la culpabilidad, y admitiendo la corrección de una imputación *extraordinaria* basada en una *culpa antecedens*. Ello es lo que

¹⁵ Traducción tomada de JOSHI JUBERT, *Actio libera in causa*, p. 338. (Cursivas añadidas). Esa fórmula se repite en el § 21, relativo a la culpabilidad disminuida.

¹⁶ SCHÜNEMANN, *La culpabilidad: Estado de la cuestión*, p. 121.

¹⁷ Entre las que podría citarse el llamado «modelo de la ampliación» defendido, desde diferentes presupuestos, por autores como SPENDEL o HERZBERG (SPENDEL, JR 1997, pp. 133 ss.; el mismo, HIRSCH-FS, 1999, pp. 379 ss.; HERZBERG, SPENDEL-FS, 1992, pp. 203 ss.), o como STRENG (vid. JZ 1994, pp. 709 ss.; el mismo, JZ 2000, pp. 20 ss.).

postula el «modelo de la excepción», que considera como acción *típica* la realizada en fase defectuosa y funda la imputación de culpabilidad en virtud de la acción de provocación, *no coincidiendo*, entonces, el momento de injusto típico y el momento de culpabilidad.

2. Retrotraer el momento de realización del injusto típico a la fase de provocación del estado defectuoso, haciendo *coincidir* la situación de culpabilidad con la realización de la acción típica y respetando, con ello, lo exigido por el principio de coincidencia, si bien al precio —así se afirma por sus detractores— de alterar los criterios generales de valoración del injusto típico y la tentativa. Tal es la solución del «modelo de la tipicidad».

III. Tres contribuciones doctrinales recientes¹⁸

1. *Demetrio Crespo y la solución de la tipicidad*

I. La obra, como su título indica, no limita su estudio al ámbito de la *alic*, sino que, de una parte, abarca más, abordando la teoría de la tentativa, en relación tanto con la fundamentación de su injusto como con el comienzo de la tipicidad, tanto en la tentativa inacabada como en la autoría mediata, y, de otra, abarca menos, por cuanto se limita al comienzo de la tentativa en los supuestos de *alic*. No obstante, ha de ser tenida muy en cuenta en relación con el tema que nos ocupa, por dos razones. En primer lugar, por cuanto uno de los aspectos fundamentales de discusión en la *alic* radica precisamente en el comienzo de su tipicidad —tal como el propio autor destaca (p. 137)—, dado que cada uno de los modelos genéricos situarán dicho comienzo en dos momentos distintos: el modelo de la tipicidad tendrá que justificar que la tentativa puede comenzar ya con la fase de provocación, en aras de hacer coincidir la fase de tipicidad con la culpabilidad; el modelo de la excepción, en cambio, sitúa el inicio de la tentativa típica en el comienzo de la ejecución, esto es, cuando el agente (ya en estado defectuoso), se dispone inmediatamente a lesionar o poner en peligro el bien jurídico. En segundo lugar, porque los defensores del modelo de la tipicidad, en aras de justificar ese adelantamiento del comienzo de la tipicidad, se sirven de los criterios de la tipicidad aplicables a la autoría

¹⁸ En la exposición de las obras las páginas de referencia aparecen en el texto.

mediata, considerando la *alic* como una variante estructural de aquella. En este sentido, la mera vinculación y estudio conjunto de la tentativa en ambas figuras denota ya implícitamente la línea de solución que seguirá el autor: en efecto, su postura personal se orientará a una defensa del modelo de la tipicidad, en la línea de autores —y siguiéndolos de cerca— como Hirsch o Roxin.

Requisito previo para trazar ese paralelismo estructural citado y legitimar desde la autoría mediata la ubicación del inicio de la tipicidad en la fase de provocación es la opción por la llamada *solución individual o del autor mediato* como criterio del inicio de la tipicidad de la autoría mediata, opción que Demetrio toma, siguiendo, en particular, la concepción de Roxin, según la cual la tentativa en la autoría mediata comenzará cuando exista un peligro inmediato para el bien jurídico o bien, en todo caso, cuando el autor abandone el control sobre el curso causal (pp. 119-120); es decir, no habrá de estarse al momento en que el instrumento se dispone inmediatamente a lesionar el bien jurídico, sino que la tentativa comenzará ya en cuando el autor mediato deje en manos de aquél el curso causal peligroso, aunque reste un lapso espacio-temporal para la producción del resultado.

Trasladada esta solución al ámbito de la *alic*, la fase de provocación, en la que el agente se halla en situación de culpabilidad, se correspondería con la actuación del autor mediato, y la fase defectuosa con la del instrumento, de modo que ésta última es considerada como un mero curso causal sin relevancia para la tipicidad de la conducta, que comenzaría entonces cuando el agente se pone en situación de incapacidad de acción o de inimputabilidad. Tal es, en efecto, la tesis mayoritaria dentro del modelo de la tipicidad, que sostiene que en la *alic* el autor se convierte en instrumento de sí mismo (Roxin)¹⁹, llegando a esa identidad estructural con la autoría mediata, tal como, de hecho, defiende Demetrio Crespo (p. 133), resaltando —junto con otros autores— que ello no ha de interpretarse en el sentido de que la *alic* sea una autoría mediata, sino en el de que presentan una similar estructura. Afirma, así, que «aun cuando se estimara que la *alic* no es un caso de autoría mediata, habría que reconocer que existe un paralelismo entre ambas: en los dos casos tiene lugar una acción mediante la cual el curso del acontecimiento típico se «transfiere» a un «instrumento» (con la particularidad de que en la *alic* el autor se convierte en instrumen-

¹⁹ ROXIN, ADPCP 1988, p. 22: «El que se embriaga es, en cierto modo, un autor mediato, que utiliza su propia persona, en situación de incapacidad de culpabilidad, como mediador del hecho, no diferenciándose, en principio, del que se sirve de otra persona incapaz de culpabilidad para la ejecución del delito».

to de sí mismo» (p. 138). Asumiendo, por tanto, dicho paralelismo, acoge el modelo de la tipicidad, y procede a contraargumentar frente a las críticas que tradicionalmente han venido oponiendo los partidarios del modelo de la excepción (delitos de propia mano, desistimiento, etc.), siguiendo muy de cerca, como ya se puso de manifiesto, las razones ya aportadas por Roxin o Hirsch.

Más relevante, entonces, que repetir esos argumentos es poner de manifiesto las consideraciones del autor acerca de la compatibilidad del modelo por él defendido con la regulación establecida por el Código Penal español. La figura de la *alic*, afirma, aparece recogida en los números 1 y 2 del artículo 20, si bien no comparte la opinión de que dichas referencias legales constituyan una verdadera «excepción al principio de culpabilidad» —ni tampoco «que el principio de culpabilidad pueda ni deba excepcionarse en ningún supuesto»—, sino que considera que no es más que «una declaración legal de que a los correspondientes casos de *alic* dolosa e imprudente no les es aplicable la exigente correspondiente, y que por tanto, no deben quedar impunes (es más una opción político-criminal que propiamente dogmática)» (p. 127). Y concluye, a continuación, destacando la compatibilidad de la regulación positiva con sus puntos de llegada: «De dicha declaración legal no cabría deducir, en todo caso, el rechazo de la imputación a la *actio praecedens*, acción que viene caracterizada en la *alic* por configurarse (...) no como un mero acto preparatorio, sino como un inicio de la ejecución». Es decir, el modelo de la tipicidad es compatible con el artículo 20, si bien no llega a afirmar —al menos no expresamente— que sea el único compatible.

II. En la medida en que el núcleo duro de los argumentos de Demetrio Crespo en su defensa del modelo de la tipicidad son originarios de la doctrina alemana, y en la medida en que considero que tal es el modelo de solución correcto para el problema de la imputación de responsabilidad en los supuestos con estructura de *alic*, no habría lugar a un extenso comentario crítico sobre la concepción del autor. No obstante, el problema es que el autor, después de acoger y hacer suyos dichos argumentos, parece desdecirse de los mismos y sucumbir a las objeciones emitidas por el sector crítico al modelo de la tipicidad, por cuanto al final de sus consideraciones termina por afirmar que «aquí no se comparte, en cualquier caso, la idea de que deba castigarse al sujeto que se embriaga con intención de obtener el valor suficiente para matar a su enemigo, pero finalmente no llega a salir de casa» (p. 140), es decir, la idea de que la provocación del estado de inimputabilidad (último momento en que el agente actúa culpablemente) constituye ya el inicio de la tipicidad; idea que representa el pilar central donde gira todo el modelo de la tipicidad, por cuanto esa es la úni-

ca vía de hacer coincidir injusto y culpabilidad y, por ello, de respetar el principio de coincidencia. Y el problema es que en sus consideraciones no encuentro argumentos que permitan justificar esa conclusión, ni tampoco un criterio que pueda erigirse en alternativa de cara a la determinación del inicio de la tipicidad en la *alic*.

Tras rechazar por razones dogmáticas la solución de la «provocación relevante» de Joshi Jubert (p. 140), que sí llegaría a esa conclusión —no es momento ahora de valorar esa concepción—, afirma que el fundamento para sostener la afirmación antes citada pudiera extraerse de la postura de Farré Trepas²⁰, a partir de un razonamiento político-criminal relativo a la ausencia de necesidad de pena en esos supuestos, sobre la base de la menor proximidad de peligro. No obstante, dicha concepción —consistente en exigir para el castigo de la tentativa en la *alic* y autoría mediata una condición objetiva de punibilidad consistente en la puesta inminente en peligro del bien jurídico— es igualmente rechazada, afirmando —con razón— que sin necesidad de pena la conducta no tendría por qué considerarse constitutiva de un injusto penal, dado que carecería de la base mínima para fundamentar la antijuridicidad de la conducta (pp. 140-141)²¹.

²⁰ En su artículo titulado «Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la “actio libera in causa”», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIII, 1990, pp. 43 ss.

²¹ Esa objeción de carácter dogmático había sido ya resaltada por mí en ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría*, pp. 146 ss., junto con otras de diversa índole. DEMETRIO CRESPO, *La tentativa en la autoría mediata*, pp. 115, considera que dichas críticas a la postura de Farré son cuanto menos excesivas, e incluso contradictorias, y ello por dos razones: en primer lugar, porque la «acusó» de no respetar los presupuestos de un concepto de injusto basado en el peligro al bien jurídico, siendo así que tal es el punto de partida de la autora; y en segundo lugar, porque objeto que su postura limita en demasía la punición de la tentativa en la autoría mediata, frustrando lo necesario desde el fin preventivo-general de la pena, lo cual es asimismo desacertado porque la autora sigue el modelo de solución individual, que satisface ampliamente las exigencias preventivas. Pues bien, a mi modo de ver nada tiene de contradictoria la crítica y sí, por el contrario, la argumentación de este autor, que considero incurre en un vicio de circularidad. De una parte, la razón por la que objeto que Farré prescindía del criterio del peligro al bien jurídico es precisamente porque Farré afirma acoger dicho supuesto y, sin embargo, pospone el castigo de la tentativa a la acción del instrumento a pesar de afirmar que ya en la acción del autor mediato concurre un peligro para el bien jurídico. En otras palabras, la crítica es interna, relativa a la incoherencia entre las premisas y las conclusiones de su argumentación. Por ello, intentar rebatir esa crítica simplemente reiterando la premisa no rebate nada. Y lo mismo puede decirse de la segunda razón alegada por Demetrio: afirma que mi objeción relativa al restrictivo ámbito de punición y su disfuncionalidad con el cometido preventivo-general es incongruente con el hecho de que Farré siga la solución del autor mediato (o individual), que satisface ampliamente dichos fines. Pues bien, mi crítica a Farré

Rechazadas ambas concepciones, Demetrio Crespo expone cuáles habrían de ser las líneas generales de solución, si bien sin concretar criterio alguno, e incluso incurriendo, a mi modo de ver, en contradicciones. Lo primero que manifiesta es que «será decisivo, a mi juicio, si en el caso sometido a análisis quedan, según el plan del autor valorado desde el plano objetivo, actos intermedios esenciales que llevar a cabo, y sobre todo, si puede afirmarse que se ha producido ya la pérdida voluntaria del control del riesgo» (p. 141). Ello parece ser contradictorio porque fusiona dos criterios necesariamente diversos: el propio del inicio de la tentativa inacabada (ausencia de actos intermedios esenciales) y el aplicable a la autoría mediata —que el autor considera, con razón, una variante estructural de la tentativa *acabada* (pp. 101 ss.)—, siendo así que en otro lugar de la obra había manifestado, también con razón, que la tentativa en la autoría mediata no puede seguir los criterios propios de la tentativa inacabada (p. 121)²².

Después de esa consideración introductoria, ratifica que «parece lógico que el sujeto *realice algo más* que embriagarse para que la conducta resulte relevante para el Derecho penal» (p. 141, cursivas añadidas), sin poner de manifiesto, en cualquier caso, qué es lo que ha de hacer el sujeto para que se inicie la tentativa. Si lo que se viene a afirmar es que tiene que realizar los actos que pondrán inmediatamente en peligro el bien jurídico, entonces ya no estaremos ante un modelo de la tipicidad, sino ante un modelo de la excepción, por cuanto esa fase de acción generadora de un peligro inminente, que fundamentaría el injusto típico, formaría parte ya de la fase defectuosa, no coincidiendo entonces objeto y fundamento de la imputación de responsabilidad, opción que es rechazada de plano por Demetrio Crespo (p. 141). Por último, y —en lo que alcanzo— sin relación argumental con lo anteriormente afirmado, termina por establecer una distinción entre «inicio de la ejecución objetivamente dirigida a la

va dirigida precisamente en tanto en cuanto *su solución se aleja de la del autor mediato*, al posponer el castigo de la tentativa a la intervención del instrumento: esto es, siguiendo en realidad la solución del instrumento (o solución global). Por ello, no sirve para rebatir dicha crítica argumentar con los perfiles propios de un modelo de solución doctrinal que en realidad Farré no acoge. En este sentido, lo mismo puede afirmarse de la concepción de Demetrio: no podría defenderse de esas mismas objeciones políticocriminales alegando que él acoge un modelo de la tipicidad (que es el trasunto de la solución individual en el ámbito de la *alic*) por cuanto en realidad no parece seguir sus criterios.

²² Si bien indirectamente, sirviéndose y considerando como válidos argumentos de otro autor.

lesión del bien jurídico» (que hasta el momento lo había considerado requisito suficiente para el comienzo de la tentativa típica: p. 138) y «órbita del tipo», entendiéndolo que puede haber casos en los que se dé lo primero pero no lo segundo. La oración completa es la siguiente: «cuestión distinta es que, habiéndose producido un comienzo de ejecución mediante una acción objetivamente dirigida a la lesión de un bien jurídico, la acción entre ya por ello necesariamente en la órbita del tipo, cosa que no sucede en el caso (...) en el que alguien se embriaga con intención de matar, pero finalmente omite continuar actuando» (p. 141).

En suma, a mi modo de ver esa conclusión es contradictoria con la defensa que había formulado del modelo de la tipicidad, según el cual la tentativa en la *alic* comenzará —siguiendo la simetría estructural con la autoría mediata— cuando el agente abandone el control del curso causal, lo que se produce cuando, decidido o asumiendo la realización de un delito, el sujeto se pone a sí mismo en situación de ausencia de culpabilidad o de acción, por cuanto a partir de ese momento disminuye la posibilidad de control del riesgo. Así, resalta que «también en la autoría mediata (...) el injusto comienza en su *actio praecedens*, es decir, en un momento anterior al de la acción que «inmediatamente» lesiona el bien jurídico» (p. 138). Asimismo, pone de relevancia que es preciso diferenciar «en su valoración jurídica entre la *actio praecedens* del sujeto A consistente meramente en «beber en exceso», y la *actio praecedens* del sujeto A «beber en exceso, con el propósito de cometer una infracción penal, habiendo previsto o debiendo prever su comisión (p.e. la de matar a B)», porque, aunque el aspecto subjetivo no sea definitivo sí debe concedérsele cierta importancia, en la medida en que la valoración de hechos con igual apariencia puede conducir, sin embargo, a resultados distintos en el plano objetivo» (p. 137). Así, mientras el primer supuesto no puede castigarse «porque la vida de su enemigo B en ningún caso estuvo sometida a peligro alguno», el segundo «sí podría llegar a serlo si estimamos que se trata de una situación de peligro para el bien jurídico en el sentido de una peligrosidad objetiva *ex ante* de la acción, bien que éste no sea todavía inminente» (pp. 138-139). La cuestión sigue incontestada: ¿cuándo podemos afirmar ese peligro según Demetrio Crespo? ¿Qué es ese «algo más» que tiene que *realizar* el autor? Si bien por un lado parece afirmar que habrá casos en los que ya el hecho de beber asumiendo subjetivamente la posterior realización delictiva generen ya un peligro típico sin necesidad de *hacer* más, después resulta que el agente ha de hacer *siempre* algo más, es decir, continuar con los actos dirigidos a la producción del resultado. Pero la cuestión es que si la tentativa comienza a partir de la realización de esos actos ulteriores, estaremos ya en la fase de inculpatibilidad, y ya no

se podrá hacer coincidir el injusto típico con la culpabilidad, tal como exige el principio de coincidencia que este autor considera presupuesto irrebasable de la imputación de responsabilidad.

III. En suma, el autor no termina por concretar cómo delimitar el comienzo de la tentativa en la *alic*, por lo que parece oscilar entre ambos modelos de solución. Desde mi punto de vista, creo que desde dentro del modelo de la tipicidad pueden discriminarse situaciones de mayor o menor peligro en casos objetivamente similares como «beber en exceso» orientados a la posterior comisión delictiva y, por tanto, delimitar la irrelevancia de la relevancia típica. Pero para ello no es preciso —ni congruente desde el modelo de solución citado— exigir que el agente realice actos posteriores que ya formarán parte de la fase defectuosa.

La cuestión primordial, en cualquier caso, es previa: ¿es suficientemente grave el peligro existente para el bien jurídico en ese momento (provocación del estado de inimputabilidad) como para justificar *prima facie* el castigo desde el merecimiento de pena? Pues bien, considero que, con carácter general, debe responderse afirmativamente. Frente al mero hecho de beber, la acción de embriagarse *para* después delinquir, siendo incapaz de motivación normal en contra del mensaje normativo y disminuyéndose notablemente la capacidad volitiva de decisión del sujeto, aumenta el grado de peligro de producción de resultado, en la medida en que el propio sujeto disminuye o anula dolosamente las posibilidades de control sobre la fuente de peligro en que él mismo se convierte. Y ese aumento del peligro posee, a mi entender, la trascendencia suficiente para convertir la acción en penalmente relevante. En cualquier caso, el acento no debiera ponerse directamente en el peligro existente para el bien jurídico, al menos no entendido como un resultado de peligro, de inminente desenvolvimiento en el resultado de lesión, sino más bien, y siguiendo con el paralelismo con la autoría mediata, en la *capacidad de control por parte del destinatario de la norma del foco de peligro* que amenaza, de forma más o menos inmediata, el bien jurídico²³. Pues bien, no otra cosa es lo que ocurre en la *alic*: el agente que dolosamente se pone en estado de ebriedad con el fin o la clara representación de que será muy probable que delinquirá en ese estado se convierte, en ese momento, en un foco de peligro y, en cuanto cae en ese estado defectuoso, en el que ya no puede dominar

²³ Tal es el criterio que sostengo para determinar la tentativa en la autoría mediata: la tentativa comenzará cuando el agente abandone o pierda voluntariamente el control sobre el riesgo para el bien jurídico (ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría*, pp. 173 ss.).

plenamente su conducta, pierde el control sobre ese foco de peligro: sobre sí mismo. Y, si bien es cierto que temporalmente puede ser aún lejana la efectiva lesión del bien jurídico desde que el sujeto se coloca en ese estado defectuoso, la diferencia *cualitativa* que imprime la pérdida de control sobre el peligro otorga ya *prima facie* una gravedad relevante penalmente a la situación²⁴.

En cualquier caso, la cuestión de si la *actio praecedens* conlleva o no un peligro en grado suficiente para ser tenido en cuenta por el Derecho penal y erigirse en el comienzo de un injusto típico no podrá afirmarse con carácter apriorístico, sino que tendrá que analizarse caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias que rodean el hecho, así como el plan del autor²⁵. Así, por ejemplo, no puede considerarse igual de peligrosa la acción de quien, con el propósito de pegar una paliza a su mujer, se emborracha en la habitación contigua a la que se encuentra ésta, que la acción de quien se emborracha con el propósito de robar un banco, teniendo todavía que conducir 15 kilómetros para llegar al mismo, siendo probable que o bien tenga un accidente o bien, por quedarse dormido o por otras razones, no llegue nunca a pisar el banco. Ello no es, en absoluto, una exigencia de nuevo cuño, sino sencillamente la distinción habitual entre tentativas peligrosas y no peligrosas, la cual puede elevarse a exigencia general. Ésta establecería que no basta con emborracharse con el propósito de delinquir —elemento subjetivo— para castigar la *actio praecedens*, sino que, para que podamos hablar del comienzo de un injusto típico debe existir un peligro relevante para la lesión prevista del bien jurídico, en el sentido de que un espectador objetivo, situado en el momento en que el sujeto se provoca el estado defectuoso y conocedor del plan previsto por el autor, pueda afirmar un grado relevante de probabilidad de que el sujeto alcanzará a lesionar el bien jurídico. Debe destacarse que, una vez perdido el control del peligro, la conducta posterior del autor, la que realizará en estado defectuoso, ha de ser tomada en cuenta como un mero proceso causal más, de igual forma que es tomada en cuenta la potencialidad lesiva del instrumento empleado por un sujeto para, por ejem-

²⁴ En igual sentido, por ejemplo, WOLTER, *Leferenz-FS*, p. 556. El factor temporal, por lo demás, no se considera el más relevante ni siquiera en la tentativa inacabada con la exigencia de ausencia de actos intermedios esenciales. *Cfr.* SCHLÜCHTER, *Hirsch-FS*, p. 356. *Vid.* también ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría*, pp. 77 ss., sobre el criterio de la «inmediatez temporal».

²⁵ Por los defensores del modelo de la tipicidad se afirma, con carácter general, la existencia en la *actio praecedens* de un grado suficiente de peligro, sin efectuar mayores ponderaciones. *Cfr.*, entre otros, HORN, *GA* 1969, p. 300; OTTO, *JA* 1980, p. 300; SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, pp. 268, 271; ROXIN, *ADPCP* 1988, p. 22.

plo, matar a su víctima²⁶. Y, al igual que la acción planeada por el autor puede ser considerada no peligrosa —ejemplo: azuzar a un perro para que, oliendo las ropas de la víctima, llegue hasta la ciudad donde ésta vive, alejada 200 kilómetros, y la mate a dentelladas— y no conformar por ello una tentativa típicamente relevante, la acción de provocación puede ser considerada indiferente para el Derecho penal si el plan trazado por el autor, cuando se sumió en estado de inimputabilidad, no ostentaba, desde el plano de un observador objetivo, un grado de peligro apto para lesionar el bien jurídico. Es decir, sólo el abandono de un foco de riesgo *adecuado* para lesionar los intereses protegidos puede ser tenido en cuenta para la punición.

En suma, desde el modelo de la tipicidad puede asimismo discriminarse entre acciones peligrosas y no peligrosas para el bien jurídico, a partir de una prognosis relativa a las posibilidades de éxito del proyecto delictivo del sujeto (concretamente planeado por el autor o, en todo caso, previsible por un espectador objetivo) en el momento de la *actio praecedens*, y ello sin necesidad de exigir realización personal ulterior. Respecto a la exigencia derivada del principio de lesividad, entiendo, en conclusión, que el autor que dolosamente se sitúa en un estado de inimputabilidad con el fin de delinquir —o asumiendo como probable la realización de la acción delictiva— genera, *prima facie*, una situación de riesgo que, por no estar controlada —o por disminuir seriamente las posibilidades de control—, excede en todo caso del ámbito de lo tolerado por el Derecho. Por ello, la *actio praecedens* puede, siempre que la producción del resultado sea previsible, considerarse una conducta típicamente relevante.

2. Díaz Pita y el modelo de la excepción

I. La preocupación fundamental de Díaz Pita en su obra es el máximo respeto al principio de culpabilidad, del que, como ya se afirmó y la autora pone de manifiesto, es emanación el principio de coincidencia. Con respecto al mismo, es de destacar que ponga de manifiesto con toda claridad que la nueva regulación del catálogo de eximentes en el Código Penal plasme el citado principio, de modo que su respeto deviene irrebাসable: «con la nueva redacción del art. 20 del Código Penal español, el legislador ha precisado bastante más la capacidad de culpabilidad y parece que define, de forma más exacta, la

²⁶ HIRSCH, NISHIHARA-FS, pp. 95-96. En el mismo sentido se manifiesta, por ejemplo, SCHILD, AK StGB §20/83.

necesidad de una coincidencia temporal entre la capacidad de culpabilidad y la comisión del hecho (...) Es decir, nos encontramos, sin lugar a duda, ante la consagración clara del principio de coincidencia (...) El principio de coincidencia, por lo tanto, ya no es una cuestión que se pueda someter a debate doctrinal, sino que es una exigencia claramente expresada por el legislador» (pp. 43-44). Sin embargo, rechaza de plano todas las concepciones susceptibles de inclusión bajo los «modelos de la compatibilidad», es decir, aquéllos que configuran la estructura de imputación de responsabilidad bajo el afán de hacer coincidir en un mismo momento injusto y culpabilidad. Tras una pormenorizada exposición de las distintas concepciones, rechaza tanto la solución aportada por Schmidhäuser como el «modelo de la ampliación» auspiciado por Spindel, Herzberg o Streng (denominado, creo que confusamente, modelo de la tipicidad), así como también el modelo que aquí se ha denominado «de la tipicidad» —que fusiona con el anterior a pesar de sus notables diferencias— considerando que la identificación entre autoría medita y *alic* no es sostenible, por cuanto el artículo 28 del Código Penal español exige la presencia de «otro» como instrumento, no pudiendo entonces asimilarse a esa estructura la de la *alic*, donde sólo hay un agente (pp. 50, 128 s.).

Rechazadas dichas concepciones, Díaz Pita se declarará partidaria del modelo de la excepción, no sin antes plantearse la pregunta esencial que gira en torno al problema: ¿qué es ser culpable en el ámbito del Derecho penal? (p. 73). Para intentar dar respuesta al interrogante, procede a exponer tres grandes concepciones actuales de la culpabilidad: «La culpabilidad como prevención (Jakobs), «La lealtad al Derecho como categoría de la culpabilidad (Kindhäuser), y «El individuo como persona reflexiva» (Günther), que, en un momento posterior, y con el fin de enfrentarlas al problema de la *alic*, sintetiza en dos criterios de fundamentación: culpabilidad como prevención y culpabilidad como participación en una sociedad democrática. Con ello pretende mostrar que la opción por uno u otro fundamento de la culpabilidad habrá de llevar necesariamente a distintas conclusiones sobre la *alic*, empresa, a mi juicio, condenada al fracaso.

Ello se muestra ya en la pretensión de probar que la concepción preventivogeneral de Jakobs explica que este autor opte por un modelo de la tipicidad basado en el paralelismo con la autoría mediata, pretensión que viene presidida por una selección interesada de la obra del autor citado, tal como luego se pondrá de manifiesto. A partir del hecho de que para Jakobs sólo un agente culpable sea considerado competente para la desautorización de la norma —por el contrario un inimputable se asimila comunicativamente a la naturaleza—, y de la con-

cepción de la tentativa en Jakobs, según la cual un Derecho penal de ciudadanos sólo castigará hechos externamente perturbadores para esferas de libertad ajenas, concluye Díaz Pita que Jakobs se ve obligado a adoptar por el paralelismo con la autoría mediata como única forma de castigar los supuestos de *alic*, dado que sólo en la fase de provocación hay una conducta competente frente a la norma; sin embargo, el hecho de beber licores no puede considerarse externamente perturbador para un esfera de libertad ajena. Con ello concluye que, de una parte, la concepción de Jakobs sobre la *alic* se contradice con sus premisas en materia de tentativa y, de otra, que la asimilación de la *alic* con la autoría mediata vulnera flagrantemente el principio de legalidad, en virtud del argumento, ya citado, de que la autoría mediata exige un «otro» que no aparece en la estructura de la *alic* (pp. 128 s.). A juicio de la autora, Jakobs habría tenido que llegar a dos conclusiones: o bien dejar impune la *alic*, o bien castigarla a partir de la toma en consideración del «“fraude a la norma” que evidencian aquéllos sujetos que se “esconden” de la sanción tras un estado de inimputabilidad provocado por ellos mismos» (pp. 130-131). Tal será, de hecho, la postura que adopte Díaz Pita.

Por lo que respecta a la culpabilidad como participación en la sociedad democrática (Kindhäuser y Günther), afirma la autora que, si bien sus postulados no permiten llegar a un contenido material de la culpabilidad y pecan de un excesivo idealismo al considerar la culpabilidad como emanación del abandono de la participación del ciudadano en el procedimiento de creación de las normas jurídicas sin tener en cuenta los supuestos en los cuales, debido a fallos del propio sistema, el ciudadano concreto no participa, de hecho, en dichos procesos, de la misma, «y esto puede resultar paradójico», puede extraerse una posible apoyatura para la justificación de la *alic*, «entendida ésta como una excepción a las formas tradicionales de imputación» (p. 132).

No obstante, y en lo que alcanzo, en su toma de postura personal la autora no extrae de esta concepción de la culpabilidad consecuencia alguna para sus tesis sobre la *alic* —salvo quizá el principio de igualdad, que no es privativo de esa concepción—, sino que, de hecho, y después de haber orientado su exposición en torno a la búsqueda de un contenido material de la culpabilidad (siendo una de las críticas a la concepción antes citada precisamente el no poder proporcionarlo), termina por asumir un «vaciamiento del contenido de la culpabilidad» (p. 194). Una vez que la conducta se declara típica y antijurídica, afirma, en realidad el paso siguiente no radica en afirmar si el sujeto es culpable, sino si se le puede disculpar; que es culpable es la premisa de que la que se parte y que hay que refutar, si se puede, con argumentos

de descargo; es decir, «en ningún caso se afirma el contenido de la culpabilidad, sólo se ofrecen excusas para el sujeto» (p. 194). Culpable, entonces, será quien no puede ser excusado, esto es, quien no pueda alegar en su favor las situaciones legalmente previstas que impiden aplicar la sanción en función de determinadas circunstancias que hacen referencia directamente al individuo en concreto» (p. 195). La culpabilidad, en este sentido, es el reflejo del principio de igualdad: «La exención de la sanción aparece como un mecanismo dirigido a paliar la gravedad de su imposición en aquellos supuestos en los que resultaría injustificado castigar a un sujeto por un hecho cometido en circunstancias determinadas que no le permiten discernir con claridad al alcance de su propio comportamiento» (p. 185), circunstancias que aparecen consagradas en los textos legales como expresión de ese respeto a la igualdad.

A partir de estas premisas, desarrolla Díaz Pita una justificación (o explicación) del castigo a la *alic*. «En los supuestos de *alic*, sin embargo, esta desigualdad se rompe en tanto es el propio sujeto el que da lugar a las circunstancias que subyacen a tal situación» (p. 185); «cuando el sujeto provoca la situación excepcional, su estatus desigual es pura ficción; su tratamiento desigual resultaría, pues, injusto» (p. 186): «la situación del sujeto es real desde el punto de vista fáctico pero irreal desde el punto de vista jurídico. La valoración de ambas no puede ser la misma. Esta ficción creada por el sujeto debe ser anulada por otra: tratando al sujeto *como si* estuviera en una situación de normalidad, puesto que no reúne las condiciones para ser considerado no culpable» (pp. 190-191. Cursivas añadidas).

Además, refuerza su postura con un segundo argumento: la defensa del ordenamiento jurídico. «Esta provocación, además, supone la manipulación, a favor del sujeto, de unas medidas legales previstas en el ordenamiento jurídico, con la finalidad de adecuar a éste principios constitucionales como el de igualdad. Su utilización por parte del sujeto, implica, a la vez, un abuso de derecho, una especie de 'fraude de ley' en el que el sujeto 'simula' las circunstancias fácticas que sirven de base para la aplicación, más favorable, de estas medidas. La figura de la *alic* vendría, así, a representar un mecanismo de defensa del propio ordenamiento jurídico, dirigido a evitar la utilización torticera de los mecanismos en el mismo previstos, para eximir de sanción en determinados casos» (pp. 185-186).

Ambos argumentos le llevan a la conclusión de que «los supuestos de *alic* son una excepción pero una excepción real al principio de culpabilidad» (pp. 183-184), y que la regulación española del artículo 20 consagra esa excepción (p. 160): «Esta regulación viene, en mi opinión,

a refrendar ese carácter excepcional de la *actio libera in causa* con relación a los presupuestos de la culpabilidad» (pp. 65-66). Así, si bien, como la misma autora afirma, dicha regulación consagra por vez primera el principio de coincidencia (p. 43), al mismo tiempo lo excepciona para determinados supuestos. De este modo, y siguiendo el modelo de la excepción, el injusto penal se dará cuando, ya en la fase defectuosa, el agente se dispone inmediatamente a lesionar el bien jurídico, y la culpabilidad se imputará en virtud de la acción precedente, no coincidiendo entonces en un mismo momento.

II. La virtud de las tesis de Díaz Pita es que se sirve de principios hondamente asentados en la conciencia jurídica general, así como constitucionalmente sancionados, y evita con ello ensayar, al modo de la doctrina alemana, fundamentaciones basadas en presupuestos consuetudinarios o en complejas construcciones normológicas, tales como las de Hruschka o Kindhäuser²⁷. Sin lugar a dudas, la autora cuenta, frente a la doctrina alemana, con una fundamental ventaja: el hecho de que el legislador español haya hecho mención de los supuestos de *alic*, lo que le permite sortear las objeciones basadas en la aplicación de la analogía contra reo y de la consiguiente vulneración del principio de legalidad, habituales en la literatura alemana frente al modelo de la excepción²⁸. Al igual que ella, otros autores españoles han creído, o querido, ver en dicha regulación la plasmación no sólo del castigo a los supuestos de *alic*, sino además la asunción por parte del legislador del modelo de la excepción²⁹. No obstante, a mi modo de ver, esa solución es errada, y no puede extraerse ni de los argumentos manejados por la autora ni de la propia regulación —que estimo que, de hecho, apunta a la solución opuesta—.

Con respecto a los fundamentos manejados por Díaz Pita, el basado en el abuso de derecho o fraude de ley había sido ya manejado por distintos autores de la doctrina española y alemana, cuyas aportaciones, por cierto, no se ven reflejadas en la obra. Silva Sánchez, por ejemplo, lo expone en los siguientes términos en un trabajo de 1988: «Para hacer responsable por delito consumado al sujeto habría que entender

²⁷ Sobre ellas, con amplitud y claridad, puede verse JOSHI JUBERT, *Actio libera in causa*, pp. 138 ss., 149 ss., respectivamente.

²⁸ Así, por ejemplo, PUPPE, JuS 1980, p. 347; ROXIN, ADPCP 1988, pp. 23 s.; STRENG, ZStW 101 (1989), p. 310; JOSHI JUBERT, *Actio libera in causa*, p. 351; ESER/BURKHARDT, DP, p. 356; JEROUSCHECK, JuS 1997, p. 387; OTTO, Jura 1999, p. 217; STRATENWERTH, AT (2000), 10/47.

²⁹ QUINTERO/MORALES/PRATS, PG, p. 427; MORALES PRATS, *Comentarios*, p. 144. También SILVA/BALDÓ/CORCOY, *Casos de la Jurisprudencia Penal*, p. 321, si bien advierten que «probablemente, esto será objeto de debate en los próximos meses y años».

que las *eximentes provocadas* no surten efecto y que cabe imputar el delito directamente a la *actio posterior* realizada por el sujeto. La solución de negar eficacia a las eximentes provocadas tiene una indudable similitud con la forma de resolver las situaciones de «fraude de ley». En efecto, también en estos casos de *actio libera* podría hablarse de una *ley defraudada* —la sancionatoria— y de una *ley de cobertura* —la que establece la exención en los casos de justificación o de inimputabilidad— cuya aplicación se provoca. El resultado del complejo debería ser la exclusión de la ley de cobertura (por haberse provocado su entrada en juego) y la aplicación directa de la ley defraudada»³⁰.

A mi modo de ver, y por una parte, la estructura del fraude de ley parece acomodarse a *algunos* supuestos de *alic* intencional, casos en los cuales el agente se provoca un estado de inimputabilidad con la intención de delinquir y, *además*, persigue con ello estratégicamente la exención de responsabilidad. Pero no en los casos, que serán la mayoría, en los que el agente ni siquiera se representa esa regulación legal y, por ello, no la asume como una razón para la acción de provocación. En este sentido, la inclusión en el Código Penal de la *alic* imprudente, así como, *a fortiori*, de supuestos de dolo eventual —lo que no aparecía incluido expresamente en el anterior texto punitivo—, dificulta, a mi entender, a los defensores de esta tesis fundamentar su compatibilidad con la *ratio legis*.

Por otra parte, es indudable que la exención de pena para estos supuestos vulneraría, desde un plano deontológico, el principio de igualdad y resultaría, desde un plano teleológico, disfuncional para el cometido de prevención general. Pero el hecho es que con ambos principios —incluso dando por válido el relativo al abuso de Derecho—, a todo lo que puede aspirarse es a aportar las razones que legitimen el castigo en esos supuestos, es decir, el *por qué* de su sanción, pero de los mismos no puede inferirse, sin asumir más de un salto lógico, un determinado *cómo* de la sanción, esto es, una particular estructura de imputación de responsabilidad; y menos aún, por tanto, una defensa del modelo de la excepción. En otras palabras, que la *alic* implique un abuso de derecho, y que incluso pueda admitirse que su sanción no sea contraria al fundamento material de la culpabilidad, no justifica que, operando con esa ficción del «*como si*» (esto es, como si el sujeto no

³⁰ SILVA SÁNCHEZ, RDC 1988, p. 172 (cursivas en el original). Sigue esta argumentación MORALES PRATS, *Comentarios*, p. 144. En similar sentido, PAEFFGEN, ZStW 97 (1985), p. 523; OTTO, Jura 1986, p. 431; JAHNKE, LK StGB § 20/76; ESER/BURKHARDT, DP, pp. 356: Abuso del Derecho. Sobre ello *vid.* asimismo, NEUMANN, *Zurechnung*, pp. 154 ss.

se hallara en situación de inimputabilidad en el momento de la realización típica)³¹, puedan ignorarse —excepcionarse— los presupuestos conceptuales y estructurales de imputación, y, singularmente, entre ellos, el principio de coincidencia. A mi entender, el establecimiento de excepciones a este postulado garantístico³² se aproxima peligrosamente a un Derecho penal de autor, en tanto el punto neurálgico de la atribución de responsabilidad no se halla ya en el *hecho* culpable, sino en la voluntad o personalidad del autor. Por ello debe rechazarse el modelo de la excepción, que basa la imputación precisamente en una *culpa antecedens* existente únicamente en el momento de la provocación del estado defectuoso, pero inexistente cuando tiene lugar el hecho anti-jurídico: cuando se ejecuta el tipo³³. Como afirma Roxin, «una tal culpabilidad «ambulante» que nunca ha pasado la «prueba de fuego de la situación crítica» no es más que puro sentimiento malo: una ejecución no culpable y una decisión jurídico-penalmente irrelevante no pueden dar juntas un hecho culpable»³⁴.

En otro orden de cosas, la objeción central de la que se sirve Díaz Pita para criticar el modelo de la tipicidad, consistente en afirmar que no cabe equiparar la *alic* a la autoría mediata porque con ello se vulnera el principio de legalidad³⁵, carece de fundamento. Y ello porque, aun asumiendo alguna excepción (quizá el mismo Jakobs)³⁶, la mayoría de quienes sostienen esa identificación, no sostienen que la *alic sea* un caso de autoría mediata, sino —tal como vimos que afirmaba Demetrio Crespo— que ambas figuras tiene una estructura fáctica *similar*

³¹ Ficción ampliamente manejada dentro del modelo de la excepción: *cf.* por ejemplo HRUSCHKA, AT, pp. 64, 306; ALONSO ÁLAMO, ADPCP 1989, p. 92.

³² *Vid.*, por ejemplo, OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, PG, p. 340, quienes hablan de «un principio general garantizador, como lo es el de que el sujeto sea imputable en el momento de la acción».

³³ Críticos con el modelo de excepción desde el principio de coincidencia, PUPPE, JuS 1980, p. 347; ROXIN, ADPCP 1988, p. 23; SILVA SÁNCHEZ, RDC 1988, p. 175, nota 42; JOSHI JUBERT, *Actio libera in causa*, pp. 354-355; BAUMANN/WEBER/MITSCH, AT, 19/43; HETTINGER, GEERDS-FS, p. 635-637; SCHLÜCHTER, HIRSCH-FS, pp. 347-348; STRENG, JZ 2000, p. 25.

³⁴ ROXIN, ADPCP 1988, p. 24. En igual sentido, RÖNNAU, JA 1997, p. 604.

³⁵ Críticas de esta índole habían sido ya emitidas por autores como HRUSCHKA, SchwZStr 90 (1974), p. 66 o STRENG, JZ 1994, p. 710. *Cfr.*, frente a esta crítica, JEROUSCHECK, JuS 1997, p. 387, quien sostiene que esa concepción ontologicista no es un obstáculo para un Derecho penal normativamente conformado.

³⁶ *Cfr.* JAKOBS, PG 17/64; el mismo, Nishihara-FS, pp. 119-120. Claramente, BAUMANN/WEBER/MITSCH, AT, 19/45. También parece entenderlo en este sentido, BACIGALUPO, PG, pp. 332-333, aunque, si bien primero afirma que «se trata de un supuesto de autoría mediata», acto seguido lo formula resaltando «la similitud de esta situación con la autoría mediata».

que permite establecer un mismo criterio normativo de imputación y valoración. Por ello, en ningún momento se pretende subsumir la *alic* en la regulación de la autoría mediata³⁷.

Asumido ese presupuesto, desde mi punto de vista considero que esa identidad *normativa* es plenamente correcta. En la autoría mediata la fase defectuosa (realizada por el instrumento) carece de relevancia a efectos de imputación de responsabilidad penal por cuanto el sujeto carece en esa fase de la condición de «agente», no siendo sus movimientos corporales susceptibles de calificarse —desde la órbita de la imputación jurídicopenal— como una *actio*. Ha de darse la razón, por ello, a Feijóo, cuando pone de manifiesto que «los inimputables no son más que puros sucesos naturales desde el punto de vista del Derecho penal. Dicho de forma gráfica, incitar a un niño o a un enajenado a atacar a una persona equivale normativamente a azuzar a un perro. Con respecto a estas personas sólo podemos hablar de causalidad y no de imputación»³⁸. Pues bien, si ello es así cuando un agente instrumentaliza a otro, o cuando se sirve de un instrumento mecánico o no humano³⁹, lo mismo puede y debe decirse de los casos en los que el agente se instrumentaliza a sí mismo: en ambos casos esa fase defectuosa (de un tercero o del mismo sujeto) son irrelevantes desde el punto de vista de la imputación, habiendo de concebirse como el desenvolvimiento de un curso causal⁴⁰. Así, desde un punto de vista *normativo* —es decir, en cuanto a criterios de imputación de responsabilidad— no creo que puedan hacerse diferencias de tratamiento

³⁷ Así, desde luego Roxin, a quien la autora mete en el saco anterior (*cf.* ROXIN, ADPCP 1988, p. 28; el mismo, AT, 20/60; el mismo, Maurach-FS, pp. 220-221); PUPPE, JuS 1980, pp. 348-349; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, p. 477; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, PG, p. 337; FARRÉ TREPAT, *Sobre el comienzo de la tentativa*, pp. 65,71; JOSHI JUBERT, *Actio libera in causa*, pp. 184, 370; HIRSCH, NISHIHARA-FS, pp. 95-96; SCHLÜCHTER, HIRSCH-FS, pp. 354, siguiendo al anterior; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG, p. 608. *Vid.* también SCHÜNEMANN, *La culpabilidad: estado de la cuestión*, p. 125; el mismo, *Nuevas tendencias en el concepto jurídico-penal de culpabilidad*, p. 127.

³⁸ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Homicidio y lesiones*, p. 112. En igual sentido, HERZBERG, JuS 1985, p. 4; SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung des anderen*, 1986, pp. 105 y 106 (citado por BOLEA BARDÓN, *La autoría mediata*, p. 321). No obstante, estas afirmaciones distan de ser unitarias en la doctrina, por el hecho de que no existe consenso en tratar todos supuestos de aprovechamiento de la inimputabilidad de un tercero como autoría mediata. Sobre ello, *cf.* por todos BOLEA BARDÓN, *La autoría mediata*, pp. 311 ss., y pp. 327 ss. (posición personal).

³⁹ Sobre la necesidad de que la tentativa comience en ambos casos (autoría mediata y tentativa acabada con medios mecánicos o no humanos) en el mismo momento, HERZBERG, JuS 1985, pp. 3 ss.

⁴⁰ HIRSCH, NISHIHARA-FS, p. 98.

entre el supuesto en que un sujeto A consigue provocar en B una embriaguez plena para que cometa un delito y el supuesto en que A se pone a sí mismo en ese estado para cometer el delito⁴¹.

Dos cuestiones restan por ser explicitadas. La primera es la crítica a la interpretación que efectúa Díaz Pita de la concepción de Jakobs sobre la tentativa; y la segunda es la relativa a la regulación de la *alic* en el Código Penal español. Con respecto al primer aspecto, había afirmado que la autora maneja de forma interesada las tesis de Jakobs, destacando algunas fuentes y ocultando otras. Concretamente, se sirve del artículo de Jakobs de 1985 titulado *Criminalización en el ámbito previo a la lesión del bien jurídico*, pero prescinde enteramente del trabajo, posterior (1989) y específicamente dedicado a la tentativa, titulado *Representación del autor e imputación objetiva*, en el que expresamente modifica su concepción anterior, así como, por lo demás, del *Tratado*. Así, la defensa de una extrema objetivación en la valoración de la tentativa, que le lleva a la afirmación de que sólo cuando estemos ante un acto que ya externamente sea perturbador será legítimo indagar acerca de lo interno e incluso a defender la teoría de la falta de tipo⁴², es rechazada en la posterior obra citada, en la que pasa a afirmar que es la «representación del autor la que tiene que ser comunicativamente relevante»⁴³, así como en su Parte General, donde claramente pone de relevancia que es el aspecto subjetivo (racionalmente interpretado) donde reside el injusto de la tentativa⁴⁴.

Desde esta interpretación de la concepción de Jakobs, la cual, siquiera sea por ser la última en el tiempo, habría de ser más atendida que la anterior, puede concluirse que ninguna contradicción existe entre la misma y su postura en materia de *alic*: la consideración de la acción de provocación como un injusto típico puede ser perfectamente sostenida desde esos presupuestos por cuanto en ella el agente desautoriza ya la norma de manera comunicativamente relevante, al conllevar ya esa acción, *intersubjetivamente* analizada, el inicio adecuado de una arrogación en una esfera de libertad ajena, dado que des-

⁴¹ En igual sentido, HIRSCH, NISHIHARA-FS, pp. 98-99; SCHLÜCHTER, HIRSCH-FS, pp. 358-359.

⁴² JAKOBS, *Criminalización*, p. 302: «De acuerdo con ello, para que una conducta pueda ser punible tiene que ser entendida como una perturbación con independencia de la parte subjetiva».

⁴³ JAKOBS, *Representación del autor*, p. 235.

⁴⁴ *Vid.* JAKOBS, AT, 25/23: «el autor debe enjuiciar por sí mismo cuándo se da la situación descrita en la norma. El autor juzga, por tanto, desde su punto de vista, pero debe tratarse de un juicio racional». En igual sentido, el mismo, *Representación del autor*, p. 231.

pués el agente deja de serlo para convertirse en un curso causal ciego e incontrolable.

III. Con relación a la regulación positiva, la tesis que sostengo es que no sólo no es legítimo interpretar el artículo 20 desde el modelo de la excepción, sino que, de hecho, el mismo se orienta más hacia un modelo de la tipicidad. Lo primero que debe plantearse es si la vía legislativa es el camino adecuado para llegar a una solución dogmática sobre la *alic*. A mi modo de ver, una modificación legal de tal calibre como es el establecimiento de excepciones al principio de *nulla poena sine culpa* debería, en buena técnica legislativa, establecerse a modo de principio general introductorio y con pretensión de generalidad, y no limitada a dos circunstancias de inimputabilidad. Así, si se concluye que de esa regulación parcial puede extraerse una excepción *general* al principio de culpabilidad, la extensión de la misma a otros supuestos de inculpabilidad o a los supuestos de *actio libera in causa* ausencia de acción nos llevaría a una rechazable analogía contra reo. Si, en cambio, consideramos que ello sólo rige para el trastorno mental transitorio y para la embriaguez plena, nos veríamos abocados a concluir que o bien para estos supuestos rige un sistema de imputación completamente distinto al aplicable a los supuestos de ausencia de acción provocada, conclusión que llevaría a asumir una asistematicidad y una desproporción valorativa de todo punto rechazable, o bien tendríamos que asumir que la provocación de la ausencia de acción habría de quedar impune, lo que de igual modo nos lleva a dicha desproporción valorativa, al tratar de modo distinto supuestos materialmente idénticos.

Es debido a estas o similares razones por las que buen número de autores han rechazado no sólo que los textos legales vigentes (ni en el alemán ni en el español) incluyan excepciones a ese principio, sino que tampoco una modificación del legislador encaminada en esa dirección sería ni recomendable ni en realidad susceptible de quebrar en tal medida los principios y garantías que, según interpretación consensuada, imperan en el Derecho penal moderno. En este sentido se manifiestan Joshi Jubert⁴⁵, Jakobs⁴⁶, o Hirsch, quien tajantemente sostiene

⁴⁵ JOSHI JUBERT, *Actio libera in causa*, p. 355: «el principio de coincidencia no puede, en ningún caso, infringirse». «Tampoco es conveniente una intervención del legislador para que prevea excepciones a este principio»; la misma, LL 1994, p. 1102: «la actual redacción del trastorno mental transitorio o de la atenuante específica de embriaguez no obliga a concluir que «eximente provocada equivale a ausencia de eximente». En estos preceptos sólo se señala que en caso de provocación de propósito de la eximente no eximirá a su autor. Nada se dice de la razón de ello».

⁴⁶ JAKOBS, NISHIHARA-FS, p. 109.

que «el principio de culpabilidad por el hecho vinculado a la realización de una conducta no tolera excepciones. Por ello, toda proposición al legislador para que lo infrinja es errónea»⁴⁷. Y las razones por las que ello es así podrían ser las que aporta el mismo Hruschka, firme defensor del modelo de la excepción. Este autor sostiene que el principio de coincidencia es «un principio previo al Derecho, que formula una condición de vigencia general para todo discurso con sentido»⁴⁸, y destaca que, si bien ese principio puede verse reflejado en diversas disposiciones del Código Penal, «ello no significa que pueda ser «inferido» de dichas disposiciones. Más bien son los artículos los que se remiten al principio, sólo a partir del cual se tornan aquéllos comprensibles; si las disposiciones no tuvieran en cuenta dicho principio, no sólo serían falsas, sino que sencillamente carecerían de sentido (*Unsinn*)»⁴⁹. Pues bien, si ello es así, si, como parece afirmar el autor alemán, el principio de coincidencia es un requisito básico para la racionalidad de todo sistema de imputación de responsabilidad, no está en manos del legislador —al menos si pretende mantener la racionalidad del sistema— el establecimiento de excepciones al mismo, y las solicitudes a aquél para ello, así como las interpretaciones que pretenden encontrar tal excepción en el texto legal, deben ser de todo punto rechazables.

También en la doctrina española han surgido voces similares, que además de afirmar, en la línea acabada de citar, que no es labor del legislador tomar partido por los criterios dogmáticos de imputación, niegan, con razón, la existencia de esa excepción en el Código Penal español vigente. Así, puede citarse a Bacigalupo⁵⁰, o a Cobo del Rosal y Vives Antón, quienes destacan que «el propósito del legislador, al consignar dicho requisito, nada tiene que ver con la fijación del momento de la imputabilidad. En el artículo 20, números 1.º y 2.º el legislador no se plantea, ni tendría por qué hacerlo, la problemática del momento en que cabe estimar cometido el delito ni, por consiguiente, la del tiempo de la inimputabilidad, sino que trata de establecer una serie de reglas que sirvan en la práctica para determinar en qué casos se es responsable criminalmente de una infracción y en cuáles no. La exigencia de que el trastorno mental o el estado de intoxicación plena

⁴⁷ HIRSCH, NISHIHARA-FS, p. 95. *Vid.* ya, del mismo autor, NStZ 1997, p. 232; el mismo, JR 1997, p. 392. Recuérdese además la clásica afirmación de Radbruch de que la ley no sólo puede ser más sabia que el legislador, sino que *tiene* que serlo.

⁴⁸ HRUSCHKA, AT, p. 5.

⁴⁹ HRUSCHKA, AT, p. 7.

⁵⁰ BACIGALUPO ZAPATER, PG, p. 332.

no hayan sido preordenados a la comisión del delito significa, pues, únicamente, que si lo han sido no queda excluida la responsabilidad criminal. Determinar el fundamento de la responsabilidad criminal de quien delinque en tales condiciones es un problema doctrinal, no una cuestión legislativa»⁵¹.

Pero lo cierto no es sólo que no existan elementos suficientes para llegar a tal conclusión, sino que, de hecho, cabe hallar, en la regulación del artículo 20, elementos que llevarán a asumir que postula un modelo de la tipicidad. Y ello por dos razones.

Por una parte, desde el anterior Código Penal se sostenía que, dado que, a diferencia del StGB, en nuestra legislación no aparecía expresado el principio de coincidencia, no había, desde el principio de legalidad, ningún obstáculo a incluir determinadas excepciones al mismo⁵². Pues bien, la consagración legal expresa del principio de coincidencia —tal como Díaz Pita reconoce— permite afirmar una mayor proximidad de la regulación del artículo 20 al modelo de la tipicidad, en la medida en que es la única de las soluciones doctrinales que lo respeta.

Por otro lado, el hecho de que el legislador establezca el carácter doloso o imprudente de los supuestos delictivos de *actio libera in causa también* en función de si la *propia provocación del estado de inimputabilidad* fue dolosa o imprudente, habla en favor del modelo de la tipicidad, el cual exige un doble dolo (ambos en la *actio praecedens*: dolo de autopuesta en estado de inimputabilidad, y dolo de lesión del bien jurídico), y no del modelo de la excepción, en el cual, consecuentemente⁵³, el carácter doloso o imprudente de la acción delictiva va únicamente referido a la *actio posterior*, bastando con que la situación de inimputabilidad no fuera fortuita. El artículo 20.1 exige que haya sido provocada con el propósito de cometer el delito. Pues bien, en esa redacción están incluidas las referencias a ambos momentos de dolo, pues si la autopuesta en ese estado se realiza *con el propósito* de delinquir, es evidente que también esa autopuesta en esa situación de inim-

⁵¹ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG, p. 608. En igual sentido, por ejemplo, OTTO, Jura 1986, p. 430.

⁵² RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, PJ 1989, p. 143.

⁵³ Cfr. HRUSCHKA, JZ 1996, p. 72: «lo relevante para la cuestión «¿delito doloso o imprudente?» es el hecho realizado en estado defectuoso». Como afirma JOSHI JUBERT, *Actio libera in causa*, p. 388, «un modelo de la excepción consecuente...debería prescindir por completo de la acción precedente, de la provocación dolosa o imprudente de la situación defectuosa, y en fin, también del dolo en el momento previo dirigido al hecho lesivo».

putabilidad se realiza *de propósito*, es decir, intencionalmente. Resulta, ciertamente, absurdo afirmar que, si alguien se emborracha *con el propósito de delinquir* cuando llegue al estado de embriaguez, pudiera haberse emborrachado imprudente o fortuitamente; de otra forma, que alguien se emborrachara, *para delinquir*, pero *sin darse cuenta*, puesto que la acción de emborracharse está *preordenada* a la de delinquir. Por ello, el artículo 20, que exige además un dolo dirigido a la provocación del estado de inimputabilidad (primer dolo) y, en todo caso, un dolo dirigido a la futura comisión delictiva (segundo dolo), y que establece —*tal y como postula el modelo de la tipicidad*⁵⁴— la diferencia entre una *alic* dolosa e imprudente tanto en función de la representación dolosa o imprudente de la futura comisión de un delito (*actio posterior*) ya en la *actio praecedens* (puesto que ésta es la base de imputación) como de la provocación dolosa o imprudente del estado defectuoso, puede considerarse claramente más cercano al modelo de la tipicidad que al de la excepción.

3. *González Rivero y el deber de ser persona*

I. Si las dos anteriores posturas doctrinales se autoadscriben a modelos de imputación ya existentes y desarrollados en la discusión dogmática — respectivamente, modelo de la tipicidad y modelo de la excepción — la concepción desarrollada por González Rivero en su tesis doctoral de Bonn aspira a un abierto distanciamiento de las líneas de solución citadas, así como, en consecuencia, al desarrollo de un modelo alternativo, sustentado en distintos presupuestos y guiado por un diferente arsenal teórico, capaz de dar solución a los supuestos de provocación previa de un estado defectuoso. Si bien, como luego veremos, las soluciones a las que llega pudieran aproximarse a alguno de los modelos anteriores, su original tratamiento del problema, así como la inserción de su argumentación en toda una teoría del sistema penal de imputación, justifican su análisis independiente, si bien limitado al cometido de estas páginas; esto es, a sus consecuencias para la *alic*.

La concepción de la responsabilidad penal y de la teoría del delito de González Rivero es fiel deudora de los presupuestos teóricos de partida de la escuela de Jakobs, en su versión más radicalmente normativizadora —deudora en mayor medida de Hegel que de Luhmann—

⁵⁴ Cfr. JOSHI JUBERT, *Actio libera in causa*, p. 402: «Para este punto de vista, lo decisivo es la posición psicológica que, en el momento de la acción precedente, el sujeto mantiene con el posterior hecho típico».

seguida por Lesch. Muy sintéticamente expresados, dichos presupuestos pueden concretarse en los siguientes aspectos⁵⁵. Delito y pena operan en un contexto de comunicación: el delito expresa una contrariedad al «mundo objetivo» que conforma el ordenamiento jurídico, el cual define la identidad normativa de la sociedad y es condición primera de la subjetividad, y la pena, de cara a mantener inalterable esa identidad, viene a contradecir esa negación que, como proyecto alternativo de la configuración normativa de la sociedad, expresa el delito (pp. 111-114)⁵⁶. Dado que no se persigue generar un determinado estado psíquico en el individuo, condición para el mantenimiento de la identidad normativa no será una aceptación surgida de la individualidad del sujeto, sino una determinada concepción del ciudadano como «*persona*», conformada desde parámetros jurídico-formales, y basada en la comunicación normativa.

La individualidad, perteneciente al ámbito de las expectativas cognitivas, se orienta en función de una comunicación instrumental: persecución del máximo interés individual, de modo que el respeto a la norma, configurada como un imperativo hipotético, dependerá de si satisface o no la consecución de ese interés. En esa concepción de la sociedad ni siquiera existe un mundo objetivo común al que poder apelar, y los demás individuos, la sociedad y el Derecho son concebidos como meros elementos externos al individuo, sujetos a ese proceso de cálculo de intereses (p. 115). Pero la misma subjetividad depende de la existencia previa de un mundo objetivo de normas, que defina la comunicación entre ellas y cuya vigencia sea independiente de la aceptación del individuo. Dentro de ese orden normativo, el sujeto será definido, construido, como *persona*, cuyo modelo de actuación estará basa-

⁵⁵ Una exposición más extensa de dicha orientación doctrinal —sin mención a la obra de esta autora—, así como una crítica a algunos de sus presupuestos metodológicos, puede encontrarse en ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, pp. 54 ss., 79 ss. A continuación limitaremos el aparato bibliográfico a la obra analizada.

⁵⁶ Ahora bien, afirma esta autora que ello no debe entenderse según la comprensión mayoritaria de la prevención general positiva: no se trata de aspirar a la orientación de conductas, de fomentar la fidelidad al Derecho, o de confirmar expectativas psico-sociales de comportamiento; por el contrario, «se trata del mantenimiento del sistema jurídico en cuanto tal», siendo la prevención un cometido secundario y dependiente de aquél. La idea del mantenimiento de la identidad normativa, no siendo una función preventiva, no está orientada al futuro: el fin no se consigue en las consecuencias de la imposición de la pena, sino ya con el significado del proceso de su imposición; por ello, no es un fin empíricamente demostrable. Para una crítica a esa concepción idealizada y, por ende, circular, de la función de la pena, me permito remitir a ALCÁCER GUIRAO, ADPCP 1998, pp. 444 ss.

do en la comunicación personal, a partir de la adscripción de roles, derechos y deberes. *Persona será aquél a quien se declara competente para la administración de su propia autonomía, siendo sólo entonces instancia adecuada para la atribución de responsabilidad penal.* La competencia en la administración de su propia libertad se erige, entonces, en el factor determinante de la responsabilidad por las consecuencias de esa autoorganización. En suma, la noción de persona en sentido jurídico-formal radica en la atribución de la *competencia* para la comunicación acerca de las normas (su asunción o su quebrantamiento), de cara a la imputación de responsabilidad penal (pp. 115-118)⁵⁷.

Dicha atribución de competencia, entonces, conforma el criterio de la capacidad de imputación de responsabilidad, por lo que vendrá definida en virtud de los requisitos necesarios, según el orden normativo, para esa responsabilidad, que a su vez se perfilarán en función de las necesidades de estabilización del sistema penal, dada esa relación de reciprocidad existente entre el orden normativo y la configuración de la persona. Así, dada la necesidad general de perpetuar esa identidad normativa, habrá de partirse de la capacidad de imputación de la persona, y sólo cuando excepcionalmente no sea necesario reafirmar esa identidad —porque el conflicto pueda resolverse de otra manera que no sea la aplicación de la pena— podrá declararse incompetente al autor (pp. 119, 138). Es decir: «la capacidad de imputación, esto es, la culpabilidad, sólo ha de ser negada cuando ello sea posible sin que conlleve un daño para el sistema» (p. 139). Ello implica que para la atribución de culpabilidad no puede partirse de las motivaciones y circunstancias individuales, pero, no obstante, tampoco han de ser ignoradas: en un sistema funcional dichas circunstancias psíquicas de motivación deberán pasar el filtro de lo comunicativo normativamente, de modo que sólo obtendrán relevancia en función de las necesidades de mantenimiento del sistema jurídico (pp. 120-121)⁵⁸. Por otra parte, en un sistema funcional, en el que lo relevante es la competencia comunicativa del agente de cara a la desautorización de la norma, la culpabilidad se erige en elemento esencial y prácticamente único del

⁵⁷ *Vid.* también p. 134: «el concepto básico del Derecho penal es por tanto el concepto de persona, donde la autonomía y la responsabilidad se configuran como sus dos facetas opuestas y dependientes».

⁵⁸ *Vid.* también pp. 136, 137, donde se acentúa la necesidad de atender a la individualidad del sujeto: «Al igual que una sociedad sólo es real cuando los individuos obtienen un desarrollo en ella, la persona sólo será real cuando sean tenidas en cuenta la particularidades de los individuos». «Por ello, la capacidad de culpabilidad no puede ser entendida como un puro estrato de deber ser, sino que debe ser plasmada a través del mundo de la experiencia» (p. 136).

delito, perdiendo relevancia autónoma la antijuridicidad, que no será sino un momento de la culpabilidad, y fusionándose, en suma, ambos estratos de valoración (pp. 64, 121-122, 130).

Así, dado que la concepción básica de persona se define internamente al sistema penal en virtud del entramado de derechos y deberes, la adscripción del carácter de persona al sujeto será tanto un derecho (reconociéndosele la autonomía o libertad de organizar su mundo de relaciones sociales) como un deber: el deber de ser responsable de cara al quebrantamiento de la norma y, más genéricamente, de responder de las consecuencias del ejercicio de su autonomía (p. 140). Ello conlleva que el ciudadano, en tanto persona, *tiene un deber de mantenerse en situación de competencia*, esto es, de capacidad de culpabilidad: nadie tiene la elección de decidir cuándo ha de aparecer como competente. Esto no implica que la vulneración de dicho deber conlleve la vulneración directa de una norma jurídicopenal, pero sí que la lesión de ese deber muestre que el sujeto era competente y que, por tanto, pueda tratarse como tal (pp. 140-141, 96). Y con ello responde González Rivero al problema de la provocación de un estado defectuoso: la decisión del agente de ponerse a sí mismo en un estado de inimputabilidad (es decir, el quebrantamiento de ese deber de «ser persona») ⁵⁹ conllevará que el Derecho no tendrá en cuenta dicha inimputabilidad y operará en consecuencia, y sólo en los casos (excepcionales) en los que esa situación de inimputabilidad (o análogas) pueda atribuirse a la competencia de un tercero o al azar podrá negarse la responsabilidad del agente, porque sólo en esos casos la imposición de la pena no será necesaria para el mantenimiento del sistema: «Su intento de autodefinirse a través de un estado (cognitivo o extrajurídico) de incapacidad sencillamente no será permitido como autodefinición, continuará siendo tratado como persona» (pp. 141-142).

Hasta aquí la fundamentación de *por qué* pueden legítimamente castigarse los casos con estructura de *alic*. Ahora bien, *¿cómo ha de castigarse?*, ¿bajo qué criterios de imputación? Pues bien, González Rivero rechaza los puntos de partida tanto del modelo de la tipicidad como del modelo de la excepción —si bien coincide con éste en la innecesariedad de un adelantamiento de la tipicidad a la acción precedente—, considerando que ambos responden a un esquema de imputación basado en la comunicación instrumental, que no tiene en cuenta el carácter normativo y obligatorio del «ser persona». Con respecto al modelo

⁵⁹ Lo que considera la autora que es una «autocontradicción del autor, la negación del derecho subjetivo del autor a ser considerado como persona» (p. 142).

de la tipicidad, afirma que desde un sistema normativo de imputación que no se base en las particularidades individuales del sujeto, sino en la persona, «no es necesario un principio específico de coincidencia como emanación del principio de culpabilidad»: dado que injusto y culpabilidad no han de ser concebidos como elementos diferenciados del delito, sino como una unidad de imputación, es impensable no imputar desde el principio de coincidencia; es decir, por evidente resulta superfluo. Con respecto al modelo de la excepción, objeta que no es preciso acoger una imputación extraordinaria para atribuir responsabilidad por lo realizado en la acción «defectuosa», sino que se trata de normativizar el propio concepto de culpabilidad y de imputación... no considerando en realidad como defectuosa la acción realizada (pp. 160-162).

Así, la provocación de una situación defectuosa conlleva la vulneración de un deber de mantenerse competente, y no viene a manifestar con ello sino la afirmación de la competencia del agente, pero ese deber no conlleva la lesión de una norma de conducta —«el deber de ser persona no se infiere de deberes penalmente sancionados, sino de las reglas de imputación propias de la personalidad penal formal» (pp. 163-164)— ni, por ello, la realización del tipo, por lo que no puede verse como el objeto de la imputación (p. 163). Dado que la capacidad de imputación se determina desde, por y según los intereses del sistema penal, será exclusivamente desde el Derecho penal desde donde emanará si la anulación de determinadas capacidades debe ser tenida excepcionalmente en cuenta o no; por ello, «la acción precedente no es ni fundamento ni objeto de imputación, sino que manifiesta la imputación del *posterior* hecho punible a través de la afirmación de la capacidad de imputación» (p. 164).

II. Si hubiera que ubicar la concepción de González Rivero bajo uno de los modelos estudiados hasta ahora, el candidato más cercano sería el modelo de la excepción. En este sentido, a primera vista podría afirmarse que mientras del modelo de la tipicidad son rechazadas tanto la fundamentación como sus consecuencias, con respecto al modelo de la excepción sólo parece rechazar, en principio, la fundamentación, pero coincide en sus consecuencias. Así, el momento determinante para el surgimiento de la conducta penalmente relevante es la fase defectuosa: es en ese momento cuando comienza la realización típica y cuando, por tanto, tendremos que hallar el comienzo de la tentativa, puesto que sólo entonces se producirá el quebrantamiento de la norma de conducta. De igual modo, y por ello, la presencia de dolo o imprudencia en la fase de provocación será irrelevante para la configuración del tipo subjetivo del hecho punible, siendo inne-

cesario un doble dolo (p. 171): lo único relevante es que la producción del estado defectuoso sea imputable al agente (y no a un tercero o al azar). No obstante, en realidad esa diferente fundamentación arrojará también diferencias con el modelo de la excepción en el tratamiento de los casos, pudiendo llegar en ocasiones a un menor ámbito de punibilidad, pero siendo, por lo general, y a mi modo de ver, más extensiva, y ello porque ni siquiera considerará necesaria la presencia de una vinculación subjetiva entre la provocación del estado defectuoso y la posterior realización de la acción lesiva. Pero vayamos por partes.

En cuanto al plano de la fundamentación, las similitudes con el modelo de la excepción son en realidad notables. Así, ese deber de ser persona, de mantenerse competente, remite directamente a lo que en la concepción de Hruschka⁶⁰ se configura como la lesión de la *obligación*, que de igual modo viene definida como la obligación de mantenerse en situación de culpabilidad de cara al respeto de las normas de conducta. La única diferencia es que mientras Hruschka afirma que esa obligación se infiere de la norma de conducta —apareciendo, si así quiere expresarse, como un deber previo que a su vez protege el deber de no lesionar un interés ajeno (norma de conducta), en tanto sólo el cumplimiento del primer deber posibilitará la motivación en el respeto al segundo—, González Rivero niega tajantemente todo anclaje *penal* a ese deber de ser persona, en tanto afirma que ese deber de ser persona no emana de una norma penal, sino «de las reglas de imputación de la personalidad jurídicopenal formalmente configurada» (pp. 163-164). Ciertamente es que ese deber lo vincula a las necesidades de mantenimiento del sistema —sin personas responsables, digámoslo así, no exis-

⁶⁰ Genéricamente expresado, la concepción de Hruschka en la que basa la idea de la «imputación extraordinaria» —aplicable no sólo a los supuestos de *alic*, sino asimismo a la imprudencia (considerada como un subrogado del dolo ausente)— se apoya en la distinción entre deberes (*Pflichten*) y obligaciones (*Obliegenheiten*), considerando que mientras la infracción de los deberes, en cuanto normas de conducta dirigidas a la evitación de lesiones de bienes jurídicos, da lugar a un injusto típico, la vulneración de las obligaciones no fundamentan directamente la contrariedad a Derecho, sino que permiten la imputación de responsabilidad por operar dicha vulneración como subrogado de un requisito de imputación ausente. Así, por ejemplo, en la *alic* la obligación consistiría en mantenerse en situación de culpabilidad (esto es, en situación de poder respetar el deber de conducta), de modo que su previa vulneración permitirá afirmar la culpabilidad aun cuando posteriormente, cuando se produce la acción lesiva del bien jurídico, ésta está ausente. *Cfr.* HRUSCHKA, AT, p. 289 ss., 416 s.: «Las obligaciones pueden determinarse como aquellos mandatos o prohibiciones cuya lesión, si bien no es como tal castigada, se configura como una condición para la posibilidad para tomar en cuenta la punibilidad por la infracción de un deber».

te sociedad—, pero si ello ha de derivar de las necesidades del sistema penal (que se presupone autorreferente), ese deber de mantenerse competente sólo podrá justificarse *funcionalmente* en tanto de su quebrantamiento pueda derivar el riesgo de la realización de acciones delictivas, esto es, de acciones con potencial comunicativo para poner en duda la identidad normativa, por lo que sólo podrá inferirse de las normas que prohíben dichas acciones socialmente lesivas, protegidas por la sanción penal. En otras palabras, dado que la vulneración de ese deber de ser persona sólo adquiere trascendencia comunicativa (penal) en tanto pueda debilitar el grado de motivación fiel a Derecho, el mismo sólo podrá emanar de las normas que regulan las conductas comunicativamente relevantes: penalmente relevantes, tal como plantea el modelo de Hruschka. Es más, considero que sólo será legítimo en tanto se derive *funcionalmente* de ellas, porque sólo entonces podrá ser asumido como un medio para el fin de evitar la lesión de la vigencia de las normas; de lo contrario, y aún obviando la cuestión relativa a la génesis de esos deberes desde un plano positivista, y no iusnaturalista, nos encontraríamos ante la obligatoriedad de ser «persona» como un fin en sí mismo. En suma, si ese deber de mantenerse competente es sinalagma del derecho a la libertad de organizar, sólo debería surgir cuando con su vulneración se temiera o *previera* un mal uso de esa libertad, a través del menoscabo de la libertad ajena.

En cualquier caso, el mecanismo con que opera la concepción de González Rivero con relación a las exigencias del principio de coincidencia es el mismo que el del modelo de la excepción patrocinado por Hruschka: servirse de la ficción del «como si» para considerar que quien realiza una acción lesiva en estado de inimputabilidad o ausencia de acción debe ser penalmente tratado *como si* hubiera actuado responsablemente, tal como vimos que hacía Díaz Pita. Con ello el principio de coincidencia no se salva, sino que se ignora, y, por tanto, se vulnera. Y en nada modifica ese hecho la afirmación de que en realidad dicha exigencia es perfectamente satisfecha porque injusto y culpabilidad han de fusionarse y porque en realidad la vulneración del deber de ser persona producida en la fase de provocación no es tampoco *fundamento* de la imputación, sino sólo la confirmación de la competencia del sujeto. El hecho indudable es que esa competencia, que consiste en la capacidad del agente para decidir acerca del quebrantamiento de la norma, no está presente en el momento en que se afirma el injusto, por lo que se vulnera frontalmente la exigencia recogida tanto en el CP como en el StGB de que el sujeto ha de actuar «competentemente» *al tiempo de la infracción penal*.

El problema de fondo, a mi entender, radica en que la extrema normativización de los conceptos —«competencia», «persona», etc.— de que parte esta autora y su consiguiente vaciamiento de referentes fácticos —del hecho y del sujeto— permite, dada su menor fuerza intencional, dotar de mayor abstracción a los mismos, y perfilar su significado al antojo de quien los maneja, pero a costa de un déficit de concreción y, por ello, dado que de criterios de imputación de responsabilidad hablamos, de un menor sometimiento a las exigencias garantísticas plasmadas en los ordenamientos. En este caso, ello lleva, como afirma Jakobs del modelo de la excepción⁶¹, a una «ficción de la responsabilidad»⁶², en tanto el substrato fáctico que permite afirmar la imputabilidad/inimputabilidad es tenido en cuenta jurídicopenalmente sólo en virtud de las necesidades de estabilización del sistema. Como muestra, valga el siguiente botón: afirma la autora que desde su concepción el principio de culpabilidad no se ve mermado, «ya que en los casos de imputación penal del hecho de un autor ebrio se trata de una culpabilidad jurídico-penal y no de capacidades “naturalísticas”» (p. 197). Dada su circularidad, con el mismo argumento podría castigarse a un menor de edad, a quien está inmerso en un error invencible de prohibición o a un oligofrénico profundo... porque se trata de una culpabilidad jurídicopenal y no de capacidades «naturalísticas» y esa culpabilidad se decide, cuando conviene funcionalmente, *al margen* de éstas. Con ello, en suma, el principio de culpabilidad se funcionaliza según necesidades preventivas y pierde su anclaje deontológico, es decir, su potencialidad limitadora de la punición⁶³.

En cualquier caso, hemos de volver todavía a las diferentes consecuencias que la teoría de esta autora ha de llevar incluso frente al modelo de la excepción, las cuales, como se había anticipado, pueden incluso conllevar un mayor ámbito de punibilidad. Esas diferencias vienen dadas porque González Rivero, a diferencia del modelo de la excepción, considera innecesaria la previsión o previsibilidad de la realización posterior de la acción típica en estado de inimputabilidad o ausencia de acción para asignar responsabilidad por la misma (pp. 163, 199 ss.). Sabido es que el modelo de la excepción, si bien no hace depender el

⁶¹ Crítica de la que González Rivero se considera acreedora, al plantearla como una posible objeción a su concepción: *vid.* GONZÁLEZ RIVERO, *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 219, nota 83.

⁶² JAKOBS, PG, 17/58a. Recordemos que Díaz Pita asumía expresamente esa ficción.

⁶³ Para una crítica a esa funcionalización teleológica de principios deontológicos *cfr.* ALCÁCER GUIRAO, ADPCP 1999, pp. 195-196.

grado de responsabilidad subjetiva —dolo o imprudencia— de la acción típica de la previa existencia de dolo o imprudencia en la fase de provocación, sí exige, en todo caso, que la misma hubiera sido previsible en dicha fase para poder aplicar esa imputación extraordinaria y castigar, con ello, la acción⁶⁴. En cambio, González Rivero prescinde de dicha vinculación entre ambas fases y considera punible la acción realizada en situación de inimputabilidad aun cuando en la fase de provocación la misma hubiera sido imprevisible, conformándose con que la situación defectuosa pudiera atribuirse a la competencia del agente. Ello le lleva, entonces, a concluir que en realidad *la figura de la actio libera in causa es innecesaria*, por cuanto para castigar no es precisa esa estructura de conexión subjetiva entre ambas fases (p. 201).

A mi modo de ver, esa diferencia con el modelo de la excepción trae causa en el hecho de que González Rivero, frente a lo propuesto por los defensores del citado modelo, no vincula ese deber de mantenerse competente a las normas penales de conducta, por lo que no es necesario, entonces, que con ocasión del mismo haya de ser previsible para el autor la posterior realización de una acción contraria a las mismas. Así, mientras Hruschka afirma que el contenido de la obligación (cuya vulneración operará como subrogado de la inexistente culpabilidad) rezaría como sigue: «Está prohibido ponerse a sí mismo en un estado de embriaguez relevante para el § 20, cuando existe el peligro —objetivamente contemplado “ex ante”— de que el embriagado realizará en ese estado un hecho típico y antijurídico»⁶⁵, para González Rivero esa exigencia de previsibilidad es innecesaria: se quebranta el deber de «ser persona» en el momento en que la creación de la situación defectuosa pueda ser atribuida a la esfera de organización del agente; y dicho quebrantamiento posibilita ya tratarle *como si* hubiera actuado culpablemente en cualquier acción típica realizada posteriormente, incluso aunque su realización resultara imprevisible en la fase de provocación. Con ello, por lo demás, se pierde el margen de legitimación que a la imputación de responsabilidad en estos supuestos pudiera aportar la idea del fraude de ley o del abuso de Derecho (planteada, como vimos, por varios autores dentro del modelo de la excepción), toda vez que se prescinde de un nexo instrumental entre ambos momentos.

⁶⁴ No obstante, y como ya se ha puesto de manifiesto, el carácter doloso o imprudente dependerá enteramente de la representación subjetiva del agente en *la fase defectuosa*, con los problemas que, entre otros aspectos, ello conlleva para su traslación a los supuestos de *alic* por ausencia de acción, dado que sin acción es imposible establecer distinciones entre dolo o imprudencia.

⁶⁵ HRUSCHKA, AT, p. 289. Cursivas añadidas.

A ello debe unirse que la desvinculación del agente de su estado defectuoso —cuando sea imputable al azar⁶⁶ o a un tercero— sólo se dará en casos excepcionales, tales como que ese estado sea de larga duración (p. 179 s.), o que se deba a motivos razonables para el Derecho o de necesidad (pp. 184 s.). Así, por ejemplo, en los casos de ingesta de alcohol, la atribución de la competencia por la embriaguez dependerá de la razonabilidad de los motivos: quien se emborracha por tristeza, aburrimiento, soledad, etc., no quedará desvinculado de ese estado defectuoso, y será responsable de todo lo que realice inmerso en el mismo; y ello porque «la razón o el motivo de la creación del estado defectuoso no puede ser considerado como fruto del azar, debido a su carácter habitual: es el autor quien debe hacerse cargo de esos «motivos cotidianos». Inversamente, sólo cuando exista un motivo «razonable», que pueda ser positivamente valorado por el Derecho, podrá el agente ser excepcionalmente dispensado de su competencia por el mismo. Así, por ejemplo, cuando la ingesta de alcohol se realice para mitigar los dolores de una operación y no haya otro medio narcótico para ello (p. 193). Con ello, afirma la autora, puede llegarse a la impunidad en casos en los que la doctrina mayoritaria afirmarí el castigo, por cuanto aunque en ese caso fuera previsible la posterior acción lesiva, no se atribuiría responsabilidad. No obstante, esa reducción de la responsabilidad sólo operaría en casos muy poco frecuentes —como el que por ejemplo maneja— y, sin embargo, los casos más habituales de embriaguez: aquéllos en los que se bebe, digámoslo así, sin motivo «razonable», serían considerados irrelevantes, y podría castigarse al agente por *todo* lo realizado posteriormente en dicho estado. Con ello, en suma, se produce una drástica reducción del campo de aplicación de las eximentes que, por ser contraria a reo, resulta difícilmente legítima. Por lo demás, esa supuesta reducción de la punibilidad sólo operaría en el ámbito de la *alic* imprudente, dado que en la *alic* dolosa se castigaría de igual modo que la doctrina mayoritaria, puesto que no podría ser nunca valorado positivamente por el Derecho la ingesta de alcohol *para* delinquir o asumiendo esa eventualidad. E, incluso en el ámbito de los supuestos de imprudencia, muchos de los ejemplos manejados por la autora —así, el de quien consume determinadas sustancias en el marco de un programa de deshabitación (p. 185)— podrían quedar asimismo impunes desde las tesis mayoritarias, si se configuran como supuestos de estado de necesidad y la ponderación de

⁶⁶ Por supuesto, el concepto de azar tampoco debe entenderse desde el lenguaje cotidiano, sino en un sentido normativo: *vid.* GONZÁLEZ RIVERO, *Strafrechtliche Zurechnung*, pp. 189 s.

males se efectúa teniendo en cuenta el grado de probabilidad de acaecimiento de los mismos.

En conclusión, y más allá del mayor o menor ámbito de punibilidad a que esta concepción puede llevar con respecto al resto de las soluciones aportadas por la doctrina, a mi modo de ver el problema esencial de esta concepción es el mismo que el del modelo de la excepción: vulneración del principio de culpabilidad; y ello no sólo en relación con el principio de coincidencia —insoslayable siquiera sea por su plasmación legal— sino al propio principio material de culpabilidad, toda vez que incluso prescinde del nexo de imputación subjetivo entre la provocación del estado defectuoso y la posterior acción lesiva. En otras palabras, desde la concepción de González Rivero ni siquiera se condena en virtud de una *culpa antecedens*, sino que castiga acciones realizadas en estado de inimputabilidad o de ausencia de acción, aunque éstas fueran imprevisibles, sólo en virtud de que esa situación defectuosa para la imputación de responsabilidad se haya producido por el agente en virtud de motivos poco razonables para el Derecho. Resulta sorprendente, así, que la autora afirme que con su punto de vista «no se atenta contra el principio de culpabilidad, ni tampoco conlleva una pena por el azar», y que lo justifique afirmando que «no puede hablarse de una imputación en virtud del azar, ya que no se trata de una imputación basada en reglas de causalidad, sino de una atribución según reglas normativas» (pp. 201-202). A mi modo de ver, ello no justifica nada, por cuanto esas reglas «normativas» pueden estar basadas en la mera vinculación causal, tal como es el caso.

Termino: en un Estado liberal, en el que las restricciones de la libertad de actuar sólo pueden estar legitimadas en virtud del aseguramiento de la libertad ajena, no cabe un «deber de ser persona» —un deber de mantenerse en situación de capacidad de responsabilidad penal— sino cuando de esa incapacidad pueda *preverse* una lesión de la libertad ajena, porque sólo entonces se legitima el deber y la sanción de la acción posterior, en tanto se respeta al menos la idea rectora de la culpabilidad por el hecho⁶⁷. Tal es la idea de fondo que legitima el castigo de los supuestos de *alic*; a sensu contrario, si no se da esa estructura, es decir, si no hay vinculación alguna de previsibilidad (de imputación subjetiva) entre la acción de provocación y la acción lesiva, el

⁶⁷ En este sentido, los intentos de la doctrina mayoritaria dirigidos a legitimar el (a mi juicio ilegítimo) parágrafo 323a StGB (*Vollrauschtatbestand*) se han basado precisamente en afirmar ya con la autopuesta en estado de embriaguez plena un *peligro*, siquiera abstracto, para los bienes jurídicos; esto es, una potencial merma de la libertad ajena (*vid.* por todos KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, pp. 332 ss.).

castigo de esta última carece de anclaje alguno con una decisión responsable del agente, por lo que vulnera flagrantemente el principio de responsabilidad personal.

Bibliografía citada

- ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión del bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito*, 2003.
- *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*, 2001.
- *Facticidad y normatividad*, ADPCP 1999, pp. 177 ss.
- *Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política*, ADPCP, 1998.
- ALONSO ÁLAMO, M., *La acción «libera in causa»*, ADPCP 1989, pp. 55 ss.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho penal*, 1998, 5.ª edición.
- BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1995, 10.ª edición.
- BOLEA BARDÓN, C., *La autoría mediata en Derecho penal*, 2000.
- COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte General*, 1996, 4.ª edición.
- DEMETRIO CRESPO, E., *La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa*, 2003.
- DÍAZ PITA, M. M., *Actio libera in causa, culpabilidad y Estado de Derecho*, 2002.
- ESER, A./BURKHARDT, B., *Derecho Penal*, 1995.
- FARRÉ TREPAT, E., «Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la actio libera in causa», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIII, 1990, pp. 43 ss.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J., *Homicidio y lesiones imprudentes: Requisitos y límites materiales*, 1999.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Derecho Penal, Parte General. Teoría jurídica del delito*, 1984.
- GONZÁLEZ RIVERO, P., *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen. Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Zurechnungslehre*, 2001.
- HERZBERG, R. D., *Gedanken zur actio libera in causa: Straffreie Deliktsvorbereitung als «Begehung der Tat» (§§ 16, 20, 34 StGB)?*, Spindel-FS, 1992, pp. 203 ss.
- HETTINGER, M., *Die «actio libera in causa»: eine unendliche Geschichte?*, Geerds-FS, pp. 1995, pp. 623 ss.
- HIRSCH, H.-J., *Zur actio libera in causa*, Nishihara-FS, 1998, pp. 88 ss.
- *Anwendbarkeit der Grundsätze der actio libera in causa*, NStZ 1997, pp. 230 ss.

- HORN, E., *Actio libera in causa — eine notwendige, eine zulässige Rechtsfigur?*, GA, 1969, pp. 289 ss.
- HRUSCHKA, J., *Die actio libera in causa- speziell bei § 20 StGB mit zwei Vorschlägen für die Gesetzgebung*, JZ 1996, pp. 64 ss.
- *Strafrecht nach logischer-analytischer Methode*, 1988, 2.^a edición.
- *Methodenprobleme bei der Tatzurechnung trotz Schuldunfähigkeit des Täters*, SchwZStr 90 (1974), pp. 48 ss.
- *Der Begriff der actio libera in causa und die Begründung ihre Strafbarkeit*, JuS 1968, pp. 554 ss.
- JAHNKE, L. K., StGB § 20, 1993 (11.^a edición).
- JAKOBS, G., *Die sogenannte actio libera in causa*, Nishihara-FS, 1998, pp. 105 ss.
- *Derecho Penal. Parte General*, 1997, 2.^a edición.
- JEROUSCHEK, G., *Tatschuld, Koinzidenzprinzip und mittelbar-unmittelbare Täterschaft*, Hirsch-FS, 1999, pp. 241 ss.
- *Die Rechtsfigur der actio libera in causa: Allgemeines Zurechnungsprinzip oder verfassungswidrige Strafbarkeitskonstruktion?*, JuS 1997, pp. 385 ss.
- JOSHI JUBERT, U., *Actio libera in causa y delitos cometidos bajo la influencia de las drogas: una nueva orientación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, LL 1994, pp. 1097 ss.
- *La doctrina de la «actio libera in causa» en Derecho penal*, 1992.
- KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989.
- LACKNER, K./KÜHL, K., StGB, 1997, 22.^a edición.
- MORALES PRATS, F., *Comentarios*, en Quintero Olivares (director), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 2000, 2.^a edición, pp. 139 ss.
- NEUMANN, U., *Zurechnung und «Vorverschulden»*, 1985.
- OCTAVIO DE TOLEDO, E./HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal. Parte General*, 1986, 2.^a edición.
- OTTO, H., *Die actio libera in causa*, Jura 1980, pp. 426 ss.
- PAEFFGEN, H.-U., *Actio libera in causa und § 323a StGB*, ZStW 97 (1985), pp. 513 ss.
- PUPPE, I., *Grundzüge der actio libera in causa*, JuS 1980, pp. 346 ss.
- QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F./PRATS CANUT, M., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 3.^a edición, 2002.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Síndrome de abstinencia y actio libera in causa*, PJ 1989, pp. 129 ss.
- RÖNNAU, T., *Grundstruktur und Erscheinungsformen der actio libera in causa*, JA 1997, pp. 533 ss.
- ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil, I*, 1997 (3.^a edición)
- *Observaciones sobre la actio libera in causa*, ADPCP 1988, pp. 21 ss.

- *Der Anfang des beendeten Versuchs*, Maurach-FS, 1972, pp. 213 ss.
- SCHILD, W., AK StGB, § 20, 1990.
- SCHLÜCHTER, E., *Zur vorsätzlichen actio libera in causa bei Erfolgsdelikten*, Hirsch-FS, 1999, pp. 345 ss.
- SCHÜNEMANN, B., «La culpabilidad: Estado de la cuestión», en ROXIN/JAKOBS/SCHÜNEMANN/FRISCH/KÖHLER, *Sobre el estado de la teoría del delito*, 2001, pp.91
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La embriaguez atenuante o eximente en el delito del 340 bis a) 1.º (A la vez, algunas observaciones sobre la doctrina de la “actio libera in causa”)», RDC 1988, pp. 168 ss.
- *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986.
- SILVA SÁNCHEZ/BALDÓ LAVILLA/CORCOY BIDASOLO, *Casos de la Jurisprudencia Penal con comentarios doctrinales. Parte General*, 1997 (2.ª edición).
- SPENDEL, G., *Actio libera in causa und kein Ende*, Hirsch-FS, 1999, pp. 379 ss.
- *Actio libera in causa und Verkehrsstraftaten*, JR 1997, pp. 133 ss.
- STRATENWERTH, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 2000, 4.ª edición.
- STRENG, F., «*Actio libera in causa*» und Vollrauschstrafbarkeit-rechtspolitische Perspektiven, JZ 2000, pp.20 ss.
- *Der neue Streit um die «actio libera in causa»*, JZ 1994, pp. 709 ss.
- WOLTER, J., «Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld? Zugleich ein Beitrag über zum “Strafgrund der Vollendung”», Leferenz-FS, 1983, pp. 545 ss.