



## Acerca de la *actio libera in causa* (\*) (\*\*)

Hans Joachim Hirsch

I. La *actio libera in causa* (a.l.i.c) es uno de los múltiples temas jurídicopenales con los que HARUO NISHIHARA se ha ocupado más de cerca. Sus investigaciones sobre la autoría mediata le condujeron a esta problemática<sup>1</sup>. El se esforzó en poner de relieve la legitimidad de esta figura jurídica, que no se menciona expresamente en el Código penal japonés como tampoco en el alemán, para el Derecho japonés vigente<sup>2</sup>.

En Alemania, desde hace ya mucho tiempo, la a.l.i.c ha sido poco discutida. Fue considerada por la opinión dominante como una figura de segura consistencia. Por ello, el legislador no vió ningún motivo para aludir expresamente a ella en la nueva parte general de 1974. Entretanto, sin embargo, ha cambiado la situación. La discusión no gira ya sólo en torno a diferentes fundamentaciones. Por el contrario, tienen lugar en la actualidad crecientemente posiciones que, a la vista del tenor de la regulación legal de la inimputabilidad (§ 20 StGB), cuestionan que deba sostenerse *de lege lata* dicha construcción, y por ello invocan al legislador<sup>3</sup>. En el precepto se habla justamente de la culpabilidad «relativa a la comisión del hecho».

Este desarrollo ha alcanzado recientemente su punto álgido debido a que la Sala 4ª de lo penal

del Tribunal Supremo, cuyo anterior presidente, Salger, ya se había pronunciado por escrito en contra de la construcción de la a.l.i.c<sup>4</sup>, se distancia crecientemente de esta figura jurídica. En una sentencia del año 1994 señala la Sala que en los delitos imprudentes de resultado la solución resulta ya de las características propias de estos delitos, de modo que no se requiere el «recurso a la -discutida- figura jurídica de la a.l.i.c»<sup>5</sup>. Y en la más reciente sentencia de la Sala de 1996 se dice que «en cualquier caso, en los delitos de puesta en peligro del tráfico y de la conducción sin permiso, los principios de la a.l.i.c no son aplicables»<sup>6</sup>. Por ello NEUMANN se ha pronunciado en un comentario a este fallo en el sentido de que «esto podría significar el final de la *actio libera in causa* en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo»<sup>7</sup>. Pero también existen posiciones en la doctrina que no están de acuerdo con la judicatura de la Sala 4ª de lo penal<sup>8</sup>. Además, la Sala 3ª de lo Penal del Tribunal Supremo se ha pronunciado a comienzos de 1997 a favor de un mantenimiento fundamental de la figura jurídica<sup>9</sup>.

Este estado de opinión invita a examinar los argumentos de ambas partes con más detalle.

(\*) Traducción de Eduardo Demetrio Crespo (Prof. de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de Toledo. Universidad de Castilla-La Mancha).

(\*\*) La versión alemana ha sido publicada en el *Festschrift für Nishihara*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, pp. 88-104. Esta traducción ha aparecido además en: HIRSCH, HANS-JOACHIM, *Derecho Penal. Obras completas*, Tomo I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999, pp. 173-191 (N. d. T.)

1. NISHIHARA, *Studien zur mittelbaren Täterschaft*, 1962 (japonés).
2. Véase en especial NISHIHARA, *Zur Frage, wann die Schulfähigkeit vorliegen muß*, *Chihiro Saeki-Festschr.* Bd.1, 1968, pp. 404 y ss; *el mismo*, *Nochmals zur actio libera in causa*, *Shigemitsu Dando-Festschr.* Bd.3, 1984, p. 29 y ss. (ambas en japonés).
3. PAEFFGEN *ZStW* 97 (1985), 513, 524; *el mismo*, en NK, Vor § 323 a marg.28; HETTINGER, «Die actio libera in causa», 1988, pp. 623, 637; *el mismo*, *Geerds-Festschrift*, 1995, pp. 623, 637; NEUMANN *Arth.Kaufmann-Festschr.*, 1993, pp. 581, 590 y ss.
4. SALGER/MUTZBAUER *NSiZ* 1993, 561 y ss.
5. BGHSt.40, 341, 343.
6. BGHSt.42, 235. En este sentido ya LG MÜNSTER *NSiZ-RR* 1996, 266.
7. NEUMANN *StV* 1997, 23. En el mismo sentido HORN *StV* 1997, 264 y ss.
8. HIRSCH *NSiZ* 1997, 230 y ss; *el mismo*, *JR* 1997, 391 y ss; JEROUSCHEK *JuS*, 1997, 385 y ss; SPENDEL *JR* 1997, 133 y ss.
9. BGH *NSiZ* 1997, 230.

II. En primer lugar hay que constatar que nadie preconiza la impunidad para los casos comprendidos bajo la figura jurídica de la a.l.i.c. Además hay un amplio consenso en que una punición por razón de haberse embriagado peligrosamente, como está regulado en el § 323a StGB, no es una solución satisfactoria. Por el contrario, se sostiene como adecuado y necesario que el autor sea castigado por la acción cometida en estado ebrio. Por ello la cuestión que hay que investigar es si cabe fundamentar una conclusión así, y si hubiere lugar a ello, cómo podría hacerse.

Lo más sencillo sería, si se pudiera decir, que no cabe acudir aquí al principio de coincidencia, y que habría que recurrir al modelo de la excepción, que sostiene una parte de la doctrina<sup>10</sup>. Según este modelo falta, como es sabido, justamente la culpabilidad relativa a la comisión del hecho, pero, de forma excepcional, debe ser suficiente la concurrencia de la culpabilidad que fundamenta la evitabilidad del hecho relativa a la *actio praece-dens*, consistente en el hecho de embriagarse.

Sin embargo, la Sala 4.<sup>a</sup> de lo penal del BGH ha puesto de relieve con razón en su segunda sentencia, que *de lege lata* no cabe sostener una construcción tal<sup>11</sup>. En la medida en que el § 20 StGB exige capacidad de culpabilidad en el momento de la comisión del hecho, el principio de coincidencia está aquí descrito legalmente. Una solución de la excepción no expresamente prevista en la ley implica una clara violación del principio *Nullum crimen sine lege*. Esto, en contra del punto de vista de algunos autores, no puede ser olvidado<sup>12</sup>. Este principio consagrado en el § 1 StGB y en el Art. 103, Abs. 2 GG tiene también validez para la Parte General<sup>13</sup>; y que se trataría de una excepción en contra del autor no necesita aclaración adicional alguna. La invocación de un derecho consuetudinario, en tal medida existente, no ope-

ra en contra de lo dicho, porque en Derecho penal, y ciertamente también en la Parte General, sería por lo general ilícito un derecho consuetudinario vigente a costa del autor<sup>14</sup>. La cuestión podría únicamente consistir en si *de lege ferenda* se estima necesario un precepto-excepción para los casos hasta ahora resueltos bajo la invocación a la construcción de la a.l.i.c.

De modo plausible mantiene el BGH que tampoco el «modelo de la extensión», sostenido por otra corriente, es *de lege lata* conforme a la Constitución. Esta construcción estima que el concepto de «comisión del hecho» en el sentido del § 20 StGB comprende en el tipo culpable el comportamiento anterior pretípico dirigido a la realización del tipo, aun cuando no represente una acción de tentativa, sino una mera preparación<sup>15</sup>. En contra advierte la Sala 4.<sup>a</sup> de lo penal con razón, que una ampliación del momento temporal de la comisión del hecho hasta el punto de que deba bastar una culpabilidad previa al injusto del hecho, contradice en cualquier caso el claro tenor de la ley y por ello resulta incompatible con el principio *Nullum crimen sine lege*<sup>16</sup>.

Por ello sólo resta la pregunta de si *de lege ferenda* se debería recurrir a estos modelos. En algunos códigos penales extranjeros, sobre todo del antiguo bloque del Este, hay regulaciones de la inimputabilidad que prevén una limitación excepcional para el caso de que la inimputabilidad haya sido provocada culpablemente mediante una embriaguez<sup>17</sup>. Las más recientes propuestas en la doctrina alemana van incluso más lejos. Así HRUSCHKA ha sometido a examen recientemente la propuesta de que sea añadida a la regulación de la inimputabilidad como limitación la siguiente frase: «Esto no rige cuando el autor mismo es responsable de su inimputabilidad; pudiendo, sin embargo, ser atenuada la pena conforme al § 49,

10. Así HRUSCHKA JuS 1968, 554 y ss.; el mismo JZ 1989, 310, 312 (véase sobre ello también la nota nº 12). Le siguen: JÄNKE in: LK, 11ª Ed., § 20 marg. 78; JESCHECK/WEIGEND Allg. Teil, 5ª Ed., pp. 447 y ss; KÜHL All. Teil, p. 3; KÜPER LEFERENZ-FESTSCHR., 1983, p. 573, 591 y ss.; OTTO Jura 1986, 426, 429 y ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, 25ª Ed., § 20 marg. 35.

11. BGHSt. 42, 235, 241.

12. Esto es reconocido entretanto también por HRUSCHKA JZ 1996, 64, 68 y JZ 1997, 22, 24 tras las dudas manifestadas en el ínterin en JZ 1989, 310, 312, y en contra de su punto de vista anterior in JuS 1968, 554, 559, y vincula esto como los autores mencionados en la nota nº 3 al llamamiento al legislador.

13. BGHSt. 39, 1, 27 y ss; HIRSCH in LK, 11ª Ed., Vor § 32 marg. 35 y ss. con más referencias (también sobre el punto de vista contrario).

14. BVerfGE 25, 269, 285; 26, 41, 42; 64, 389, 393; 71, 108, 115; 75, 329, 340; SCHMIDT-ABMANN in: Maunz/Dürig, GG, Art. 103, párr. 2 marg. 222 y ss; de otro parecer sin embargo: RÜPING en: Bonner Kommentar zum GG, Art. 103 párr. 2 marg. 53; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER § 1 marg. 15 (ambos en especial sobre a.l.i.c)

15. STRENG ZStW 101 (1989), 273, 311; el mismo JZ 1994, 709, 711. En la misma dirección se sitúan los nuevos principios de solución de SCHMIDHÄUSER, Die actio libera in causa, 1992, pp. 27 y ss, y JEROUSCHECK JuS 1997, 385 y ss («en el camino de la lícita aplicación [del § 20 StGB] conforme al modo de imputación logrado», p. 388).

16. BGHSt. 42, 235, 240.

17. Véanse las advertencias en HIRSCH ZStW-Beiheft 1981, 2, 5 con nota. 16.

párr. 1»<sup>18</sup>. Y, según el parecer de este autor, un precepto general debe decir así: «Si el autor es responsable de que concurren circunstancias u otro tipo de condiciones que excluyen la culpabilidad, entonces hay que atribuir el hecho a la culpabilidad pese a la aparición de dichas circunstancias o condiciones. La pena puede, sin embargo, ser atenuada conforme al § 49 párr.1»<sup>19</sup>.

El problema, sin embargo, no se resuelve por el hecho de que hable el legislador. El punto decisivo es más bien si una solución resultante del modelo de la excepción o de la extensión sería en suma coherente en este ámbito.

Si se acude a una inculpación previa o, lo que es lo mismo, a una responsabilidad previa, es decir, a una evitabilidad derivada de la *actio praecedens*, de ello resulta que también quedarían comprendidos los casos relativos al tipo de embriaguez plena (§ 323a StGB). Esto lo reconoce por cierto el propio HRUSCHKA<sup>20</sup>. Si el momento de referencia subjetivo entre el embriagarse y el hecho cometido bajo ese estado de inimputabilidad -que es característico en los casos de la a.l.i.c- fuera llevado a su significado matizado, los casos subsumibles hasta ahora sólo bajo el tipo de peligro del § 323 a StGB serían metidos niveladamente, junto a los relativos a la a.l.i.c, en un mismo saco. Conforme al estado del desarrollo científico alemán la revaluación de meros hechos peligrosos como casos de hechos cometidos en estado de embriaguez, como por ejemplo, un asesinato o un homicidio, supondría una violación evidente del principio de culpabilidad. Por otra parte también resulta insatisfactorio en esta construcción que HRUSCHKA se ve forzado a abrir una posibilidad atenuante para el ámbito en su conjunto, es decir, también para los casos hasta ahora resueltos por la vía de la a.l.i.c.

Una regulación jurídico-positiva debería más bien ceñirse a la relación referida al hecho cometido en estado de embriaguez. Pero también una regulación de este tipo conllevaría, a diferencia de la hasta ahora construcción de la a.l.i.c, una agravación de la pena. Mientras que esta última, precisamente en relación a la cuestión de si procede

una penalización a título de dolo o de imprudencia, se orienta en función de cuál de ambos fenómenos se daba en el momento de la aún existente imputabilidad -es decir, en la *actio praecedens*-, ello dependería para su clasificación en una regulación jurídicopositiva de la excepción o de la extensión exclusivamente de si el hecho cometido en estado de embriaguez lo fue dolosa o imprudentemente. Por consiguiente cuando alguien se sitúa en un estado de embriaguez plena, y, sin que sea consciente de ello, comete un hecho doloso, como por ejemplo, un homicidio doloso, tendría que ser castigado por éste, es decir, por homicidio o incluso por asesinato. Una agravación de la pena de esta naturaleza aparece claramente como desproporcionada.

Se aduce entonces la cuestión de que también en el error de prohibición vencible (§ 17 2ª parte StGB) y en el estado de necesidad exculpante provocado (§ 35 parr.1 2ª parte StGB) se determina si subyace un hecho doloso o imprudente sólo a partir del hallazgo subjetivo en el momento temporal de la ejecución, pese a que aquí también estamos ante una «responsabilidad previa» (*Vorverschulden*). En relación a estos preceptos se advierte por ello simultáneamente que con la discusión de la problemática existente en torno al § 20 StGB se aborda una problemática general que va más allá de los casos de embriaguez, relativa a la consideración de la «responsabilidad previa»<sup>21</sup>. Los preceptos sobre error de prohibición y estado de necesidad exculpante mostraban que nos movemos de forma completamente coherente con el sistema si se exige consecuentemente también en relación al § 20 una limitación jurídicopositiva general para los casos de la «responsabilidad previa»<sup>22</sup>.

De hecho, manifestaciones de la más alta Jurisprudencia y de la doctrina dan a entender el argumento de que en el error de prohibición puede ejercer influencia sobre la culpabilidad por el hecho una «responsabilidad previa». Esto significa que un error de prohibición fue evitable debido a que el autor, antes del hecho, no se informó suficientemente<sup>23</sup>, o condujo su vida de una forma indiferente frente a los deberes jurídicos<sup>24</sup>. Es reco-

18. JZ 1996, 64, 69.

19. JZ 1996, 64, 72.

20. JZ 1996, 64, 71.

21. HRUSCHKA JZ 1989, 310, 313; STRENG JZ 1994, 709, 712; JEROUSCHEK JuS 1997, 385, 389; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER §20 marg.

35.

22. HRUSCHKA, JZ, 1996, 64, 68; *el mismo*, JZ 1997, 22, 24.

23. BGHSf. 2, 194, 201; BGH NSfZ 1993, 594; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER § 17 marg. 14; SCHROEDER i en LK, 11ª Ed., §17 margs.

41 y ss.

24. BGHSf. 2, 194, 208 f.; RUDOLPHI, *Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, 1969, pp. 254

y ss.

mendable sin embargo acordarse de una cuestión paralela referida al delito imprudente, toda vez que en la evitabilidad del error de prohibición se trata de un tipo de «imprudencia jurídica». También en la imprudencia juega precisamente con frecuencia un papel importante el que el autor se hubiera informado de forma más exacta y con ello hubiera podido evitar el resultado. Pero en la doctrina sobre la imprudencia se ha abierto camino ya desde hace tiempo el punto de vista de que al autor no se le hace responsable por haber infringido un mandato jurídico, relativo a recabar determinadas informaciones, o de lo contrario actuar con conocimiento de causa. Antes bien se le culpa al autor en la comisión de un delito imprudente de que haya efectuado de forma contraria a la prohibición una acción, pese a no disponer de un estado de información suficiente<sup>25</sup>. Pero esto denota que también por lo que se refiere a la pregunta de la evitabilidad en el error de prohibición está en juego la coincidencia con el hecho cometido en estado de error. Se trata de que el autor realizó el hecho, pese a que pudo haber reconocido que no había hecho uso en absoluto, o sólo de un modo insuficiente, de la posibilidad de informarse previamente sobre la situación jurídica. La consideración de la evitabilidad del error de prohibición no implica por tanto una quiebra del principio de coincidencia<sup>26</sup>. Podría, por cierto, pensarse entonces que también podría argumentarse de modo parecido por lo que se refiere a la inimputabilidad. ¿Cabría hablar de que en los casos de inimputabilidad a causa del alcohol existe culpabilidad en el momento del hecho cometido en estado de embriaguez porque el autor actúa pese a estar ebrio? Esto debe ser claramente rechazado. La diferencia entre las dos constelaciones de casos reside en que el autor que actúa en error de prohibición vencible se encuentra en pleno disfrute de sus capacidades psíquicas y por ello podría haber tenido en cuenta que comete el hecho sin haberse informado antes suficientemente sobre la situación jurídica. El autor que actúa en estado de embriaguez, por el contrario, no está, invariablemente, en condiciones de reconocer el injusto o de comportarse conforme a un tal conocimiento.

Tampoco se sostiene el argumento de que en el campo del estado de necesidad exculpante la «res-

ponsabilidad previa» juega un papel limitativo. El punto de vista limitativo advertido en el § 35 párr. 1 inciso 2 StGB, de que el autor no debe haber provocado la situación de estado de necesidad significa en efecto que es tomada en consideración una infracción del deber que se sitúa en el campo previo y que tiene como consecuencia la situación de necesidad. Pero esto sucede debido a que en el estado de necesidad exculpante existe un marco de juego en relación al límite de exigibilidad que conduce en virtud de la decisión legal a la exculpación. Si el autor mismo ha provocado la situación de necesidad mediante una infracción culpable del deber, es consecuente que la ley eleve para dichos casos la frontera de la exigibilidad que decide sobre la exculpación en el momento del hecho<sup>27</sup>.

Además una limitación de la inimputabilidad en casos de una llamada «responsabilidad previa» tendría como consecuencia una considerable dilatación de la punibilidad. Porque se iría más allá del ámbito de la inimputabilidad por embriaguez -conllevando una consecuencia inadvertida-, de modo que habría que incluir todas aquellas causas evitables que conducen a una inimputabilidad. Podría tratarse de sucesos no oportunos en el tratamiento médico, y otros casos de mera culpabilidad por la conducción de la vida, en los cuales nadie sopesa seriamente rehusar al autor la consideración de la inimputabilidad. Sobre ello ha advertido por otra parte la Sala 4ª de lo penal<sup>28</sup>.

Que ni el modelo de la excepción ni, del mismo modo, el modelo de la extensión sean aceptables tiene que ver con el hecho de que los representantes de estas concepciones parten de «culpabilidad» sin un «injusto del hecho» ya dado. Pero el concepto penal de la culpabilidad en el Derecho Penal del hecho atañe a la culpabilidad por el hecho y se refiere por consiguiente a un injusto simultáneo. Quien a tenor del tipo no se comporta de modo antijurídico no incurre todavía en una culpabilidad penalmente relevante. Frente a ello no cabe aducir en relación a los casos de embriaguez que, con todo, siempre ha tenido lugar el injusto del delito de peligro abstracto del § 323 a StGB; porque la problemática para el debate existente afecta a la culpabilidad en relación al hecho cometido en estado de embriaguez, de modo que

25. JESCHECK/WEIGEND Allg. Teil p. 581; SCHROEDER en: LK, § 16 marg. 139. Consúltese, además, HIRSCH ZStW 93 (1981), 831, 857 y ss.

26. En esta dirección también STRATENWERTH Armin Kaufmann-GedSchr., 1989, pp. 485, 489 y ss.

27. Sobre todo ello, consúltese. HIRSCH en LK, 11ª Ed., § 35 marg. 47 y ss; véase también ROXIN LACKNER-FESTSCHR., 1987, pp. 397, 311.

28. BGHSf, 42, 235, 240 y ss.

su injusto ya tiene que haber comenzado. La ley parte por consiguiente con buenas razones de forma directa del principio de la culpabilidad por el hecho basado en el principio de coincidencia.

Se demuestra con ello que el modelo de la excepción -y lo mismo cabe decir respecto al de la extensión- no representa una solución coherente. El principio de la culpabilidad por el hecho referido a la realización del hecho no permite ninguna excepción. Por consiguiente es erróneo proponer al legislador dicho quebrantamiento.

III. 1. La discusión debe concentrarse por lo tanto en la cuestión de cómo conciliar la solución de los casos de la a.l.i.c con el principio de la culpabilidad por el hecho, esto es con la idea de la coincidencia. Si ello se evidenciara como no posible, entonces la valoración dominante constatada inicialmente sería incorrecta y una comprensión penal afinada tendría que limitarse a una construcción del tipo del § 323 a StGB.

Para la concepción tradicional de la a.l.i.c, a saber "la solución del tipo", se trata de elaborar la concordancia con el principio de culpabilidad por el hecho. No es trascendente a este respecto la concepción según la cual debe asumirse aquí una anticipación del injusto típico debido a la causalidad<sup>29</sup>. Es evidente que la causalidad por sí sola no puede ofrecer todavía una aclaración de que el injusto típico del hecho comience ya con el hecho de embriagarse. Con el recurso a la causalidad podría englobarse en la tipicidad cualquier posible acción perteneciente al campo previo. Se precisa por tanto una aclaración y ordenación dogmática más precisa.

La idea decisiva, que constituye el fundamento de la jurisprudencia tradicional, la ha expresado en una antigua sentencia el Tribunal del Imperio con las siguientes palabras: Si el autor ebrio inimputable «hubiera transferido la realización del hecho a un tercero inconsciente, entonces jurídicamente no hubiera hecho algo distinto a lo que ahora ha hecho. Tanto en un caso como en el otro ha acometido libre y conscientemente una acción a través de la cual», la realización del hecho «fue llevada a cabo por una persona inimputable»<sup>30</sup>.

Lo que pretende la solución del tipo de la a.l.i.c dolosa es una trasposición del principio de solución de la figura jurídica de la autoría mediata a los supuestos de hecho en los cuales el autor se coloca en un estado de embriaguez y tiene, en los casos de a.l.i.c dolosos, el dolo de cometer a continuación en estado de inimputabilidad por embriaguez un hecho típicamente-antijurídico<sup>31</sup>. Esto significa que según esta concepción el injusto ya habría comenzado con la *actio praecedens* y por tanto se daría parte del hecho típico. El comienzo del hecho se daría entonces ya con la acción mediata. Sólo una interpretación así puede aclarar porqué debe acudir al dolo del tipo en el momento de la *actio praecedens* en relación a la pregunta de si hay que castigar a causa de un hecho doloso.

Del mismo modo se trataría en relación a la a.l.i.c imprudente, contra el punto de vista<sup>32</sup> sostenido en conexión con HORN por la Sala 4ª de lo Penal del BGH, de la idea de la comisión mediata. Esto se manifiesta sólo de manera menos clara, ya que en general en casos de hechos imprudentes la acción descuidada está todavía conexonada no pocas veces a través de más eslabones con la realización inmediata del resultado. Estos eslabones pueden consistir en la acción de otro, o también del autor mismo. Una expresa categorización como autoría mediata se entiende aquí como superficial, ya que se llega tan sólo, debido al concepto unitario de autor vigente en relación a la imprudencia, a la existencia de una falta de cuidado del autor conducente al resultado<sup>33</sup>.

Los representantes del punto de vista tradicional no ven por consiguiente ningún motivo para invocar al legislador. Entienden que la solución proviene de figuras jurídicas conocidas (autoría mediata, delito imprudente). Para ellos se trata sólo de una subsunción en el derecho vigente.

2. ¿Pero cómo procede frente a las objeciones argüidas en contra?

a) La objeción de que en el § 25 párrafo 1. 2. inciso del StGB se habla en relación a la autoría mediata sólo de comisión «mediante un tercero»<sup>34</sup> es débil. Porque por lo que se refiere a la a.l.i.c esta-

29. BAUMANN/WEBER/MITSCH Allg. Teil, 10ª Ed., p. 408; MAURACH/ZIPF Allg. Teil I, 8ª Ed., p. 500; TRÖNDLE § 20 marg. 19; OEHLER JZ 1970, 381; PUPPE JuS 1980, 346, 347. De la Jurisprudencia reciente: BGHSt. 17, 333; 21, 381.

30. RGSt. 22, 413, 415.

31. HIRSCH ZStW-Beiheft 1981, 2, 9; SPENDEL en: LK, 11ª Ed., §323 a marg. 36; el mismo . JR 1997, 133, 134 y ss; JAKOBS All. Teil, 2ª Ed, 17/64; ROXIN LACKNER-FESTSCHR., p. 307, 314; el mismo . Allg. Teil I, 3ª Ed., p. 783; HERZBERG

32. BGHSt. 42, 235, 236 invocando a HORN GA 1969, 289, quien entre tanto ha modificado su punto de vista anterior (vease StV 1997, 264, 265 y ss).

33. ROXIN LACKNER-FESTSCHR., pp. 307, 312; el mismo. Allg. Teil 1 p. 783.

34. Así, sin embargo, PAEFFGEN ZStW 97 (1985), 513, 518; HETTINGER Kaufmann-Festschr., p. 581, 585; STRENG JZ 1994, 709, 710.

mos ante un supuesto de la primera alternativa del precepto<sup>35</sup>, donde se habla de que el autor comete el hecho por sí mismo, comprendiendo cualquier forma de comisión propia. A esto no puede objetarse que el legislador ha tomado en cuenta sólo la autoría inmediata bajo la primera alternativa. Precisamente la a.l.i.c. le era conocida, y no la consideró como necesitada de regulación expresa.

b) De mayor peso es la objeción de que el modelo del tipo implica un adelantamiento incorrecto del injusto<sup>36</sup>. Si el autor realiza por sí mismo el tipo, parece que debe tratarse siempre del mismo momento en relación al comienzo de su injusto típico: el del comienzo de su acción típica inmediata. Si se consideran las cosas sin embargo desde el punto de vista de la autoría mediata, entonces debe tener validez en relación al comienzo del injusto típico lo paralelo a la autoría mediata, es decir que cobra relevancia ya allí no otra cosa que un momento de la acción anterior. Al igual que en la autoría mediata el injusto del actuante mediato comienza ya con la *actio praececedens*, y prosigue entonces desde el momento de la «transferencia» («*Aus-der-Hand-Gebens*»), pasando por el actuar del instrumento hasta la consecución del resultado, también tendría que comportarse así según esta construcción de la a.l.i.c. Dependiendo de que concurra sencillamente una comisión inmediata, o bien una mediata, se extiende el injusto típico en el campo previo de forma diversamente amplia.

En este punto se alegan no obstante dudas acerca de la a.l.i.c. en relación a la cuestión de la tentativa. Si se parte de que el injusto del hecho comienza ya con el hecho de embriagarse, esto indica que el comienzo de la tentativa se da ya con este suceso<sup>37</sup>. Si se admite, por el contrario, como la solución de la excepción o de la extensión, la culpabilidad sin injusto en el hecho de embriagarse, solamente se puede considerar que hay tentativa desde el momento del arranque de la ejecución inmediata de la acción cometida en estado de embriaguez<sup>38</sup>. La objeción se concreta por tanto en que el autor, que se dedica a embriagarse, todavía

no comienza una acción típica, por ejemplo una acción homicida.

Sin embargo, no se trata de nuevo de un problema específico de la a.l.i.c., sino de una cuestión general de la comisión mediata, usual de la autoría mediata. En dicha sede es conocida la discusión sobre si hay que localizar el comienzo de la tentativa ya en el estadio de la actividad del autor mediato o si tan sólo puede ser radicada en el comienzo de la acción del intermediario<sup>39</sup>. La opinión dominante se orienta en torno a la actuación del autor mediato. Es decir, el autor mediato comienza el hecho desde el momento en que «transfiere» el suceso<sup>40</sup>.

A favor de la opinión dominante habla que la figura jurídica de la autoría mediata representa una forma de aparición del círculo más amplio de los casos, en los cuales un instrumento actuante autónomo entre el comportamiento del autor y el resultado posibilita el hecho. El autor que suelta a un perro mordedor de su cadena y lo azuza contra un tercero, ha hecho todo lo necesario por su parte para la realización del resultado. Concorre, por tanto, toda vez que él se ha desconectado del suceso, ya incluso una tentativa acabada. Por consiguiente sólo se es consecuente si se obra de modo paralelo en el caso de instrumentos humanos, esto es por ejemplo en la utilización de un enfermo mental o un embriagado pleno como intermediario. En esta relación también debe observarse que el instigador en todos estos casos ya mediante su actuación entra en conflicto con el mandato normativo, consistente en omitir la causación del resultado. Si el mandato normativo dirigido al autor se refiriera primeramente al momento en que el instrumento empieza con el suceso ejecutivo en sentido estricto, entonces caería aquél en el vacío; porque sería ya demasiado tarde, al haber sucedido ya todo desde el punto de vista del instigador. Que el mandato normativo se refiere ya al momento anterior, se confirma por el hecho de que las acciones de provocación para delinquir, así como las de complicidad existentes en el campo pre-

35. Así ya SCHILD Triffterer-Fes 230, 231.

36. HRUSCHKA JuS 1968, 554, 557; NEUMANN, *Zurechnung und »Vorverschulden«*, 1985, pp. 33 y ss; PAEFFGEN ZStW 97 (1985), 513, 519; OTTO Jura 1986, 426, 428; HETTINGER (nota. 3) p. 437; STRENG ZStW 101 (1989), 273, 309; el mismo. JZ 1994, 709, 710; SALGER/MUTSBAUER NSz 1993, 561, 563; JESCHECK/WEIGEND Allg. Teil p. 447.

37. En este sentido también JAKOBS Allg. Teil 17/68; ROXIN LACKNER-FESTSCHR., pp. 307, 314; el mismo. Allg. Teil I p. 784; MAURACH JuS 1961, 373, 374; PUPPE JuS 1980, 346, 349.

38. Así JESCHECK/WEIGEND Allg. Teil p. 447; KÜPER LEFERENZ-FESTSCHR., STRENG JZ 1994, 709, 712.

39. Sobre el estado de la discusión véase ROXIN en LK, 11ª Ed., § 25 marg. 150 y ss; VOGLER en: LK, 10ª Ed., § 22 marg. 96 y ss.; KÜPER JZ 1983, pp. 361 y ss; KÜHL JuS 1983, pp. 180 y ss.

40. BGHSt. 30, 363, 365; 40, 257, 269; ROXIN en: LK, § 25 marg. 152 con más referencias.

vio, son ilegítimas. El injusto de la autoría mediata se diferencia de éstas sólo porque en ella el autor tiene él mismo en la mano la dirección del suceso.

Si por lo que se refiere a la autoría mediata el injusto comienza ya con la actuación del actuante mediato y por ello hay que localizar aquí ya el comienzo de la tentativa, entonces se comporta del mismo modo que la a.l.i.c, porque allí no rige algo distinto en relación al momento del mandato normativo. Que alguien coloque a un tercero en una embriaguez plena para situarlo como intermediario de la realización de un resultado típico, o que el autor obre de ese modo consigo mismo, no implica en esa medida diferencia alguna. El paralelismo con la autoría mediata significa junto a ello que aquel que se emborracha en el bar obteniendo valor para cometer un delito, no ya con ello incurre en el estadio de la tentativa. Un comportamiento tal es tan poco suficiente como aquel en que alguien suministra alcohol a un tercero, que debe cometer un delito, para la superación de escrúpulos. También aquí rigen criterios paralelos.

Pero tampoco resultaría objeción alguna contra la solución del tipo de la a.l.i.c si se quisiera compartir la opinión minoritaria según la cual el comienzo de la tentativa de la autoría mediata se quiere referir sólo al momento de comienzo de la acción del intermediario<sup>41</sup>. Lo que tuviera que regir para la autoría mediata, tendría que regir por tanto también aquí. Si se quiere sostener la llamada solución global para la autoría mediata, situando el comienzo de la tentativa sólo en el inicio de la acción ejecutiva inmediata, entonces tendría que regir consecuentemente lo mismo para la a.l.i.c y viceversa. El tratamiento global ha sido por cierto poco profundizado desde un punto de vista sistemático. Porque un mandato normativo no puede interponer su autoridad con carácter retroactivo, sino que debe existir en el momento de la actuación del autor, un comienzo posterior de la punibilidad sólo podría ser concebido dogmáticamente como condición objetiva de punibilidad. En concreto cabe advertir

sobre las correspondientes cuestiones en relación a la coautoría, cuando allí se estima como suficiente, con la doctrina dominante, una aportación al hecho anterior al comienzo de la ejecución del hecho emprendida a través de otros partícipes.

El comienzo de la tentativa no puede por consiguiente aducirse como argumento contra el modelo del tipo de la a.l.i.c.

c) Pero el análisis requiere todavía conocer las consecuencias que derivan de que el camino hacia la inimputabilidad por embriaguez pasa en primer lugar por la imputabilidad aminorada. En la autoría mediata la doctrina mayoritaria habla, en coherencia con el comienzo de la tentativa, de la «transferencia» del suceso<sup>42</sup>. Este momento parece sólo concurrir en la a.l.i.c cuando el autor alcanza el grado de inimputabilidad por embriaguez. Por ello si nos situamos en el último momento anterior, tenemos ya en cualquier caso una imputabilidad fuertemente aminorada. Se formula por tanto la pregunta de si la construcción de la a.l.i.c no conduce consecuentemente a tener que asumir siempre una imputabilidad aminorada<sup>43</sup>. Esta cuestión debe ser sin embargo rechazada porque el arranque inmediato del hecho comienza ya cuando el autor empieza a llevar a cabo su resolución del hecho. Este es el caso en la a.l.i.c desde el momento en que el umbral hacia el traspaso de los límites de la imputabilidad aminorada es directamente inminente<sup>44</sup>. Desde aquí existe precisamente un riesgo manifiesto. Este estadio de la tentativa inacabada no se extiende solamente hasta «la transferencia» existente en el momento de invocar la inimputabilidad, sino aún más allá. Porque precisamente en la a.l.i.c el autor mismo es el instrumento, le favorecen además las posibilidades de desistimiento que están a disposición de un intermediario. Una tentativa inacabada persiste por ello en tanto el autor tiene la posibilidad de impedir la consumación no haciendo<sup>45</sup>. La llamada localización del comienzo del hecho muestra simultáneamente que ello no depende de si está prevista en la ley para la imputabilidad disminuida una atenuación de

41. Así VOGLER en: LK, § 22 marg. 101; KÜPER JZ 1983, 361, 369 (en ambos casos con más referencias).

42. Confróntense las referencias de la nota a pie nº 40.

43. Formula esta objeción NEUMANN (nota a pie nº 36), p. 36.

44. Así también ROXIN LACKNER-FESTSCHR., pp. 307, 318.

45. El comienzo de la punibilidad de la tentativa según el modelo del tipo no conduce, en contra de la opinión de NEUMANN (nota a pie nº 36), pp. 39 y ss, a fricciones en relación al desistimiento. ROXIN LACKNER-FESTSCHR., pp. 307, 318 y ss. ha expuesto ya que la inimputabilidad no se opone a la decisión voluntaria aquí supuesta, y que esa cuestión aparece diferida temporalmente también en otros modelos. El caso en el que el autor en estado de embriaguez se duerme y por tanto no procede ya a la ejecución inmediata, afecta a una problemática especial de delimitación entre el comienzo de la tentativa (¿peligrosidad?), tentativa inidónea y desistimiento de la tentativa inacabada.

la pena facultativa, como en el § 21 StGB, u obligatoria.

d) Una objeción ulterior dice que el modelo del tipo basado en la comisión mediata fracasa en los delitos que contienen una descripción determinada de la actividad, en especial en los delitos de propia mano, por lo que conduce a lagunas de punibilidad injustificables<sup>46</sup>.

Roxin<sup>47</sup> ha afirmado por el contrario que es lógico rechazar la realización de delitos de propia mano en casos de comisión mediata, remitiéndose a los §§ 153 y ss StGB. Hay que observar sin embargo que la autorealización sólo implica la exclusión de la comisión por un tercero. Por ello se rechaza con razón respecto a ella la posibilidad de autoría mediata cometida por un tercero. Pero en la a.l.i.c se trata de una acción del autor mismo. Que tenga que ver con un delito de propia mano no se contrapone por ello básicamente a la a.l.i.c.

Una cuestión a diferenciar es si una actividad mencionada en una prescripción penal implica que el momento del comienzo de la acción está limitado al inicio de la acción típica inmediata. Se llama la atención al respecto sobre todo acerca de los hechos penales relativos a la circulación, en concreto sobre los tipos penales de puesta en peligro del tráfico (§ 315 c StGB) y de embriaguez en el tráfico (§ 316 StGB), así como de la conducción sin permiso (§ 21 StVG)<sup>48</sup>. La resolución de 1996 de la Sala 4ª de lo penal tiene por objeto este contenido. La Sala opina, desviándose de la más alta Jurisprudencia anterior, que la figura jurídica de la a.l.i.c no es aplicable en estos casos<sup>49</sup>. Contra el punto de vista sostenido por la Sala el parágrafo 323 a StGB no ofrece una solución global satisfactoria, toda vez que no toma en cuenta suficientemente la conexión subjetiva del embriagarse con la acción del hecho inmediata ejecutada en estado de inimputabilidad, como ha sido puesto de relieve en esencia al principio.

Hay que examinar por consiguiente de modo más exacto, si la solución del tipo de la a.l.i.c fracasa realmente en los delitos cuestionados. Como ya ha sido comprobado, se trata, en atención a la identidad del autor, de una actuación mediata e inmediata, exclusivamente de la pregunta de cuál es el efecto temporal que tiene para el comienzo del hecho el que en el § 315 c y § 316 StGB, así como en el § 21 StVG, se hable de «conducir» un vehículo. Si

esto exigiera que con carácter general el hecho sólo puede comenzar con la conducción, entonces tendría que eliminarse *de lege lata* absolutamente la penalización a causa de dichos hechos conforme al principio de coincidencia consagrado en el § 20 StGB debido a la falta de imputabilidad concurrente en ese momento. Pero para la respuesta a la cuestión se demuestra también aquí útil una mirada más exacta de la doctrina sobre la autoría y sobre la tentativa: conforme a su esencia la actuación del actuante mediato en la comisión mediata concurre temporalmente antes que la acción ejecutiva inmediata. Quien comete como autor mediato un robo a través de un intermediario, no realiza por ello normalmente ya el comienzo de la acción inmediata de sustracción. No obstante es penado por robo -a saber, por la consumación perfecta realizada a través del intermediario, o si no por tentativa-. La razón para ello es que el actuante mediato domina ya el suceso toda vez que pone en marcha al instrumento porque confía el desarrollo ulterior en un caso de este tipo a la actuación automática del actuar del intermediario. Puesto que el comienzo de una acción de sustracción mediata concurre antes que la inmediata, nosotros entendemos que tiene que ver en esa medida con una relatividad del comienzo del hecho, lo cual apunta la cuestión presente en el debate de si de forma excepcional en los parágrafos 315 c StGB y 21 StVG -así como en el parágrafo 316 StGB- la descripción de la acción se contrapone tal vez a una relativización tal del comienzo de la acción. La palabra «conduce» podría apoyarlo. Pero este argumento conforme al tenor literal no aporta mucho. Se encuentran muchos otros elementos de la acción, p.e «amenaza» y «engañar», respecto de los cuales no se arguyen tales objeciones. Esto es también explicable porque aquel que asume de forma mediata una amenaza o una simulación de la misma a través de un intermediario inimputable, ha puesto en funcionamiento la correspondiente acción del hecho a través del arranque de la «transferencia» del suceso, de modo que aquélla fue por él iniciada. En este momento el autor mediato entra en conflicto, como ya se señaló, con el mandato normativo.

Tampoco resulta una idea diferente de los parágrafos 153 y ss, a los que alude Roxin para la inaplicabilidad de la a.l.i.c en los delitos de expresión. En el tipo del falso testimonio (§ 153 StGB) por

46. HRUSCHKA JuS 1968, 554, 556; el mismo. JZ 1997, 22, 23; HETTINGER (nota a pie nº 3), p. 439; STRENG ZStW 101 (1989), 273, 310; el mismo. JZ 1994, 709, 710; SALGER/MUTZBAUER NSIZ 1993, 561, 565; JEROUSCHEK JuS 1997, 385, 388; HARDTUNG NZV 1997, 97, 101.

47. LACKNER-FESTSCHR., p. 307, 317; el mismo. Allg. Teil I p. 785.

48. JÄHNKE en: LK, § 20 marg. 77; SCHÖNCKE/SCHRÖDER/LENCKNER § 20 marg. 35; OTTO Jura 1986, 426, 428; ROXIN Lackner-Festschr., pp. 307, 318; HETTINGER GA 1989, 1, 13; SALGER/MUTZBAUER NSIZ 1993, 561, 565; NEUMANN StV 1997, 23, 24.

49. BGHSt. 42, 235, 238 contra BGHSt. 17, 333.



tanto el hecho sólo comienza básicamente con el inicio de la toma de declaración y en el perjurio (§ 154 StGB) se reconoce por cierto básicamente que el comienzo de la ejecución sólo se da a partir del comienzo de la prestación del juramento. *Roxin* entiende por consiguiente que la a.l.i.c no es posible en el caso en que alguien tomara un psicofármaco excluyente de la culpabilidad para, en ese estado, testimoniar falsamente en la consiguiente declaración<sup>50</sup>. Pero también aquí hay que observar que –sin perjuicio de las cuestiones provenientes del Derecho Procesal (consecuencias jurídicas materiales de una prestación de juramento ilícita)– el comienzo del hecho normalmente válido se relativiza excepcionalmente, en la medida que se trata de una ejecución del hecho mediata –aquí por el propio autor–. La infracción a la norma existe por tanto ya toda vez que el autor se dispone a «transferir» la capacidad de dirección en orden a la realización del hecho. Esto se ve confirmado por el tipo penal de la inducción al falso juramento (§ 160 StGB). Si precisamente en este precepto relativo a la acción contraria al mandato normativo penalmente reforzado de no originar una declaración falsa, éste ya se infringe cuando se dispone a un tercero a la ejecución mediata, entonces esto tiene que ser primero jurídicamente posible cuando el propio testigo que ha de declarar se convierte en instrumento del hecho conforme a los párrafos 153 ó 154 StGB. El que un tercero actuante con el dolo de originar una declaración falsa ponga al testigo el psicofármaco a escondidas en el café para desinhibirlo o que esto lo haga conscientemente el testigo con la misma intención, sólo implica una diferencia típica bajo el punto de vista de que en el último caso se trata del injusto más grave de un hecho de propia mano.

Que un comienzo anterior de la acción de esta naturaleza es posible en cualquier caso en los párrafos 315 c y 316 StGB, así como en el párrafo 21 StVG, se confirma añadidamente porque la conducción resultante de un vehículo de motor en estado de incapacidad para conducir o sin permiso de conducción también puede basarse en la imprudencia. La falta de cuidado que conduce a un acontecimiento de este tipo, puede residir aquí –como también de no ser así– antes de la conducción misma.

Estas reflexiones muestran que el tradicional modelo del tipo de la a.l.i.c, frente al punto de vista de la Sala 4ª de lo penal del Tribunal Supremo, afecta plenamente a los delitos antes mencionados: toda vez que la acción del hecho conforme al injusto comienza ya con la –arriba precisada– conexión con la «transferencia» del transcurso del suceso, basta con la existencia de culpabilidad en ese momento. Lo que sucede después es un automatismo legal en curso. También en los casos clásicos de la autoría mediata se llega a este momento: si alguien pone en marcha a un tercero como intermediario de un asesinato, entonces no se lo exonera más, que si él se encuentra en el momento de la ejecución por el tercero en estado de inimputabilidad. Del mismo modo lo ve el modelo del tipo en la a.l.i.c. La peculiaridad de la problemática suscitada en los delitos contra el tráfico consiste únicamente en que, a causa de su carácter de delitos de propia mano, una comisión mediata del hecho sólo es en modo alguno posible por parte de aquel que en estado de inimputabilidad asume también la acción ejecutiva inmediata – esto es, en el caso de la a.l.i.c<sup>51</sup>.

Tampoco cabe deducir de estas cuestiones objeciones contra la a.l.i.c.

IV. Se muestra, por consiguiente, que las objeciones argüidas contra la a.l.i.c no son concluyentes. El modelo del tipo subyacente, basado en la comisión mediata, constituye una base sólida. Si un tercero puede utilizar a un hombre como intermediario para una autoría mediata, colocándolo en una embriaguez excluyente de la imputabilidad, entonces puede un hombre también hacerlo consigo mismo. La ventaja de la solución del tipo consiste justamente en que se desprende como consecuencia lógica de los principios teóricos generales del Derecho Penal asentados en la ley. Quien los rechaza e invoque en su lugar una excepción de la exigencia de coincidencia objeto de regulación cuestiona el principio de la culpabilidad por el hecho del Derecho Penal de hecho, y diluye la correspondencia entre la culpabilidad y la infracción del mandato normativo. Hay que esperar, por ello, que en el Tribunal Supremo alemán no se imponga la actual tendencia de la Sala 4ª de lo penal de despedirse de la a.l.i.c, sino el punto de vista corroborativo de esta figura jurídica de la Sala 3ª de lo penal<sup>52</sup>.

50. Confróntese nota nº 47.

51. Sobre lo anterior, confróntese ya HIRSCH NSiZ 1997, 230, 231 y ss.

52. BGH NSiZ 1997, 230.