Principio de culpabilidad y *actio libera in causa*. En defensa de su regulación legislativa

Francisco Castillo González

Sumario: **I**. Introducción **II**. Casos de *alic*[1] en el derecho penal moderno **1**. Casos que no pertenecen a la *alic* **2**. Casos donde se plantea el problema de la *alic* **III**. Sistemas ideados para solucionar el problema de la *alic* **IV**. Conclusiones

I. Introducción

N. 1.- Si A se embriaga dolosamente con la intención de matar a B en estado de incapacidad de entender y de querer, el sentimiento elemental de justicia nos dice que A debe ser castigado como autor de un homicidio doloso.

En el derecho canónico y los derechos particulares de la Edad Media, partiendo de la teoría de la imputación tomista[2], se estableció el principio de que el agente respondía por los hechos cometidos en estado de incapacidad cuando él, libremente en estado de capacidad, hubiera establecido la causa para el hecho realizado en estado de incapacidad. Esta teoría, denominada originalmente *actio libera in causa sive ad libertatem relata* y que se abrevió a la denominación *actio*

1 Entiéndase por «*alic*» en el texto a la *actio libera in causa*.

2 De Aquino, «Summa Theologica», I-II q 77 a 7 c.

libera in causa[3], postula la imputación de un comportamiento que, en el punto temporal de la realización, es decir *in actu*, no es libre pero que nace de una acción libre y responsable del agente, es decir, de una resolución libre como *causa libera*[4].

La idea de los canonistas fue retomada por los prácticos italianos, quienes desarrollaron las *actiones liberae in causa*[5]. Así por ejemplo, De Vitalis estableció el principio de que no se castiga al ebrio si delinquió, excepto que se haya embriagado dolosamente. La misma idea fue desarrollada por Farinacio, Bartolo, Socino y Tiraquello[6].

La solución de los canonistas y de los prácticos italianos no presentó mayores problemas hasta la segunda mitad del siglo XVIII (1776). En esa época no existía el principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*) ni existía el principio de culpabilidad (*nulla poena sine culpa*). La represión se estructuraba a través del principio del *versari in re illicita*. Puesto que embriagarse era un ilícito, de acuerdo al principio del *versari in re illicita*, el agente respondía de las consecuencias de su hecho ilícito. El juez era el encargado de establecer el delito y de fijar la pena. De modo que se estaba frente a un hecho culpable cuando aquel era cometido en estado preordenado de falta de entender y de querer; por lo que podía ser sancionado arbitrariamente por el juez si le parecía merecedor de pena, recurriendo a los principios del derecho natural.

II. Casos de *alic* en el derecho penal moderno

N. 2.- La vieja *alic* tuvo que enfrentarse a los cambios ocurridos en el derecho penal moderno. Entre los cambos más importantes que afectaron a la *alic*, encontramos la asunción —por el derecho penal— de los principios de legalidad y de culpabilidad. Conforme a ambos principios, una acción, para ser castigada como delito debe ser, en el momento de los hechos, típica, antijurídica y culpable.

1. Casos que no pertenecen a la *alic*

N. 3.- En el derecho penal moderno, se modificaron los criterios de imputación de los hechos culposos. La imputación de un hecho culposo parte del principio de que al autor puede imputársele un resultado como su obra si él, de manera antijurídica y previsible, creó un peligro para el bien jurídico o lo elevó. Asimismo, dicho peligro debe realizarse en el resultado. De modo que la construcción de la *alic* culposa es

3 En adelante, será designada mediante la abreviatura «*alic*».
4 Paeffgen 1985: 511 ss.; Hettinger 1989: 1.
5 Engelmann 1895: 29; Kuhn-Päbst 1984: 12 ss.
6 Díaz Palos 1965: 187; Kuttner 1935: 122 ss.

innecesaria ya que cuando el agente se coloca, dolosa o culposamente, en estado incapacidad de entender y de querer, dicho acto es ya un hecho violatorio al deber de cuidado, en el cual el peligro creado se realiza en el resultado[7].

N. 4.- Es innecesaria la construcción de la *alic* en los delitos de omisión impropia cuando un garante produce su propia incapacidad de acción para no realizar en el momento debido la acción mandada. Puede ocurrir que el agente excluya dolosamente su propia libertad de decisión a pesar de realizar un comportamiento cuasimaquinal (por ejemplo, dormir)[8]. Esta incapacidad de acción puede darse en la forma de acción (la madre que, queriendo asfixiar a su hijo recién nacido durante el sueño a causa de su mal dormir, lo acuesta consigo y lo asfixia) o de omisión (el guardavías, con la intención de producir un choque de trenes, se deja vencer por el sueño para no estar despierto en el momento en que jurídicamente debía actuar y cambiar las vías). Una segunda forma de incapacidad de acción ocurre cuando el agente, que conserva la posibilidad de construir una libre decisión, con el fin de realizar el tipo penal se coloca en tal estado que no puede realizar la libertad libremente construida. Esta incapacidad de acción puede generar solamente una omisión impropia, pero no un delito cometido mediante acción ni en un delito de omisión propia[9]. Un caso de un delito de omisión impropia por incapacidad de realizar la voluntad se presenta, por ejemplo, cuando el guardavía se hace amarrar a un árbol para no poder cambiar las vías en el momento de llegada de los trenes. Ponerse dolosamente en estado de incapacidad con la finalidad de no realizar la acción debida es una acción típica, antijurídica y culpable, pues esa acción precedente es ya un comienzo de ejecución[10], en tanto que le permite al sujeto pasar inmediatamente —y sin acciones intermedias— a la realización de la

7 Entre otros, Bockelmann/Volk 1987: 119; Lackner/Kühl 2001: § 20, N. 28; Salger/Mutzbauer 1993: 561 ss. (562); Rudolphi 2005: § 20, N. 33; Streng 2000: § 20, N. 14; Lenckner/Perron, en Schönke/Schröder/2001: § 20, N. 38; Thilmann 2007: 225 ss.; Tröndle/Fischer 2001: § 20, N. 21; Wessels/Beulke 1999: N. 420; Fahnenschmidt/Klumpe 1997: 77 ss.; Haft 2004: 135; Hardtung 1997: 97 ss., 101; Horn 1969: 289 ss.; Horn 1997: 264 ss., 265 ss.; Puppe 1980: 346 ss. (350); Hettinger 1989: 1 ss., 11; Mutzbauer 1997: 599 ss., 602; Otto 1986: 426 ss., 433 ss.; Otto 1999: 217 ss.; Otto 2004: § 13, N. 32; Paeffgen 1985: 513 ss., 524; Rath 1995: 405; Rönnau 1997: 99 ss.; Rönnau 1997: 707 ss.; Roxin 1987: 307 ss., 312; Thilmann 2007: 226.

8 Schwinghammer 1966: 53.

9 Schwinghammer 1966: 54.

10 Véase en igual sentido, Venditi 1957: 555 ss.; Zaffaroni/Alagia/Slokar 2002: 705, en donde se dice: «La *alic* se ha defendido también apelando a ejemplos de tipicidad omisiva. *En rigor, es verdad que cuando el sujeto se coloca en una situación que le impide realizar la acción debida, incurre con ello en un acto que por lo menos, es de tentativa*. Pero para afirmar esto basta con referirse a la estructura típica omisiva, sin que juegue en ello ningún papel la teoría de la *alic*. *Hay directamente un acto de tentativa cuando quien, requiriendo cierta precisión de movimientos para la realización de la conducta debida, se procura un estado que le impone absolutamente la misma*» (cursivas nuestras).

acción (u omisión) típica[11]. Los casos en que la doctrina asume una *alic* dolosa en la «*omissio libera in causa*» pueden ser resueltos aplicando las reglas generales de imputación de los delitos de omisión impropia sin necesidad de la construcción de la *alic*.

2. Casos en donde se plantea el problema de la *alic*

N. 5.- Las formas de *alic* que importan en materia penal son las dolosas en los delitos comisivos de resultado y en los delitos omisivos impropios de resultado, cuando el agente produce su propia incapacidad de acción[12]. Los casos de *alic* dolosa son los siguientes:

(1) La exclusión por emociones de la capacidad de entender, querer o determinarse de acuerdo con dicho entendimiento. Las emociones (temor, miedo, cólera, etc.) pueden producir una grave perturbación de la conciencia, si por sus efectos sobre la capacidad de entender o de querer —o sobre la capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión— estas emociones afectan el núcleo de la personalidad, es decir, si producen el desgarre de las estructuras de orden del pensamiento y el proceso de construcción de la voluntad[13]. Para que ello se produzca es necesario que el estado emotivo bajo el cual el agente comete el delito sea de tal intensidad que su efecto sobre la capacidad de entender o de querer se equipare a una enfermedad mental[14]. Conforme a lo anterior, deben eliminarse como productores de inimputabilidad o de imputabilidad disminuida los trastornos de conciencia por afectos que se mantienen dentro de los márgenes

11 Deiters 2002: 121 ss., 134.

12 Es imaginable una *alic* dolosa en delitos de mera actividad y en delitos de peligro abstracto, pero ella no tiene relevancia. Por ejemplo, el testigo, mientras espera ser llamado a declarar se toma el último trago en estado de capacidad antes de ponerse en estado de incapacidad. Lo anterior no es una tentativa de falso testimonio. Por otro lado, es muy dudoso que una declaración testimonial dada en estado de inimputabilidad sea materialmente una declaración testimonial. Igualmente, si un testigo produce su propia incapacidad de acción para no dar su declaración —por ejemplo, se hace amarrar antes de la audiencia para no concurrir a ella— no hay falso testimonio porque no hubo declaración testimonial, este testigo podría ser sancionado por no asistir a la audiencia si fue legalmente citado. Lo mismo puede decirse de otros delitos dolosos de acción. Por ejemplo, el delito de conducción temeraria (art 254 bis del Código Penal costarricense) tiene, entre sus modalidades, conducir un vehículo en estado de ebriedad cuando esta alcance una concentración de 0,75 gramos de alcohol por cada litro de sangre. Sería un absurdo que el agente se ponga dolosamente en estado de incapacidad, mediante el consumo de alcohol, para conducir en estado de incapacidad.

13 Tröndle/Fischer 2001: § 20 10b.

14 Tröndle/Fischer 2001: § 20, N. 10 b.

de lo normal[15]. Suele distinguirse entre emociones asténicas (que producen en el sujeto miedo, temor, depresión, etc.) y emociones esténicas (que producen efectos agresivos tales como cólera, deseo de venganza, etc.)[16]. Sea cual fuere el tipo de emoción que afecta al sujeto en el momento de la comisión del hecho, y que produce la exclusión de la imputabilidad (o de la imputabilidad disminuida), se requiere que el afecto no haya sido causado culpablemente por el autor[17] para excluir la imputabilidad. Para determinar lo anterior, debe verse la génesis del afecto inmediatamente desencadenante, de modo que si el agente podía, a partir de la génesis del afecto, impedir el afecto y el hecho cometido en estado pasional, es que este era previsible y no puede concedérsele ni la inimputabilidad y la imputabilidad disminuida[18]. En tal situación se le aplican las reglas de la *alic*, de modo que el agente responde si pudo prevenir el hecho dependiente de la emoción. La cuestión del efecto de los afectos sobre la imputabilidad no depende de datos empíricos sino que debe resolverse en el ámbito normativo[19].

(2) Puede ocurrir que el sujeto se embriague o se drogue para cometer el delito en estado de incapacidad de entender, querer o determinarse de acuerdo con esa comprensión. El alcohol y las drogas limitan la facultad de inhibición (comportarse de acuerdo a la comprensión de lo injusto) pero, por regla general, dejan intacta la capacidad de entender el carácter ilícito del hecho[20]. Para apreciar los efectos del alcohol o las drogas como causa de inimputabilidad, deben tenerse en cuenta los siguientes elementos:

a) Realizar el hecho bajo los efectos del licor o de las drogas no es por sí solo indicativo de la existencia de una incapacidad de entender, querer o determinarse de acuerdo con esa comprensión. Solamente cuando el estado de intoxicación alcanza cierto grado puede afirmarse que el agente se encuentra en estado de incapacidad. La doctrina extranjera ha fijado

15 Roxin 1994: N. 13.

16 El Proyecto peruano sigue otro sistema. Así, el artículo 20, inciso7 dice que se excluye la responsabilidad a quien «obra por miedo insuperable». También el Código Penal español vigente (artículo 20, inciso 6) y la mayoría de los códigos latinoamericanos, por ejemplo, el Código Penal colombiano vigente, artículo 32, Nº 9), consideran como causa de exclusión de la responsabilidad «el miedo insuperable». El miedo insuperable es una emoción asténica, pero no es la única. Pareciera que este Proyecto no toma en cuenta, aunque causen inimputabilidad, las emociones esténicas (odio, cólera, venganza, deseos de pelear, etc.).

17 BGH 3 194, BGH MDR 53 146.

18 Geilen 1972: 173 ss., 192; Jähnke 2005: § 20, N. 60, 86; Jescheck/Weigend 1996: § 40, III 2 b; Krümpelmann 1987: 191 ss., 217; Rudolphi 1974: 199 ss., 206; Tröndle/Fische 2001: § 20, N. 10 b.

19 Behrendt 1983: 11.

20 Lenckner/Perron, en Schönke/Schröder 2001: § 20, N. 16.

3 gramos de alcohol por litro de sangre para asumir inimputabilidad y 2 gramos de alcohol en la sangre para asumir la imputabilidad disminuida, convención que nosotros aceptamos. En el caso de la intoxicación con drogas, se parte un criterio equivalente al del alcohol en la sangre. Cuando el sujeto que está bajo los efectos de las drogas ha alcanzado una intoxicación similar a 3 gramos de alcohol por litro de sangre se encuentra en estado de inimputabilidad; y cuando ha alcanzado un estado similar a 2 gramos de alcohol en la sangre se encuentra en estado de imputabilidad disminuida. Cuando el sujeto culposamente se ha puesto en estado de incapacidad de entender o de querer o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, y en dicho estado de incapacidad comete el delito, el hecho es culposo y se rige por las reglas generales del delito culposo. *Solamente cuando el agente se ha puesto dolosamente en estado de incapacidad para cometer el hecho delictivo, se plantea el problema de la alic.*

b) No se plantea el problema de la *alic* cuando el agente se ha puesto dolosamente en estado de incapacidad, y la intoxicación alcohólica o de drogas activa una lesión cerebral que le ocasione el estado de incapacidad. Este caso debe resolverse, no por la provocación de una grave perturbación de la conciencia, sino por la existencia de una enfermedad mental.

N. 6.- En delitos de comisión que comportan un resultado, si el agente ha cometido el hecho por efectos previsibles y controlables que él dolosamente no quiso controlar a fin de cometer el resultado en estado de incapacidad o si el agente dolosamente se pone en estado de incapacidad por el consumo de drogas, de alcohol o de otras sustancias para en tal estado realizar el resultado, se plantea el hecho de si el acto anterior al estado de incapacidad («*actio praecedens*») es una acción típica, antijurídica y culpable.

III. Sistemas ideados para solucionar el problema de la *alic*

N. 7.- Las legislaciones modernas se dividen con relación al problema de la *alic* en dos grupos. Unas regulan expresamente la figura de la *alic*. Este sistema es seguido en códigos penales vigentes como el español[21], el italiano[22] y

21 El Código Penal español vigente señala en su artículo 20, inciso 1: «… el trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer un delito o hubiera previsto o debido prever su comisión»

22 El Código Penal italiano señala en su artículo 87: «La disposizione della prima parte dell'artículo 85 non si applica a chi si è meso in stato di incapacità di intendere o di volere al fine di commettere il reato, o di prepararso una scusa».

el suizo[23] e igualmente en el Código Penal costarricense. Otras legislaciones no dicen nada sobre la *alic*. Este es el modelo seguido que siguen el Código Penal alemán vigente, el Código Penal francés vigente (1994) y que siguió el Código Penal francés derogado (1810)[24].

N. 8.- El punto de partida de este segundo grupo de legislaciones es que la regulación legislativa de la *alic* no hace falta porque «la *'actio libera in causa'* no constituye […] una excepción al principio de la concomitancia del acto y de la capacidad penal»[25]. Lo anterior supone afirmar que la «*actiopraecedens*» es ya una acción típica, antijurídica y culpable.

Ahora bien, la doctrina alemana ha tratado de probar que la «*actio praecedens*» es una acción típica, antijurídica y culpable, pero ha fracasado en su intento. Para fundamentar la punibilidad de la *alic* la doctrina alemana ha ensayado varios caminos, que pueden resumirse en dos tesis contrapuestas, que se denominan como modelo de la tipicidad y modelo de la excepción.

(1) El modelo de la tipicidad parte del hecho de que la acción inmediatamente anterior a la entrada del agente en estado de incapacidad (*actio praecedens*) es una acción típica porque representa una tentativa del hecho planeado[26]. Sin embargo, no es cierto que la *actio praecedens* sea un acto de tentativa en los delitos dolosos de resultado. Ya que no cumple las condiciones de una acción punible porque no es un paso inmediato y directo para la realización del tipo[27]. En efecto, la relación causal y final es condición necesaria pero no suficiente para la tipicidad de una acción, por lo cual poner en obra culpablemente una condición no equivale a realizar una acción típica[28]. La acción realizada por A es un simple acto preparatorio pero no es un acto de ejecución[29], porque la acción de emborracharse en tal caso no le permite de manera inmediata y sin actos intermedios realizar el tipo penal[30].

---

23 El Código Penal suizo señala en su artículo 19: «Konnte der Täter die Schuldunfähigkeit oder die Verminderung der Schuldfähigkeit vereiden und dabei die in diesem Zustad begangene Tat voraussehen, so sind die Absätze 1-3 nicht anwendbar».

24 Según sostiene Hurtado Pozo 2005: N. 1658: 635, ni el Código Penal de 1924, ni el Código Penal de 1991 regulan expresamente la *alic*. El Proyecto del Código Penal tampoco regula dicha figura.

25 Hurtado Pozo 2005: N. 1657: 634.

26 Entre otros, Behrendt 1983: 70 ss.; Bertel 1965: 53 ss.; Tröndle/Fische 2001: § 20, N. 19; Maurach 1961: 376 ss.; Puppe 1980: 348 ss.; Roxin 1972: 220 ss., 230; Rudolphi 2005: § 22, N. 21; Wolther 1983: 555 ss.

27 Hettinger 1989: 9; Otto 1986: 426 ss., 428.

28 Hettinger 1989: 10.

29 Jescheck/Weigend: 1996 § 40, VI, 2.

30 Esto lo demuestra el siguiente ejemplo: A quiere matar de varios balazos a B a las 20 horas, cuando este llegue a su casa del trabajo. Para hacer desaparecer los últimos escrúpulos, A decide emborracharse. Empieza a beber a las 12 horas, de modo que para las 16 horas se encuentra

(2) En la doctrina alemana se ha ideado un modelo para fundamentar la punibilidad de la *alic* aplicando las reglas de la autoría mediata, considerando que así como el autor mediato realiza el hecho a través de un instrumento, igualmente en la *alic* el agente que se pone a sí mismo en incapacidad para cometer un delito se convierte en instrumento de sí mismo. Y así como debe castigarse al tercero, autor mediato, por el hecho realizado por el instrumento, así también debe castigarse al individuo que, poniéndose voluntariamente en estado de incapacidad, se utiliza a sí mismo como instrumento. Modernamente algunos autores[31] aplican a la *alic* las reglas de la autoría mediata, mientras que otros consideran simplemente una aplicación analógica de tales reglas[32]. El concepto que aplican específicamente a los casos de *alic* dolosa es el de la tentativa definida conforme a la autoría mediata[33]. Este intento de fundamentación de la punibilidad de la *alic* es, en nuestro criterio, equivocado, como lo ha expresado masivamente la doctrina alemana[34], porque la autoría mediata no puede equipararse con la *alic*[35]. Sabido es que el § 25 del Código Penal alemán como el artículo 45 del Código Penal costarricense distingue entre la autoría directa (realización del hecho por sí mismo) y la realización del hecho por el autor mediato utilizando a un tercero como instrumento, lo que supone que en la autoría mediata hay dos personas: el autor mediato y el instrumento. Pero en el caso de la *alic* solamente hay una persona, que reuniría la condición de autor mediato y de instrumento. Lo anterior hace imposible la aplicación de las disposiciones de la autoría mediata a la *alic*. Igualmente, la autoría mediata requiere el dominio del autor mediato sobre el instrumento. En los casos

en estado de incapacidad. En dicho estado mata a B. Así como si A alistara el revólver para el homicidio a las 16 horas, este acto no es un acto de ejecución del homicidio, así tampoco tomarse a las 16 horas el último trago en estado de capacidad constituye un acto ejecutivo, porque en este momento falta un peligro *inmediato* para el bien jurídico, dado que el autor, según su representación del hecho, no se ha puesto de manera inmediata a realizar el tipo penal. Al respecto, Otto 2004: § 18, II, 3; Otto 1986: 426 ss., 428.

31 Jakobs 1993: 17/64; Jakobs 1998: 105 ss., 119 ss.; Schild 2005: § 20, N. 173; Horn 1969: § 323 a, N. 29; Baumann/Weber/Mitsch 1995 § 19, N. 45 ss.

32 Roxin 1987: 307 ss., 313 ss.

33 Deiters 2002: 121 ss., 130.

34 Hettinger, 2002: 189 ss., 265 ss.; Otto 1986: 426, 428 ss.; Salger/Mutzbauer 1993: 561 ss., 565; Stühler 1999: 78 ss.; Zenker, 2003: 106.

35 Schwinghammer 1966: 25; Schmidhäuser 1992: 24 ss.; Hettinger 1988: 463 ss.; Streng, en «Alkohol, Strafrecht und Kriminalität», 2000: 74; Paeffgen 1985: 511 ss., 517 (nota 21). Autores, como Jakobs 1993: 17/65, como Baumann/Weber/Mitsch 1995 § 19, N. 45 ss., fundamentan la punibilidad de la *alic* en la aplicación de las reglas de la autoría mediata, pero admiten la *alic* culposa, por tanto, caen en una evidente contradicción, ya que no existe una autoría mediata culposa. Al respecto, Schwinghammer 1966: 26 ss.

de la *alic*, después que el agente se pone en estado de incapacidad, no puede él dominar el desarrollo del acontecimiento[36].

(3) El modelo de la excepción no considera, conforme al modelo de la tipicidad, como conducta típica la causación del estado de incapacidad, sino que pone su acento en el defecto causado. Con ello no modifica el alcance del tipo injusto, sino que considera legítimo castigar al agente por el estado de incapacidad, a pesar de que en el momento de la acción el agente era incapaz[37]. Por ello, el modelo de la excepción quiere resolver el problema de la *alic* a nivel de la culpabilidad. Los partidarios de la tesis de la excepción quien excluir el principio de coincidencia entre acción y capacidad, a pesar del defecto del autor, mediante una *culpa praecedens*[38] del causante del defecto. Los partidarios de la tesis de la excepción dan diferentes fundamentaciones[39]. Sin embargo, la tesis de la *alic* como excepción no es aceptable sin regulación legislativa.

36 Schwinghammer 1966: 26 ss.

37 Rönnau 1997: 707 ss., 711.

38 Rönnau 1997: 707 ss., 713.

39 Sobre las diferentes variantes de fundamentación del modelo de la excepción, Cfr. Paeffgen 1985: § 323 a, N. 14. Esta tesis, originalmente creada por Maurach 1961: 374 ss., fue enmendada posteriormente por Hruschka 1974: 48 ss., 58, quien considera que el hecho defectuoso por sí solo es el comportamiento penalmente relevante y que el autor, a raíz de su comportamiento previo, no puede ampararse en el hecho de su incapacidad en el momento de actuar. Para fundamentar esta afirmación parte de la historia de la *alic*, tal y como fue configurada la teoría por la filosofía moral y del derecho del siglo XVIII. Hruschka 1974: 48 ss., 58, distinguió entre «*actiones liberae*», «*actiones non liberae*» y «*actiones liberae in causa*», que es una categoría intermedia entre las dos primeras en la cual el agente sienta libremente la causa, aunque «*in actu*» actúe con el defecto dolosamente provocado. Estas últimas acciones se imputaban al autor por su culpabilidad en la causación del defecto. Hruschka 1968: 554 ss. considera que para castigar al autor de la *alic*, es necesario hacer una teleológica reducción del § 20 del Código Penal alemán, de modo que el principio de coincidencia ahí establecido solamente encuentre aplicación si el defecto no fue dolosamente causado por el autor. Y esta excepción la fundamenta en el dolo del autor respecto al acto defectuoso, es decir en la «firme voluntad de realización del tipo» del autor de la *alic*. La cuestión de la permisión de la reducción teleológica del § 20 del Código Penal alemán la fundamenta en el reconocimiento de la punibilidad de los casos de *alic* por el derecho consuetudinario y en la validez condicionada del principio de legalidad respecto a la parte general del código penal. Parte de la doctrina alemana ha hecho severas críticas al modelo de la excepción. Así, por ejemplo, se señala que no se puede aceptar que la excepción al principio de coincidencia se fundamente en el derecho consuetudinario o en el derecho judicial; ya que tal fundamentación sería contraria al principio de legalidad, según el cual las condiciones de la punibilidad solamente pueden ser determinadas por una ley formal («*lex scripta*»). La tesis de Hruschka también contraviene el principio de prohibición de la analogía en perjuicio del reo, derivada del mismo principio de legalidad, Paeffgen 1985: § 323 a, N. 24; Rönnau 1997: 707 ss., 713. Tampoco puede aceptarse la tesis que el principio de legalidad solamente tiene aplicación para la parte especial y no para la parte general (Cfr. Baumann 1985: 112). La tesis del modelo de excepción quiere resolver el problema de la *alic* dolosa a nivel de la

Gran parte de la doctrina alemana considera que de *lege lata* ni el modelo de la tipicidad ni el modelo de la excepción pueden solucionar en el derecho penal alemán el problema de la punibilidad de la *alic* dolosa, especialmente en lo referente al conflicto entre la figura de la *alic* y el § 20 del Código Penal alemán, que parte del principio de coincidencia entre acción y culpabilidad, principio que no cumple el autor doloso de la *alic*; por ello consideran de *lege lata* que hay impunidad del autor de la *alic*[40]. Con el objeto de solucionar esta problemática en el derecho penal alemán, algunos autores postulan propuestas de *lege ferenda* que toman como modelo el artículo 12 del Código Penal suizo, el artículo 20, incs. 1 y 2 del Código Penal español o el artículo 92 del Código Penal italiano[41], los cuales tienen una reglamentación similar a la del artículo 44 del Código Penal costarricense.

N. 9.- Yo soy decidido partidario del sistema que regula la figura de la *alic* dolosa. Lejos de mi intención está recomendar la regulación que contiene el Código Penal costarricense, el mismo que se cita únicamente como ejemplo de cómo funciona un sistema que regula la *alic* en su legislación penal. Así, el artículo 44 del Código Penal costarricense establece que:

> «Cuando el agente haya provocado la perturbación de la conciencia a que se refieren los artículos anteriores, responderá del hecho cometido por el dolo o culpa en que se hallare en el momento de colocarse en tal estado….».

El artículo 44 del Código Penal costarricense establece dos derogaciones a los principios generales:

(1) El artículo 44, en los términos que ha sido citado, nos hace advertir que mediante aquel se adelantan injustificadamente los fines de protección del bien jurídico a una etapa previa a su agresión. En los delitos dolosos de resultado la etapa normal de agresión al bien jurídico ocurre cuando

culpabilidad. Sin embargo, sus partidarios sostienen, a nivel de la culpabilidad, la «firme resolución del autor de realización del tipo» (dolo) y del doble dolo de la *alic* (dolo dirigido a ponerse en estado de incapacidad y dolo dirigido a realización del resultado). Por ello esta tesis parte de un concepto psicológico de culpabilidad, en el cual el dolo y la culpa son un ligamen psicológico entre el autor y el hecho. Ahora bien, la doctrina moderna coloca el dolo y la culpa en el tipo y considera normativamente la culpabilidad, es decir, como «poder de actuar» para comportarse conforme o no a derecho. Por ello, la doctrina de la excepción parte de un concepto de dolo que es propio de la teoría psicológica de la culpabilidad (Cfr., Rönnau 1997: 707 ss., 714).

40 Entre otros, Hettinger 1988: 434 ss., 449, 460 ss.; Paeffgen 1985: § 323 a, N. 27; Salger/Mutzbauer 1993: 561 ss., 565; Eser/Burkhardt 1995: 17/A12; Rönnau 1997: 707, 714; Ambos 1997: 2296 ss., 2298.

41 Ambos 1997: 2296 ss., 2298.

> el agente comienza con los actos de ejecución delictiva, es decir, cuando de modo inmediato se pone, según su representación, a realizar la acción típica. Conforme al criterio general, no constituye un acto ejecutivo de homicidio el tomarse el último trago en estado de capacidad para pasar, luego, al estado de incapacidad pretendido y en dicho estado ejecutar el homicidio de su enemigo. El citado artículo 44 convierte en hecho típico y antijurídico al momento anterior a ponerse en estado de incapacidad («*actio praecedens*»), es decir, erradamente transforma un acto normalmente preparatorio de querer lesionar el bien jurídico tutelado mediante la autoincapacidad provocada, en un injusto penal.

Esta consecuencia necesaria de la regulación de la *alic* ha sido objetada por parte de la doctrina italiana, que comenta el artículo 87 del Código Penal italiano —dispositivo similar al artículo 44 del Código Penal costarricense—. Se cuestiona que mediante dicha regulación se extiende la esfera de la punibilidad de forma violatoria al principio de culpabilidad[42]. Para Mantovani el artículo 87 del Código Penal italiano es solamente una derogación del artículo 85 del mismo código, que establece el principio de coincidencia entre el momento de los hechos y la imputabilidad. Sin embargo, esta tesis tiene como presupuesto igualmente que la «*actio praecedens*» es típica y antijurídica, pues solamente de acciones típicas y antijurídicas puede predicarse la culpabilidad y sus excepciones. Para nosotros, la legitimidad constitucional de los casos en los que se adelanta la punición para abarcar etapas que involucran actos preparatorios en relación con los actos de ejecución está fuera de toda duda cuando tales actos hagan referencia, mediata o inmediata, como en el ejemplo del homicidio en *alic* dolosa, a la protección de bienes individuales (teoría personal del bien jurídico).

Para que haya actos de ejecución (y por consiguiente, tentativa) el agente debe crear con su plan de autor un peligro inmediato para el bien jurídico, lo cual ocurre, en las acciones positivas, cuando el autor empieza con la inmediata ejecución del hecho[43]. Por el contrario, en los delitos de omisión impropia («*omissio*

42 Así, en este sentido, Mantovani 2001: 689.

43 En la doctrina alemana, lo sostienen Baumann/Weber/Mitsch 1995: 618; Vogler 2004: § 22, N. 105; Schönke/Schröder/Eser, § 22, N. 56. Esta tesis es compatible con el artículo 44 del Código Penal costarricense. Por otra parte, una tesis que va demasiado lejos considera que existen actos de ejecución (por ello, tentativa) cuando el agente excluye la posibilidad de control de su voluntad, pues a partir de ese momento habría perdido conciencia de su responsabilidad y lo que ocurre después no depende de él, Cfr. Rudolphi 2005: § 2, N. 21; Wolter 1983: 556 ss. Según algunos autores partidarios de esta tesis (Maurach 1961: 374) hay tentativa de homicidio cuando el agente, cuando aquel bebiendo licor para darse valor, se pone en estado de incapacidad aunque no haya salido de su casa para buscar a su enemigo.

libera in causa») el peligro creado alcanza la etapa de tentativa cuando el autor obligado pierde la capacidad de actuar responsablemente. Por ejemplo, en el caso del guarda-barreras que se emborracha para producir el choque de trenes, hay tentativa cuando el agente se pone en estado de incapacidad y no cuando pase la primera posibilidad de salvamento[44].

(2) Por otro lado, el artículo 44 del Código Penal costarricense también implica una excepción al principio general de la culpabilidad. El principio de culpabilidad, tal y como se desprende de la Constitución costarricense, no requiere la coincidencia entre la capacidad de entender el carácter ilícito del hecho y de determinarse de acuerdo con esa comprensión y la acción (principio de coincidencia)[45]. El legislador constitucional deja al legislador común la labor de definir el principio de culpabilidad y de establecer excepciones. Un ejemplo de lo dicho lo constituye el error de prohibición evitable (artículo 35 del Código Penal costarricense). En el error de prohibición evitable el legislador no exige un conocimiento pleno de la antijuridicidad del hecho sino que basta un conocimiento potencial de lo injusto[46]. Por su parte, en los artículos 42 y 43 del Código Penal costarricense, el legislador requiere la capacidad de entender y de querer en el momento de los hechos o de determinarse conforme con dicha comprensión. Pero acto seguido, el legislador crea una excepción en el citado artículo 44, estableciendo que si el agente ha provocado la perturbación de la conciencia a que se refieren los artículos anteriores (inimputabilidad o imputabilidad disminuida), responderá por el dolo o culpa en que se hallare en el momento de colocarse en dicho estado. Por consiguiente, cuando el agente ha provocado su propia incapacidad, responderá por la «*actio praecedens*», que es la acción realizada en el momento en que gozaba de capacidad de culpabilidad, tiempo en el que debe haber previsto, al menos, el resultado que iba a producir y no propiamente por el hecho cometido («*in actu*»). En estos casos, se le imputa al agente el comportamiento consistente en el hecho precedente.

En los delitos dolosos de resultado se requiere la relación de causalidad entre la «*actio precedens*» y el resultado producido. Resulta evidente que, si planteamos el problema de la causalidad desde el punto de vista de la fórmula de «*conditio sine qua non*», si el autor no hubiera iniciado la ejecución con la «*actio praecedens*», el resultado no se hubiera producido. Por consiguiente, conforme a la fórmula de la

44 Schönke/Schröder/Eser, § 22, N. 57.
45 Sternberg-Lieben 2002: 217 ss., 240.
46 Paeffgen 1985: 519.

«*conditio sine qua non*» existe la relación de causalidad entre la «*actio praecedens*» y el resultado producido[47].

> N. 10.- El tipo subjetivo requiere un doble dolo. Primero, el agente debe ponerse a sí mismo, de forma dolosa, en estado de incapacidad y, segundo, debe haber tomado —en estado de capacidad de culpabilidad— la decisión de la realización del estado de incapacidad[48]. El dolo de la *alic* pertenece al tipo.

(1) Respecto a la producción del estado de incapacidad como medio de realización del hecho, basta el dolo eventual[49]. Así, se presenta la *alic* dolosa cuando el agente no contaba con ponerse en estado de incapacidad pero aceptó la realización del hecho en estado de incapacidad, en el caso de que se produjera. Algunos autores[50] consideran que basta para una *alic* dolosa la producción culposa del estado de incapacidad. Pero, como señala Jescheck[51], esa opinión pasa por alto que solamente puede castigarse por dolo a quien, culpablemente y en estado de plena capacidad, realiza el mecanismo de manejo del hecho, pues de lo contrario se tendría un dolo sin el contenido de culpabilidad. Es en el momento de ponerse en estado de incapacidad cuando deben valorarse igualmente los motivos del hecho y las circunstancias agravantes y calificativas. En ese momento es cuando hay que apreciar los motivos y finalidades exigidos por el artículo 212 del Código Penal costarricense para la existencia del homicidio calificado. Igualmente, las circunstancias calificativas deben apreciarse en este momento. Circunstancias calificativas ocurridas después de que el agente entró en estado de incapacidad, por ejemplo el ensañamiento, no son imputables al agente[52]. En el caso de un delito calificado por el resultado, el dolo del agente debe extenderse hasta antes de la producción del estado de incapacidad y del resultado[53].

---

47 Otto 1986: 426 ss., en cuanto a la relación de causalidad entre la «*actio precedens*» y el resultado producido en el derecho penal alemán.

48 Entre otros, Hurtado Pozo 2005: N. 1655: 634; Kühl 2002: § 11, N. 19; Jähnke 2005: § 20, 79 ss.; Jescheck/Weigend 1996: §40, VI, 2; Jakobs 1993: 17/66; Lackner/Kühl 2001: § 20, N. 26; Maurach/Zipf 1992: § 36, N. 57; Puppe 1970: 348 ss.; Oehler 1970: 380 ss.; Roxin 1994: § 20, N. 68 ss.; Rudolphi 2005: § 20, N. 30; Schmidhäuser 1992: 386; Lenckner/Perron, en Schönke/Schröder 2001: § 20, N. 36; Schwinghammer 1966: 34; Stratenwerth 2005: § 10, N. 10; Tröndle/Fischer 2001: § 20, N. 19; Wessels/Beulke 1999: N. 417.

49 Entre otros, Kühl 2002: § 11, N. 21; Preisendanz 1978: § 20, 6 a; Schwinghammer 1966: 34; Roxin 1994: § 20, N. 64.

50 Cramer 1968: 274 ss.; Hruschka 1968: 588; Welzel, Lb: 156.

51 Jescheck/Weigend 1996: § 40, VI, 2.

52 Baumann/Weber/Mitsch 1995: § 19, N. 39.

53 Baumann/Weber/Mitsch 1995: § 19, N. 39.

(2) El agente ha de representarse los elementos del tipo penal que quiere cometer[54], antes de ponerse a sí mismo en estado de incapacidad. En relación con el delito que se quiere cometer en estado de incapacidad, basta el dolo eventual[55]. Aquí, el agente previó la realización de determinado delito al ponerse en estado de incapacidad, no lo quiso, pero aceptó su producción. El agente no tiene que representarse el delito a cometer en estado de incapacidad con todas sus particularidades, pero sí debe determinarse conforme dicha mediana representación[56]. No se presenta dicha determinación cuando el agente simplemente sabe que el licor lo vuelve violento; por tanto si en dicho estado de grave perturbación de la conciencia por efectos del licor comete lesiones o daños no estamos frente a un caso de *alic*.

En relación con las reglas de determinación del hecho representado en estado de incapacidad, valen los siguientes principios: (1) Cuando el dolo del agente se dirige a la comisión de una determinada clase de delitos, por ejemplo, el agente planeó, al ponerse en estado de incapacidad, violar a cualquier persona, existe *alic* dolosa si el agente viola a cualquier persona[57]. (2) Si el dolo del agente se dirigía a realizar determinado delito, pero ya en el estado de incapacidad comete otro distinto, solamente responde del delito cometido si la desviación no es esencial. Hay un error in persona y, por consiguiente, una desviación esencial, en el siguiente caso. A tomó la resolución, al ponerse en estado de incapacidad, de violar a la mujer B. Pero ya en estado de incapacidad viola a la mujer C. En este caso hay una desviación esencial porque el acontecimiento fáctico cometido en estado de incapacidad debe medirse conforme al dolo del agente cuando se encontraba en estado de capacidad de culpabilidad[58]. (3) La *alic* dolosa puede entrecruzarse con error de tipo permisivo (error sobre las circunstancias fácticas de una causa de justificación). Esto ocurre en el siguiente ejemplo: A se emborracha con la intención de lesionar a B. Ya en estado de incapacidad parcial, A se cree atacado por B o C y considera que se da en su contra una agresión ilegítima. A cree defenderse y lesiona a B. En este caso, debe aplicarse las reglas del error de tipo permisivo, que ex-

54 Roxin 1994: § 20, N. 68;

55 Kühl 2002: § 11, N. 21; Preisendanz 1978: § 20, Anm. 6 a; Lenckner/Perron, en Schönke/Schröder/2001: § 20, N. 37.

56 Kühl 2002: § 11, N. 22.

57 Hruschka 1968: 554; Jähnke 2005: § 20, N. 80; Rudolphi 2005: § 20, N. 31; Salger/Mutzbauer 1993: 562; Lenckner/Perron, en Schönke/Schröder 2001: § 20, N. 37.

58 Lackner/Kühl 2001: § 20, N. 26; Kühl 2002: § 11, N. 22; Otto 1986: 432; Jähnke 2005: § 20, N. 80; Roxin 1994: § 20, N. 69; Rudolphi 2005: § 20, N. 31; Streng 2000: § 20, N. 144; Wessels/Beulke 1999: N. 418.

cluye el dolo. En tales hipótesis la mayoría de las veces no es posible siquiera una punición por hecho culposo, pues la culpa se excluye por falta de previsibilidad.

IV. Conclusiones

Corresponde al sentimiento de justicia no dejar impune a quien se pone dolosamente en estado de incapacidad para cometer dolosamente un hecho punible. Para ello es necesario que la «*actio praecedens*» sea punible, es decir, sea típica. La tipicidad de tal acción es difícil de determinar porque ella normalmente, dentro del esquema del delito, constituye un acto preparatorio y no un acto de ejecución, excepto en los delitos de omisión impropia. La doctrina alemana, sin una ley que la declare, ha intentado fundamentar dicha punibilidad. Nosotros creemos que los esfuerzos de la doctrina alemana han sido infructuosos. Sostenemos que la única forma correcta de enfocar el problema de la *alic* dolosa es regulándola legislativamente. Es el legislador quien debe establecer como punible la «*actio praecedens*» y la excepción que representa, para la *alic*, el principio de coincidencia entre el momento de la acción y la imputabilidad.