



LA "ACTIO LIBERA IN CAUSA" EN EL DERECHO PENAL

Dr. Francisco Castillo González.
Profesor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Costa Rica.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

1. La "actio libera in causa" (en adelante, "alic") es la figura jurídica desarrollada por la doctrina para dar una respuesta a la problemática contenida en estos tres casos:

Caso No. 1.

Juan se droga con la finalidad de ponerse en estado de incapacidad de entender y de querer para, en ese estado, ultimar a su enemigo, lo cual efectivamente hace.

Caso No. 2.

José, empleado de ferrocarril encargado de cambiar las agujas de las vías para que cada tren circule por el carril correcto, debe cambiar las agujas a las doce meridiano. Sabiendo que su enemigo viaja en uno de esos trenes y queriendo ultimarle mediante el choque de trenes, José se toma a las diez de la mañana un barbitúrico, de modo que a las doce horas, tiempo en que debía hacer el cambio de agujas, él se encuentra totalmente dormido y la catástrofe sobreviene.

Caso No. 3.

Pedro, pulpero, recibió de buena fe un billete falsificado. Posteriormente se da cuenta y entonces mezcla el billete falso con verdaderos. Sin un examen de cada billete en particular no podía determinar, después de la mezcla, cuál era el falso. Al dar vuelta, José entregó en una ocasión el billete falso, sin darse cuenta de ello en el momento preciso en que lo hacía.

Lo común a estos tres casos es que en el mo-

mento de la consumación faltan presupuestos requeridos por los respectivos tipos penales y que el agente ha provocado voluntariamente la exclusión del elemento del delito faltante, con el fin de realizar el hecho punible en estado de incapacidad. Lo que diferencia a los tres casos, es que el No. 1 el autor se provoca una grave alteración de la conciencia y excluye su capacidad de entender y de querer, presupuesto de la culpabilidad, la cual es, a su vez, el fundamento para la aplicación de una pena (Arts. 19, 30, 42 Cód. pen.); en el No. 2, el agente excluye, por el contrario, su capacidad de acción, requerida para atribuir al sujeto la acción u omisión en que consiste el delito; en el No. 3 el autor excluye, mediante un acto precedente, el dolo directo requerido por el tipo penal en el artículo 365 del Código Penal.

II. CAMPO DE APLICACION DE LA "ALIC".

2. La "alic" se desarrolló históricamente a partir del análisis de los efectos del licor sobre la responsabilidad penal (1) y muchos autores circunscriben su campo de aplicación a la exclusión voluntaria, por el agente, de su imputabilidad. Hoy día la mayor parte de la doctrina alemana considera que el dominio de la "alic" se extiende a la exclusión provocada de la culpabilidad y de la capacidad de acción. Hay quienes (2) consideran que las reglas de la "alic" deben aplicarse a cualquier

(1) Sobre la historia de la "alic" véase CORSONELLO, págs. 10 ss.; DIAZ PALOS, pág. 186; SCHWINGHAMMER, págs. 3 ss.; RODRIGUEZ DEVEZA, (P.G.), pág. 432 ss.

(2) Así, entre otros, MAURACH, JuS 1961, págs. 373 ss.; BAUMANN, pág. 370 ss.; SCHWINGHAMMER, págs. 52 ss.

hipótesis en la que el agente provoque la exclusión voluntaria de cualquier elemento del delito, —tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad—, y haya cierta relación entre el acto voluntario que produce el defecto y la realización del tipo penal. Nosotros pensamos, empero, que el campo de aplicación de la "alic" es la exclusión de la imputabilidad, de la capacidad de acción y del dolo directo (3), con el fin de realizar dolosamente un tipo penal (4).

A. Estructura de la "alic" dolosa.

3. Una "alic" dolosa existe cuando el agente causa, dolosamente, su propia incapacidad y en tal situación realiza dolosamente la acción típica, a la cual iba dirigido su dolo en el momento de ejecutar la "actio praecedens" (5). El dolo del agente debe dirigirse tanto a la producción del estado de incapacidad como a la realización de la acción típica en estado de incapacidad (6).

- (3) En nuestra opinión, la exclusión voluntaria de un elemento del tipo penal, —de modo que la conducta sea atípica—, no es un caso de "alic". Esta solamente existe si se produce la realización del tipo penal; si el agente hace desaparecer el elemento tipicidad, entonces el resultado, en sentido amplio, no puede producirse. Y lo que no existe, no puede atribuirse al agente ni antes ni después de ponerse en estado de incapacidad (Así, KOLZ, pág. 103. Tampoco pertenece al campo de la "alic" la exclusión voluntaria de la antijuridicidad, como sostienen algunos (por ejemplo, KOLZ, pág. 111 y SCHWINGHAMMER, pág. 68). Las causas de justificación tienen como límite tácito la inexistencia del abuso del derecho que ellas otorgan. Y quien provoca la situación objetiva para luego actuar en situación similar a la de la causa de justificación, no puede prevalerse de ésta. El artículo 25 Cód. pen. establece como condición la legitimidad, —es decir, ausencia de abuso— del ejercicio del derecho. El artículo 27 Cód. pen. pone como requisito que el agente no haya provocado voluntariamente el peligro que permite la lesión justificada del bien ajeno en el estado de necesidad. No podría, por ejemplo, alegar estado de necesidad quien provoca al perro del vecino para que lo ataque y así poder matarlo sin cometer el delito de daños.

El punto de la aplicación de las reglas de la "alic" a la exclusión provocada y voluntaria por el agente de un elemento de la antijuridicidad se ha discutido principalmente con relación a la llamada "legítima defensa provocada" ("actio illicita in causa"). ROXIN (ZStW 75, pág. 551) rechaza la aplicación de las reglas de la "alic" al caso de la legítima defensa provocada porque el provocador no tiene el dominio del hecho; KRAUSE (págs. 309 ss.) también, pero fundándose en que tanto la "actio praecedens" como el acto de defensa, —actuación "in actu"— son actos de libre voluntad del provocador y, por consiguiente, no puede plantearse un caso de "alic". A nosotros nos parece que la tesis que considera que toda legítima defensa provocada implica un caso de "alic" es falsa y su falsedad se prueba por la falsedad de las consecuencias que derivan de ese postulado. Conforme a éste habría que afirmar que la reacción del provocado siempre es un acto de legítima defensa (lo que es falso) y que en caso de provocación, la legítima defensa siempre está excluida para el provocador (lo que también es falso). Nuestra jurisprudencia fundamenta la exclusión de la legítima defensa cuando ha habido provocación suficiente ora en el abuso del derecho ora en el "versari in re illicita", especialmente en los casos de riña aceptada.

- (4) Una importante corriente doctrinal habla de "alic" culposa, la cual se da cuando el agente, dolosa o culposamente, se coloca en estado de incapacidad y culposamente no considera que en tal estado podrá realizar determinado hecho punible (Así, entre otros, RUDOLPHI und and., Vorb. § 20, Anm. 33; SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorb. § 20, Anm. 36; STRATENWERTH, pág. 159; LACKNER, Vorb. § 20, Anm. 8 c); PREISENDANZ, Vorb. § 20, Anm. 6 a); JESCHECK, pág. 335. Según esta opinión, en la "alic" culposa puede darse tanto la culpa consciente como la inconsciente; la primera ocurre cuando el agente, al ponerse (dolosa o culposamente) en estado de incapacidad, prevé la posibilidad de realizar en tal estado un hecho punible, pero confía, de modo contrario al deber, que él no realizará el ilícito (Así, PREISENDANZ, Vorb. § 20, Anm. 6 a)); la segunda, cuando el agente, al ponerse en estado de incapacidad, no prevé, cuando debía jurídicamente hacerlo, que él podía en tal estado realizar un hecho punible (Así, PREISENDANZ, Vorb. § 20, Anm. 6 a)). Nuestro legislador parte de la existencia de la "alic" culposa en el artículo 44 Cód. pen. (Cfr. PADILLA, "Exposición de Motivos", Nota al art. 44). Pero en los artículos 117 y 128 del Cód. pen., —en aparente contradicción con lo dicho en el artículo 44—, impone como pena accesoria la cancelación del permiso para conducir vehículos, "si el hecho fuere cometido bajo los efectos de bebidas alcohólicas o drogas enervantes".

En nuestra opinión es correcta la tesis doctrinal que afirma que en el campo del hecho culposo la figura de la "alic" carece de sentido y es, por tanto, innecesaria, porque si el comportamiento anterior, realizado en estado de responsabilidad, es contrario al deber de cuidado impuesto por el ordenamiento jurídico, ese comportamiento fundamenta, sin más ni más, la responsabilidad culposa, pues el mismo es ya una acción típica de culpa con relación al resultado producido (Así, entre otros, ZAFFARONI, pág. 381; OTTO, pág. 194; HORN, G.A. 1969, págs. 289 ss. Parcialmente, JESCHECK (pág. 335) y BLEI (pág. 65), quienes excluyen la "alic" para aquellos casos en los que tomar licor, por ejemplo, y ponerse en estado de incapacidad a sabiendas de que se ha de conducir el auto, es una acción típica del resultado culposo producido, pero quieren conservar la "alic" culposa para los casos en los que ponerse en estado de ebriedad, por ejemplo, no es parte del tipo culposo realizado. Esto ocurre en el derecho penal alemán en el § 316, Abs. 2 StGB, que castiga conducir culposamente un vehículo en estado de ebriedad. Nuestro derecho no tiene un tipo parecido al § 316 Abs. 2 StGB alemán).

Nuestra jurisprudencia ha afirmado, aún después de la vigencia del artículo 44 Cód. Pen., que constituye "imprudencia" conducir un vehículo en estado de ebriedad con el cual se causan muerte o lesiones; por ello ha condenado, sin recurrir a la construcción de la "alic" culposa, por lesiones u homicidio culposos. Punto de partida de la visión jurisprudencial es la regla "causa causae est causa causati", la cual ha servido, —conjuntamente con la máxima de Bossius "Sequens actus ostendit qualis fuerit animus a principio" (según cita de CORSONELLO, pág. 28)—, para tratar los casos de ebriedad voluntaria, pero no preordenada, como casos de culpa.

- (5) Así, JESCHECK, pág. 335.

- (6) Así, entre otros, LACKNER, Vorb. § 20, Anm. 8 a); CRAMER, JZ 1968, pág. 273; KRAUSE, págs. 305 y 312; HRUSCHKA, JuS 1968, págs. 554 y 558; JESCHECK, pág. 335; OHLER, JZ 1970, pág. 380; GEILEN, JuS 1972, pág. 73; MAÜRACH, JuS 1961, pág. 373 s.; BLEI, pág. 65; OTTO, pág. 194; DREHER, Vorb. § 20, Anm. 7; SCHMIDHAUSER, pág. 386 s.

1. El dolo dirigido a la producción del estado de incapacidad.

4. La particularidad de la "alic" consiste en que el agente utiliza su propia incapacidad como causa del resultado punible (7). Por ello, el acto de ponerse en estado de incapacidad debe ser doloso (8). Poco importa que el individuo se cause a sí mismo el estado de incapacidad, —por ejemplo, dolosamente se embriaga—, o que sea otro, con su consentimiento quien le cause tal estado, —por ejemplo, se deja inyectar un soporífero o se deja hipnotizar—; lo importante es que el autor quiera tal estado y quiera utilizarlo para la realización del tipo penal.

Respecto a la producción del estado de incapacidad como medio de realización del resultado, basta el dolo eventual (9). Así, hay "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 éste se produjera (10). Si el agente culposamente se emborracha, por ejemplo, o cae en estado de incapacidad a consecuencia de un caso fortuito y en tal estado realiza un hecho punible, no hay "alic". En el caso de ebriedad culposa, productora de estado de incapacidad, en la cual se realice un tipo penal, habrá responsabilidad culposa, si hay violación al deber de cuidado y si el legislador establece responsabilidad a título de culpa; de lo contrario, habrá impunidad. Tampoco es caso de "alic" dolosa aquel en que el agente decide matar a su enemigo, pero antes de poder realizar su decisión, cae en estado de incapacidad sin culpa de su parte y en tal estado realiza el hecho punible (11).

5. Es en el momento de ponerse en estado de incapacidad cuando hay que apreciar los motivos del hecho y las circunstancias agravantes o calificativas. Por ejemplo, es en este momento en que

hay que apreciar la existencia de los motivos y finalidades exigidos por el artículo 212 Cód. pen., para la existencia del homicidio calificado. Circunstancias calificativas ocurridas después de que entró en estado de incapacidad, —como podría ser, por ejemplo, el ensañamiento—, no son atribuibles al agente (12). En el caso de los delitos calificados por el resultado, éste debe ser cubierto por el dolo del agente, antes que entre en estado de incapacidad (13).

Para terceros, que participen en un caso de "alic", dependiendo del caso concreto, valen los principios generales de las formas de participación (14). La autoría mediata está excluida, sin embargo, de la "alic", porque en aquélla el agente utiliza al autor mediato como instrumento, lo cual es incompatible con la actitud del autor de la "alic", quien se pone a sí mismo o es puesto por otro, con su consentimiento, en estado de incapacidad.

2. El dolo dirigido a la realización de determinado tipo penal.

6. El hecho realizado en estado de incapacidad es en la "alic" fundamento de la punibilidad, aunque no el punto central para determinar el injusto (15). Es por ello que el dolo debe dirigirse a la comisión de un determinado delito en estado de incapacidad (16).

Para fundamentar la "alic" dolosa basta el dolo eventual (17). Por ejemplo, el agente previó como posible la realización de un delito determinado en estado de incapacidad, no lo quiso, pero aceptó tal realización en estado de incapacidad, si ella se producía. Si el dolo del agente estaba dirigido a la comisión en estado de incapacidad de determinada especie de delitos, —por ejemplo, violar a una persona—, basta que luego, en estado de incapacidad, el agente realice un delito de tal especie (que viole

(7) Así, SCHWINGHAMMER, pág. 34.

(8) Así, SCHWINGHAMMER, pág. 34.

(9) Así, entre otros, PREISENDANZ, Vorb. § 20, Anm. 6 a).

(10) Así, SCHWINGHAMMER, pág. 34.

(11) Así, SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorb. § 20, Anm. 34; SCHWINGHAMMER, pág. 37. Por ejemplo A quiere matar a B, pero antes de que éste aparezca en el lugar en que A lo esperaba, éste es víctima de un ataque epiléptico y en tal estado A mata a B.

(12) Así, BAUMANN, pág. 370; BLEI, pág. 63; ENGISCH, G.A. 1955, pág. 161.

(13) Así, BAUMANN, pág. 370.

(14) Así, MAURACH, JuS 1961, pág. 380.

(15) Así, SCHWINGHAMMER, pág. 37.

(16) Así, entre otros, JESCHECK, pág. 335; SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorb. § 20, Anm. 35.

(17) Así, entre otros, PREISENDANZ, Vorb. § 20, Anm. 6 a); DREHER, Vorb. § 20, Anm. 7; STRATENWERTH, pág. 159; SCHWINGHAMMER, pág. 38; RUDOLPHI und and., Vorb. § 21, Anm. 31.

a cualquier mujer) (18). Si el dolo era dirigido a la realización de determinado delito, pero realiza otro en estado de incapacidad, se aplican los principios generales relativos al error (error sobre el proceso causal, error "in persona", "aberratio ictus") (19). Se aplican las reglas del "aberratio ictus" (y no las del error "in persona") si el autor quería violar en estado de incapacidad a la mujer A, pero viola a la mujer B (20).

No basta para constituir el dolo, la circunstancia de que el agente conozca su tendencia a realizar determinados actos en estado de incapacidad, —por ejemplo, sabe que el licor lo torna violento—, y que, efectivamente, en estado de incapacidad, lesione a determinada persona (21).

B. Fundamento de la punibilidad de la "alic".

7. Salvo contadas excepciones (22), la doctrina moderna es partidaria de la punibilidad de la "alic". Dos son principalmente los fundamentos que se dan para castigarla: aplicación de las reglas de la autoría mediata y aplicación de los principios generales que fundamentan la culpabilidad.

1. La tesis de la "alic" como especie de autoría mediata.

8. Una corriente doctrinal fundamenta la punibilidad de la "alic" en la figura de la autoría mediata (23), porque el autor se utiliza a sí mismo como instrumento. Para emplear la expresión de

Sauer (24), "el autor divide su querer y obrar sólo externamente en dos actos, para librarse de responsabilidad; es decir, es simultáneamente autor mediato imputable e instrumento inimputable". Y así como debe castigarse al tercero, autor mediato, por el hecho realizado por el instrumento, así también debe castigarse al individuo que, poniéndose en estado de incapacidad, se utiliza a sí mismo como instrumento.

Esta tesis es equivocada: no se pueden equiparar autoría mediata y "alic"; la primera requiere dos autores, el mediato y el inmediato, simple instrumento; en la segunda no hay esta dicotomía de autores. Aunque pudiera construirse para la "alic" una "autoautoría mediata", un paralelo con la autoría mediata sólo es posible en el momento en que el sujeto se pone a sí mismo en estado de incapacidad; después de este momento desaparece en la "alic" el autor mediato (autor detrás del autor) (25). Por otro lado, la autoría mediata requiere que el autor mediato tenga dominio del hecho en el desarrollo de los acontecimientos, lo cual no ocurre en la "alic" porque después de que el agente se pone en estado de incapacidad, desapareciendo el autor detrás del autor, no puede dominar el desarrollo objetivo de los acontecimientos (26). Además, mientras que la "alic" es admisible en todos los delitos, la autoría mediata, según la doctrina dominante, es incompatible con los delitos de propia mano (27). Por último, los autores que fundan la punibilidad de la "alic"

(18) Así, entre otros, RUDOLPHI und and., Vorb. § 21, Anm. 31; SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorb. § 20, Anm. 35.

(19) Así, entre otros, CRAMER, JZ 1968, pág. 275; SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorb. § 20, Anm. 35; RUDOLPHI und and., Vorb. § 21, Anm. 31.

(20) Así, SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorb. § 21, Anm. 31.

(21) Así, SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorb. § 20, Anm. 35.

(22) La tesis de la impunidad de la "alic" es sostenida con distintos argumentos: unos afirman la impunidad por la falta de concomitancia entre el dolo y la acción realizada en estado de incapacidad, mientras que otros sostienen que, a consecuencia de la total incapacidad del agente, se rompe la relación de causalidad entre la libre resolución de cometer el delito y la acción realizada en estado de incapacidad. Ambas posiciones plantean incorrectamente el problema, porque no es la acción realizada en estado de incapacidad lo que fundamenta la punibilidad de la "alic", sino la "actio praecedens" (acción anterior que fundamenta el estado de incapacidad). KATZENSTEIN (pág. 50 s.) plantea el problema de la punibilidad de la "alic" a partir de la "actio praecedens", pero llega a la conclusión de que debe haber impunidad porque, siendo la "actio praecedens" acción culpable, no es típica ni antijurídica, dado que estas cualidades solamente las poseen los actos de ejecución y la "actio praecedens" es un simple acto preparatorio (En igual sentido, HRUSCHKA, JuS 1968, págs. 554 ss.). Veremos que esta tesis es equivocada.

(23) Así, entre otros, CARRARA, I, § 343, págs. 233 s.; SAUER, pág. 145; KOCH, pág. 117; JIMENEZ DE ASUA, pág. 337; NOVOA MONREAL, I, pág. 454; ROMERO SOTO (PG), II, págs. 36 s.; MAYER, JZ 1956, pág. 111; PREISENDANZ, Vorb. § 20, Anm. 6 c). Algunos autores hablan simplemente de una analogía entre "alic" y autoría mediata. En tal sentido, JESCHECK, pág. 335; KRAUSE, pág. 312.

(24) SAUER, pág. 145.

(25) Así, SCHWINGHAMMER, pág. 25.

(26) Así, SCHWINGHAMMER, pág. 26.

(27) Así, KOLZ, pág. 26 s.

en la autoría mediata y admiten la existencia de una "alic" culposa, caen en una evidente contradicción, porque no existe una autoría mediata culposa (28).

2. La tesis correcta: punibilidad de la "alic" conforme a los principios generales de la culpabilidad.

9. Lo que fundamenta la punibilidad de la "alic" es la relación de culpabilidad que une a la "actio praecedens" con su consecuencia, que es el resultado (29). El Derecho Penal moderno se basa en la acción del agente y su correspondiente responsabilidad, —"*nullum crimen sine actione, nulla poena sine culpa*"—, y la "alic" es una acción por la cual el agente establece, en estado de libre voluntad y capacidad, la causa definitiva para la realización del tipo penal, causa que entrará en operación cuando él se encuentre en estado de incapacidad o de imputabilidad disminuida (30).

Punto de partida es la "actio praecedens", la cual es típica, antijurídica y culpable. Es culpable, porque quien se pone en estado de incapacidad, a sabiendas de que en ese estado va a matar a su enemigo, comete un homicidio doloso (31): esencial es la relación de culpabilidad que establece el autor entre esa acción ("actio praecedens"), en el momento de ponerse en estado de incapacidad, y la realización en tal estado del tipo penal (resultado) (32). La "actio praecedens" es también típica: es, conforme al principio "*causa causae est causa causati*", la causa del resultado y para imputar al autor una acción como causa del resultado no es necesario que tal acción sea la última en el tiempo

(33). Desde el punto de vista del resultado producido (valoración *ex post*) es acción típica no sólo disparar sobre la víctima, sino tomar licor, productor de la grave perturbación de la consciencia, a sabiendas de que en ese estado se ejecutará el homicidio (34). El tipo injusto ("*Unrechtstatbestand*") involucra todas aquellas conductas lesivas al bien jurídico tutelado, que crean peligro objetivo de realización del resultado. Por último, la "actio praecedens" es también antijurídica: el juicio sobre la antijuridicidad de la acción es posterior al examen de su tipicidad (35) y la acción de emborracharse para matar en tal estado al enemigo, por no ser socialmente adecuada, no es atípica, sino, por tanto, antijurídica.

10. Dado que la "actio praecedens" cumple con todos los requisitos de cualquier acción típica, antijurídica y culpable, se afirma que los casos de "alic" son excepciones aparentes a los principios de culpabilidad (36). No es, entonces, como afirman algunos (37), que la imputación del hecho realizado en estado de incapacidad se retrotrae al estado anterior de capacidad, porque lo que se imputa no es aquél, sino la "actio praecedens".

Cuando se dice que la "alic" es impune porque la "actio praecedens" es un simple acto preparatorio se confunden dos cosas distintas: la tipicidad de esa acción vista "ex post", —que no ofrece duda—, y el problema de saber si esa acción, cuando no se produce el resultado, es un acto de tentativa (ejecución) o un simple acto preparatorio. Con la doctrina dominante (38) podemos afirmar que el adelanto de las manipulaciones por

(28) Así, SCHWINGHAMMER, págs. 26 s.

(29) Así, entre otros, MAURACH, JuS 1961, págs. 373 ss.; SCHWINGHAMMER, pág. 29 ss.; RUDOLPHI und and., Vorb. § 21, Anm. 28; BAUMANN, págs. 370 ss.; LACKNER, Vorb. § 20, Anm. 8; SCHMIDHÄUSER, pág. 251; OTTO, pág. 194; DREHER, Vorb. § 20, Anm. 7; LANGE (LK), Vorb. § 21, Anm. 71; STRATENWERTH, pág. 159.

(30) Así, LACKNER, Vorb. § 20, Anm. 8.

(31) BAUMANN, pág. 370 s.; KOLZ, págs. 41 y 52; OTTO, pág. 194.

(32) Así, BAUMANN, pág. 370 s.; SCHWINGHAMMER, pág. 30.

(33) Así, SCHMIDHÄUSER, pág. 251. Partimos del concepto de tipo injusto ("Unrechtstatbestand"). Es cierto, como afirma BAUMANN (pág. 371) que si se parte del concepto de tipo de la doctrina clásica, causal y desprovisto de contenido valorativo, las dificultades que presenta la "alic" en el campo de la tipicidad y de la antijuridicidad, se aminoran. Un intento, con resultados poco convincentes, de examinar la problemática de la "alic" desde el punto de vista del concepto de tipo de la doctrina clásica es el de KOLZ.

(34) Así, SCHMIDHÄUSER, pág. 251.

(35) Contra KOLZ, pág. 63 ss. quien, con relación a la "alic" examina primero la culpabilidad de la "actio praecedens", luego su antijuridicidad y por último su tipicidad.

(36) Así, HURTADO POZO, pág. 269.

(37) Así, por ejemplo, SOLER, II, pág. 46; VENDITTI, Riv. It. di Dir. Pen., 1957, pág. 547; LABATUT GLENA, I (PG), pág. 179.

(38) En tal sentido, entre otros, JESCHECK, pág. 396; STRATENWERTH, pág. 159; SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorb. § 22, Anm. 55 y 56; SCHMIDHÄUSER, pág. 617. Otros autores ven un acto de tentativa en la simple acción de po-

el autor de los actos tendientes a la realización del tipo penal no implica necesariamente un adelanto de la acción típica, cuando se trate de delitos de acción, porque el autor debe crear, de acuerdo con su plan del hecho, un peligro inmediato para el bien jurídico tutelado, para que se dé la tipicidad de la acción. En los delitos de acción, "acción cercana a la consumación", que es lo que implica acción de tentativa, puede ser, dependiendo del caso, la acción del agente de ponerse en estado de incapacidad o bien el comienzo de ejecución, cuando él se encuentre en estado de incapacidad (39). Distinta es la situación en los delitos omisivos ("*omissio libera in causa*"): en éstos hay acto de ejecución, —en el caso, tentativa—, cuando el agente pierde su capacidad de actuar responsablemente, porque en este momento crea ya un peligro objetivo para el bien jurídico tutelado (40). En el caso del guardavías, que se pone en estado de incapacidad para no poder cambiar luego las agujas, el estado de la tentativa se alcanza cuando se pone en tal estado.

11. Puesto que típica, antijurídica y culpable es la "*actio praecedens*", el término técnico "*actio libera in causa*", usado a falta de otro mejor, es inapropiado, porque designa la actuación del agente en estado de incapacidad, mientras que el fundamento de la punibilidad es la acción anterior al estado de incapacidad, acción que es, más bien, "*in actu libera*" (41). Solamente la actuación del agente en estado de incapacidad puede ser "*in causa libera*". Además, el término técnico "*actio libera in causa*" deja por fuera la "*omissio libera in causa*".

III. LOS CASOS DE "ALIC" EN PARTICULAR.

12. Como hemos dicho, casos de "alic" son solamente la provocación de la incapacidad de entender y de querer, la provocación de la incapacidad de acción y la exclusión voluntaria del dolo directo, requerido por el tipo penal.

A. Provocación voluntaria de la incapacidad de entender y de querer.

13. La imputabilidad depende de que el agente, en el momento de la acción u omisión, —es decir, en el momento en que realiza u omite el movimiento corporal que es manifestación de su voluntad (Arts. 19 y 42 Cód. pen.)—, posea la capacidad de entender el carácter ilícito del hecho y de determinarse de acuerdo con esa comprensión. No es necesaria, empero, esta capacidad de entender y de querer después de iniciada la acción o en el momento del resultado. Por momento de la "acción u omisión" debe entenderse aquel en que el agente realiza las actuaciones que, implicando dirección de los acontecimientos posteriores, llevan a la realización del tipo penal (42). Por consiguiente, el individuo que es imputable en el momento de realizar la "*actio praecedens*", es imputable en el sentido del artículo 42 Cód. pen., es culpable y en tal concepto merecedor de una pena (Arts. 30 y 42 Cód. pen.).

14. El legislador costarricense regula, de modo innecesario, el caso de la provocación voluntaria de la incapacidad de entender y de querer en el artículo 44 Cód. pen., el cual dispone:

"Cuando el agente haya provocado la perturbación de la consciencia 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 ese estado y aún podrá agravarse la respectiva pena si el propósito hubiere sido facilitar su realización o procurarse una excusa".

Derivando la punibilidad de la "alic" de los principios generales, como se ha demostrado, este artículo no solamente no cumple ninguna función, sino que también puede conducir a errores interpretativos, pues da la impresión de que, por excepción a las reglas generales, se castiga el hecho de un inimputable, cuando en realidad se trata del hecho de un imputable (43). Una correcta interpretación del Código Penal, conforme a los principios de la

nerse en estado de incapacidad, porque a partir de este momento el autor encarrila el desarrollo del hecho conforme a su dominio culpable del mismo. Así, MAURACH, JuS 1961, pág. 374; RUDOLPHI und and., Vorb. § 22, Anm. 21.

(39) Así, STRATENWERTH, pág. 160; SCHMIDHAUSER, págs. 617 s.

(40) Así, SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorb. § 20, Anm. 56.

(41) Así, HRUSCHKA, JuS 1968, pág. 555; KOLZ, pág. 19.

(42) Así, entre otros, STRATENWERTH, pág. 159; OTTO, pág. 194; JESCHECK, pág. 335.

(43) El artículo 44 Cód. pen. tiene su fuente en el artículo 92, párrafo segundo del Código penal italiano de 1930, que dispone: "Se l'ubriachezza era preordinata al fine di commettere il reato, o di prepararsi una scusa, la pena è aumentata".

culpabilidad, tiene que hacer caso omiso del artículo 44 Cód. pen. (44), el cual solamente tiene vigencia en tanto que crea una circunstancia agravante, facultativa para el juez, en los casos en los que el propósito del agente haya sido, al ponerse en estado de inimputabilidad o de imputabilidad disminuida, facilitar la realización del hecho o procurarse una excusa (45).

B. Provocación de la incapacidad de acción.

15. De acuerdo a la doctrina dominante (46) es caso de "alic" la voluntaria provocación por el agente de su incapacidad de construir una libre voluntad o de realizarla.

Dos son las posibilidades de incapacidad de acción: la primera se da cuando el agente excluye su propia libertad de decisión, a pesar de realizar un comportamiento cuasimaquinal (por ejemplo, dormir) (47). Esta incapacidad de acción puede darse en la forma de acción (la madre, queriendo asfixiar al 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 debe actuar y cambiar las vías) (48). La 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 pone en tal estado que no puede realizar la voluntad libremente construida. Esta forma de incapacidad de acción puede generar sólo una omisión, propia o impropia, pero no un delito de acción (49). Un caso de omisión propia es la del testigo que, citado el día tal a la hora tal para un juicio, se hace encerrar horas antes para no concurrir al debate. Caso de un delito de omisión impropia es el del guardavías, que se hace amarrar a un árbol, para no poder cambiar las vías en el momento de llegada de los trenes.

16. Se ha dicho (50) que la figura de la "alic" en el caso de incapacidad de acción es innecesaria porque, habiéndose puesto el sujeto voluntariamente en la situación que da lugar al delito, responde igualmente si se puso en estado de incapacidad de acción como si simplemente incumplió sin estar incapacitado. No habiendo en la hipótesis ni fuerza mayor, ni caso fortuito ni ausencia de no exigibilidad de otra conducta, el individuo responde conforme a las reglas generales, sin necesidad de recurrir a la "alic". La crítica no tiene fundamento: el acto de emborracharse del guardavías solamente adquiere relevancia respecto al momento en que debe producirse la acción esperada, esencia del delito omisivo, y por ello el legislador requiere que, en el momento de la acción esperada, el agente se encuentre con capacidad de acción. Si el guar-

(44) Las lagunas y contradicciones que se crearían si se viera el problema de la "alic" únicamente a través del artículo 44 Cód. pen. serían enormes. Algunas de ellas son las siguientes: a) Quedarían por fuera los demás casos de "alic" (incapacidad de acción y exclusión del dolo directo). No toda incapacidad de acción produce perturbación de la consciencia (por ejemplo, en el sueño hay incapacidad de acción sin perturbación de la consciencia) ni toda perturbación de la consciencia produce incapacidad de acción (por ejemplo, el individuo drogado sigue actuando). b) Al hablar del "hecho cometido" el artículo 44 Cód. pen. se refiere sólo a los delitos de acción realizados en estado de incapacidad. Deja por fuera, por tanto, los casos de la "omissio libera in causa". c) El artículo 44 Cód. pen. habla únicamente de la provocación de una "perturbación de la consciencia", mientras que conforme al artículo 42 Ibid. la inimputabilidad no solamente existe a causa de grave perturbación de la consciencia, sino también a causa de enfermedad mental. La única justificación para tal limitación solamente podría ser la creencia de que una enfermedad mental no puede ser provocada por el agente, —lo cual es falso—, o que la producción de una enfermedad mental, por su carácter de permanencia, justifica una medida de seguridad. Es cierto que el legislador equipara legalmente las toxicomanías habituales y el alcoholismo crónico a la enfermedad mental (Art. 98 inc. 6 Cód. pen.), pero esta circunstancia no es suficiente para justificar la limitación introducida por el artículo 44 Cód. pen., porque un estado similar a la enfermedad mental puede producirse por medios distintos a la toxicomanía y al alcoholismo. d) El artículo 44 Cód. pen. regula la "alic" culposa, la cual, a parte de no tener jurídicamente sustento, entra en contradicción con la jurisprudencia sobre alcoholismo (o toxicomanía) y hecho culposo y con los artículos 117 y 128 del Código penal, como se ha dicho.

(45) Aunque el artículo 44 Cód. pen. se refiere a la "alic" dolosa y a la "alic" culposa es evidente que la circunstancia agravante solamente puede referirse a la "alic" dolosa. Ahora bien, es difícil encontrar un caso de "alic" dolosa en la que no haya el propósito de facilitar la realización del hecho o de procurarse una excusa. De modo, pues, que la aplicación general para todos los casos contradice el carácter de circunstancia agravante facultativa que tiene la dispuesta en el artículo 44 Cód. pen.

(46) Así, entre otros SCHWINGHAMMER, pág. 52; SCHONKE-SCHRODER, Vorb. § 20, Anm. 33 a); JESCHECK, pág. 335.

(47) Así, SCHWINGHAMMER, pág. 53.

(48) Así, SCHWINGHAMMER, pág. 53.

(49) Así, SCHWINGHAMMER, pág. 54.

(50) Entre otros, VENDITTI, Riv. It. di Dir. Pen. 1957, págs. 555 s.; RODRIGUEZ DE VESA (PG), pág. 435; ZAFFARONI, pág. 383.



davías simplemente se emborracha, se aleja del lugar, juega a las cartas con olvido de su deber o se duerme y por ello no cambia las vías, no por ello es autor de un delito de descarrilamiento doloso o de un homicidio calificado. Lo que confiere al hecho su carácter doloso es la unión psíquica que hace el sujeto entre el acto de ponerse en estado de incapacidad y el resultado y la circunstancia de que él utiliza su incapacidad de acción como medio para la realización del tipo penal.

C. Exclusión del dolo directo provocada por el agente.

17. En el caso No. 3 puesto al inicio de este trabajo, el autor actúa "*in actu*" sin el conocimiento requerido por el tipo penal, a causa de un comportamiento anterior suyo, de carácter culpable ("*actio praecedens*"), pero sin que le falte imputabilidad o capacidad de acción. El caso se rige por las reglas de la "*alic*".

Condición esencial para la existencia de esta forma de "*alic*" es que el agente excluya el dolo directo y que el tipo penal respectivo no pueda ser realizado con dolo eventual (51). En efecto, la culpabilidad subsiste, conforme a las reglas generales, si hay dolo eventual, el cual, tampoco puede excluir el autor por medio de manipulaciones, porque siendo consciente de éstas, acepta también la realización del tipo penal, si se produce.

IV. CONCLUSIONES.

18. Del presente estudio podemos sacar las siguientes conclusiones:

1. Durante mucho tiempo se enfocó equivocadamente el problema de la "*actio libera in causa*". Se partía, para analizar el problema de su punibilidad, de la acción realizada por el agente en estado de incapacidad y no, como es correcto, de la acción por la cual el agente se pone en estado de incapacidad, con el fin de realizar en tal estado un determinado tipo penal ("*actio praecedens*").

2. El campo de aplicación de la "*actio libera in causa*", término técnico que involucra también la "*omissio libera in causa*", es la actuación dolosa por la cual el agente provoca una situación defectuosa que afecta la culpabilidad (capacidad de entender y de querer, capacidad de acción y dolo directo, exigido por algunos tipos penales). No

pertenecen a la problemática ni la "*actio libera in causa*" llamada culposa, —en tal hipótesis el autor responde conforme a los principios generales—, ni los casos en los que el agente provoca una situación defectuosa que afecta la tipicidad o la antijuridicidad.

3. El artículo 44 del Código penal no juega papel alguno en la definición de la responsabilidad del autor de una "*actio libera in causa*". Ese artículo más bien induce al intérprete a error y su aplicación equivocada puede producir enormes lagunas en el Derecho penal costarricense. "*De lege lata*", el intérprete debe resolver los problemas de la "*actio libera in causa*" con prescindencia del artículo 44 del Código penal, excepto en lo que se refiere a la circunstancia agravante de aplicación facultativa que establece. "*De lege ferenda*", el legislador debe derogar el artículo 44 Cód. Pen.

V. BIBLIOGRAFIA.

- BAUMANN. "*Strafrecht*", A.T., 7. Aufl., Bielefeld, 1975.
- BLEI. "*Strafrecht I*", A.T., 16. Aufl. München, 1975.
- CARRARA. "*Programa de Derecho Criminal*", Parte General, Vol. I, Bogotá, 1956.
- CORSONELLO. "*Actiones liberae in causa*", Padova, 1947.
- CRAMER. "*Verschuldete Zurechnungsunfähigkeit —actio libera in causa— § 330 a StGB*", en JZ 1971, págs. 766 ss.
- DIAZ PALOS. "*Imputabilidad*" ("*Teoría General de la Imputabilidad*"), Barcelona, 1965.
- DREHER. "*Strafgesetzbuch und Nebengesetze*", 35. Aufl., München, 1975.
- GEILEN. "*Sukzessive Zurechnungsunfähigkeit, Unterbringung und Rücktritt— BGHSt 23, 356*", en JuS 1972, págs. 73 ss.
- HORN. "*Actio libera in causa— eine notwendige, eine zulässige Rechtsfigur?*", en G.A., 1969, págs. 289 ss.
- HRUSCHKA. "*Der Begriff der actio libera in causa und die Begründung ihrer Strafbarkeit— BGH St 21, 381*", en JuS 1968, págs. 554 ss.
- HURTADO POZO. "*Manual de Derecho Penal*", Parte General, Lima, 1979.

(51) Así, KOLZ, pág. 113; SCHWINGHAMMER, pág. 117.

- JESCHECK. *"Lehrbuch des Strafrechts"* (A.T.), 2. Aufl., Berlín, 1972.
- JIMENEZ DE ASUA. *"La Ley y el Delito"*, 3a. ed., México-Buenos Aires, 1959.
- KATZENSTEIN. *"Die Straflosigkeit der actio libera in causa"*, Berlín, 1901.
- KOLZ. *"Die Problematik der actio libera in causa"* ("Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Verbrechenslehre"), Diss. Univ. zu Frankfurt am Main, 1970.
- KRAUSE. *"Betrachtungen zur actio libera in causa, insbesondere in der Form vorsätzlicher Begehung"*, en Festschrift für Hellmuth Mayer ("Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft"), Berlín, 1966, págs. 305 ss.
- LABATUT GLENA. *"Derecho Penal"* (PG), 5a. ed., Santiago de Chile, 1968.
- LACKNER. *"Strafgesetzbuch mit Erläuterungen"*, 9. Aufl., München, 1975.
- LANGE. Vorb. § 21 en *"Strafgesetzbuch"* *"Leipziger Kommentar"*, 10. Aufl., Berlín-New York, 1978.
- MAURACH. *"Fragen der actio libera in causa"*, JuS 1961, págs. 373 ss.
- MAYER. *"Das Problem des sog. dolus generalis"*, JZ 1956, págs. 109 ss.
- NOVOA MONREAL. *"Curso de Derecho Penal Chileno"*, Santiago de Chile, 1966.
- OHLEH. *"Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung"*, 1059.
- OTTO. *"Grundkurs Strafrecht"* (A.T.), Berlín-New York, 1976.
- PREISENDANZ. *"Strafgesetzbuch"* ("Lehrkommentar"), 29. Aufl., Berlín, 1975.
- RODRIGUEZ DEVESA. *"Derecho Penal Español"* (P.G.), Madrid, 1981.
- ROMERO SOTO. *"Derecho Penal"* (P.G.), Bogotá, 1969.
- ROXIN. *"Die provozierte Notwehrlage"*, ZStW, 1963 (Bd. 75), págs. 160 ss.
- RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER. *"Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch"*, Frankfurt am Main, 1978 (citado, RUDOLPHI und and.)
- SAUER. *"Derecho Penal"* (P.G.), Barcelona, 1956.
- SCHMIDHÄUSER. *"Strafrecht"* (A.T.), 2. Aufl., Tübingen, 1975.
- SCHÖNKE-SCHRÖDER. *"Strafgesetzbuch"* "Kommentar", 18. Aufl., München, 1976.
- SCHWINGHAMMER. *"Die Rechtsfigur der actio libera in causa und ihr Anwendungsbereich über den Rahmen des § 51 StGB hinaus"*, Diss. Univ. München, 1966.
- STRATENWERTH. *"Strafrecht"* "Allgemeiner Teil I", Köln, Berlín, Bonn, München, 1971.
- VENDITTI. *"L'illicito penale libero in causa"*, en Riv. It. di Dir. Pen., 1957, págs. 546 ss.
- ZAFFARONI. *"Manual de Derecho Penal"*, Parte General, Buenos Aires, 1977.
- KOCH. *"Die actio libera in causa im ausländischen Strafrecht"*, Diss. Univ. Freiburg, 1956.
- SOLER. *"Derecho Penal Argentino"*, tomo II, Buenos Aires, 1951.