

A vueltas con la *actio libera in causa*

A finales de agosto de 1996, en la *mensa* de la Universidad de Erlangen/Nürnberg los penalistas no hablábamos de otra cosa. Según se decía, el *Bundesgerichtshof* había desacreditado definitivamente la doctrina de la *actio libera in causa*.¹ Luego resultó que la cosa no era para tanto y parece claro que sentencias posteriores del propio BGH y de los Tribunales de casación de nuestro ámbito lingüístico han seguido aplicando la referida doctrina.²

Como es sabido, con la expresión de “*actio (non libera in se, sed) libera in causa (sua)*” pueden designarse dos objetos distintos. Por un lado, un conjunto de supuestos de hecho problemáticos (una estructura: la de los *casos de actio libera in causa*). Por otro, además, una determinada propuesta de solución dogmática para dicho conjunto de supuestos de hecho problemáticos (una teoría: la *doctrina de la actio libera in causa*). En realidad, en este segundo ámbito no puede hablarse de una unidad: atendida la existencia de una pluralidad de “modelos” de solución, resulta preferible hablar de *doctrinas de la actio libera in causa*.

La expresión latina en sí, si atendemos a su literalidad y a sus orígenes históricos, parece aludir tanto a lo uno como a lo otro. Sin embargo, seguramente le es inherente la opción por una concreta *doctrina*: la solución punitiva que, basándose en la aplicabilidad a estos casos de una regla de imputación extraordinaria, conocemos como “modelo de la excepción”. Ello casa, en efecto:

(i) Con el momento de su elaboración: en puridad, desde ARISTÓTELES, pasando por Sto. Tomás DE AQUINO y la escolástica tardía, para seguir con el iusnaturalismo protestante del s. XVII y así hasta el idealismo. Según es común entender, su origen se puede hallar en el Libro III, Capítulo VII de la *Ética a Nicómaco*.³ Luego, en la distinción de Sto. Tomás entre el “*voluntarium secundum se*” y el “*voluntarium secundum suam causam*” o “*voluntarium in sua causa*”. Es importante señalar a propósito del caso de quien comete el hecho en una situación de ebriedad que él mismo ha provocado que Sto. Tomás indica que “*ex hoc enim quasi voluntarium ei imputatur quod per ebrietatem committit*”.⁴

¹ BGHSt 42, 235, Sentencia de la Sala 4ª de 22 de agosto de 1996. Ésta, por un lado, criticaba la doctrina de la *actio libera in causa* en los delitos dolosos con base en los principios de legalidad y de culpabilidad. Por otro lado, entendía que en los casos de imprudencia no hace falta recurrir a dicha institución, pues bastaría con establecer la relación entre la infracción del deber de cuidado y el resultado típico.

² STRENG, «El principio de legalidad en el ámbito de la decisión sobre la capacidad de culpabilidad» (trad. Fuentes Osorio), en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid, etc., 2012, pp. 267 ss., 276 y nota 22.

³ HRUSCHKA, «Der Einfluß des Aristoteles und der Aristoteles-Rezeptionen auf die Bildung heutiger Rechtsbegriffe am Beispiel der „actio libera in causa“», en DE WALL/GERMANN (eds.), *Bürgerliche Freiheit und Christliche Verantwortung. Festschrift für Christoph Link zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2003, pp. 687 ss, 689 ss..

⁴ *Summa Theologica* I/II, quæes. 77, art. 7 c: “*aliquid potest esse voluntarium vel secundum se, sicut quando voluntas directe in ipsum fertur, vel secundum suam causam, quando voluntas fertur in causam et non in effectum, ut patet in eo qui voluntarie inebriatur; ex hoc enim quasi voluntarium ei imputatur quod per ebrietatem committit*”. El resaltado es mío.

(ii) Con su terminología; y

(iii) Con la propensión de los modelos dogmáticos clásicos a admitir con naturalidad “excepciones” (e. g. imputación extraordinaria), cosa que en la dogmática contemporánea – según parece – se tiende a excluir.

Por lo demás, el modelo alternativo (llamado de la anticipación⁵ o, más comúnmente, “de la tipicidad”⁶) requiere obviamente una preocupación por la tipicidad, esto es, por la adecuación de la conducta a la descripción contenida en un tipo, que puede retrotraerse como máximo a la obra de BELING. Por tanto, parece posible afirmar que el modelo de la excepción es previo en el tiempo al modelo de la tipicidad.

Desde una óptica político-criminal, parece que existe un cierto consenso⁷ acerca de que en los casos de *actio libera in causa* el agente debe ser castigado como si no existiera en ningún momento trastorno mental alguno. Con todo, y dejando aparte por un momento esta aparente coincidencia, el abordaje de los casos de *actio libera in causa* debe considerar las siguientes opciones político-criminales fundamentales:

(i) La ausencia de toda responsabilidad en estas situaciones, dada la falta de concurrencia de un injusto culpable coetáneo (vulneración del principio de coincidencia).⁸ En el caso de la provocación dolosa, a ello se añadiría algún elemento adicional. En efecto, en 1847, SAVIGNY, a la sazón ministro de justicia de Prusia, manifestaba que en la *actio libera in causa* dolosa (más bien intencional) se trata de un “*Konstrukt juristischer Fantasie*” o de un “*offenbarer Widerspruch*”.⁹ Pues si la provocación ha generado en el agente un estado de efectiva inimputabilidad, entonces no se entiende que éste pueda ejecutar precisamente lo que planeó en la decisión inicial. Y si no llega a la inimputabilidad, entonces se le puede castigar normalmente. Por eso entendía que se podía renunciar perfectamente a una regulación de la *actio libera in causa* dolosa.¹⁰ De hecho, la institución, que se contenía tanto en la *Constitutio Criminalis Carolina* como en el *Preußisches Allgemeines Landrecht*, ya no apareció ni en el Código penal prusiano de 1851 ni en el Código penal del Imperio de 1871.

(ii) Con base en el mismo argumento anterior, la admisión de una eventual responsabilidad penal que debería resultar en todo caso de la tipificación como delito de peligro de todas (o parte de) las conductas realizadas por el sujeto en el marco de la denominada *actio praecedens*.

En este marco se trata de valorar, por ejemplo, la capacidad del § 323 a StGB (*Vollrauschtatbestand*) para alcanzar ese papel de modelo, agravando su marco punitivo. En esta línea se manifiesta

⁵ HRUSCHKA, «Actio libera in causa y autoría mediata» (trad. Joshi/Bolea), en HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación* (ed. a cargo de Sánchez-Ostiz), Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 157 ss., 162 ss.

⁶ Así ya NEUMANN, *Zurechnung und Vorverschulden*, Duncker & Humblot, Berlín, 1985, pp. 24 ss., 41 ss.

⁷ De unanimidad habla NEUMANN, en PERRON, «Bericht», *ZStW*, (99), 1987, pp. 645 ss., 646.

⁸ Así ya el comentarista CARMICHAEL en 1739, citado *apud* HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, 2005, p. 168, nota 31.

⁹ Con lo que coincide LEUPOLD, *Die Tathandlung der reinen Erfolgsdelikte und das Tatbestandsmodell der „actio libera in causa“ im Lichte verfassungsrechtlicher Schranken*, Duncker & Humblot, Berlín, 2005, p. 205.

¹⁰ LEUPOLD, *Die Tathandlung der reinen Erfolgsdelikte und das Tatbestandsmodell der „actio libera in causa“ im Lichte verfassungsrechtlicher Schranken*, 2005, p. 205.

KÖHLER, que sostiene que, ante la ausencia de regulación específica en Alemania, allí sólo es aplicable precisamente el tipo del *Vollrauschdelikt*.¹¹

En el ámbito angloamericano, en el que es común tratar conjuntamente, bajo la denominación de “*prior fault*”, la provocación de la concurrencia de los elementos de una eximente (*defense*), se llega a conclusiones próximas a este punto de vista.¹²

(iii) La responsabilidad penal plena por el resultado producido tras la *actio posterior*, lo que se trata de fundamentar con base, al menos, en cuatro modelos alternativos. El modelo de la tipicidad (o de la anticipación; o de la imputación ordinaria); el modelo de la excepción (o de la imputación extraordinaria); el modelo de la autoría mediata (o modelo modificado de la imputación ordinaria);¹³ y el denominado modelo de la ampliación o extensión.¹⁴

(iv) Una responsabilidad penal atenuada por el resultado producido tras la *actio posterior*. Éste podría ser el resultado de la aplicación de las reglas legales —parciales— del Derecho español sin leerlas desde la precomprensión proporcionada por ninguno de los modelos anteriores, sino más bien desde la sistemática legal de la relación entre el art. 20 CP y el art. 21.1 CP. Desde esta opción por la sistemática legal, parece que la solución vendría dada por la aplicación de una denominada “eximente incompleta”. Pues la provocación dolosa o culposa determinaría la no-concurrencia del conjunto de requisitos de la eximente completa. Ello además permitiría distinguir entre la provocación dolosa y la culposa: lo que no está claro que se pueda llevar a cabo desde un modelo puro de la excepción.¹⁵ Y permitiría asimismo considerar la dimensión subjetiva concreta de la conducta del agente en el seno de la situación defectuosa: lo que el modelo de la tipicidad no permite hacer. Las eximentes incompletas constituyen un ámbito de amplia disposición en la individualización judicial de la pena, cuyo manejo debe ser obviamente motivado, pero permite una pluralidad de soluciones perfectamente adaptadas a las diferentes situaciones que se generan en los casos de *actio libera in causa*.

¹¹ KÖHLER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Springer, Berlín, 1997, pp. 394-395, 397.

¹² Sobre el “*prior fault*” cfr. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, 2ª ed., OUP, Oxford, 1995, p. 90. En términos generales para lo que llama “*inculpatory exceptions*”, ROBINSON, «Imputed Criminal Liability», *Yale Law Journal*, (93), 1984, pp. 609 ss.; en concreto para la provocación, EL MISMO, «Causing the Conditions of One's Own Defense: A Study in the Limits of Theory in Criminal Law Doctrine», *Virginia Law Review*, (71), 1985, pp. 1 ss. Más recientemente, ALEXANDER, «Causing the Conditions of One's Defense: A Theoretical Non-Problem», *University Of San Diego School of Law, Legal Studies Research Paper Series*, Research Paper No. 12-086, 2012 (<http://ssrn.com/abstract=2046208>). ALEXANDER equipara al sujeto que provoca una situación eximente (en concreto, de legítima defensa) con un “agente provocador” (*private entrapper*), concluyendo que “*however culpable they are when they provoke, they do not lose their defenses when the one provoked culpably aggresses toward them*”.

¹³ Crítico sobre este modelo, aunque fundamentalmente con argumentos semánticos y lógicos, HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, 2005, pp. 164 ss.

¹⁴ Que defiende STRENG, en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal*, 2012, pp. 267 ss.

¹⁵ LEUPOLD, *Die Tathandlung der reinen Erfolgsdelikte und das Tatbestandsmodell der „actio libera in causa“ im Lichte verfassungsrechtlicher Schranken*, 2005, p. 204, se muestra crítico con el hecho de que en casos de provocación culposa la responsabilidad siga siendo dolosa, aunque atenuada. Pero eso es lo que sucede con el régimen jurídico del error de prohibición vencible en Derecho español. La cuestión es que permite castigar los casos de provocación culposa de la inimputabilidad en supuestos en los que el delito sólo es punible en su modalidad dolosa. Algo que reconoce para el caso alemán el propio LEUPOLD (p. 204). De todos modos, el criterio de LEUPOLD es que no está claro que la provocación de inimputabilidad sea equivalente a la imputabilidad actual, lo que personalmente comparto.

A esta solución se la podría denominar *modelo de la excepción modificado o atenuado*. Sin embargo, en realidad lo cierto es que el modelo de la excepción establece que en los casos de *actio libera in causa* procede imponer una sanción, pero *no necesariamente la misma sanción* que si no se hubiera producido la situación de trastorno mental. Ello podría traer causa de la consideración de que la imputación extraordinaria no tiene por qué generar en todo caso las mismas consecuencias que la ordinaria: algo que resulta evidente en la imprudencia respecto al dolo y en el error vencible de prohibición frente al conocimiento de la antijuridicidad y que, sin embargo, parece no tenerse en cuenta en los casos de *actio libera in causa* aplicables al ámbito de la provocación o no evitación de trastorno de forma contraria a deber. Con todo, tal solución ya resulta implícita en el propio modelo de la excepción en sí, como hemos visto en los textos de la *Summa Theologica*, y parece que, como se ha indicado, permitiría resolver algunos de los múltiples problemas prácticos que presentan los modelos clásicos de la *actio libera in causa*. En todo caso, ello impide sentar categóricamente la regla de que “*eximente provocada equivale a ausencia de eximente*”. Una regla cuya vigencia ¡ay! defendió quien esto escribe hace una treintena de años.¹⁶

Jesús-María Silva Sánchez

¹⁶ «La estructura de la “actio libera in causa” en los delitos cometidos bajo un síndrome de abstinencia de drogas», *La Ley. Revista Jurídica Española*, 1988, pp. 910-918; «La embriaguez atenuante o eximente en el delito del art. 340 bis a) 1ª (A la vez, algunas observaciones sobre la doctrina de la “actio libera in causa”», *Revista de Derecho de la Circulación*, (4), 1988, pp. 168-175.