

Sobre la presencia de la «actio libera in causa» en el art. 8.1 del Código Penal

IGNACIO MUÑAGORRI LAGUIA

Universidad País Vasco

SUMARIO: 1. Introducción. 1.1. Delimitación del objeto de estudio: la estructura del art. 8.1 del Código Penal. 2. Presupuestos. 2.1. La imputabilidad en el momento de comisión como exigencia del principio de legalidad. 2.2. La imputabilidad y la inimputabilidad en el art. 8.1 del Código Penal: presencia de una «doble negación». 2.3. Remisión doctrinal a la estructura de la «acción libre en la causa». 3. Exposición de la doctrina sobre la estructura del art. 8.1 Código Penal a partir de la teoría de la «acción libre en la causa». 3.1. Antecedente: problematización político criminal de la exigencia de imputación en el momento de comisión. 3.2. Exposición doctrinal de la «acción libre en la causa». 3.2.1. Modelo de la tipicidad y modelo de la excepción. 3.2.2. Recurso a la similitud con la teoría de la autoría mediata. 3.3. Consecuencias de la elaboración doctrinal en la interpretación del art. 8.1. Código Penal 3.3.1. Admisión o rechazo de su carácter de excepción. 3.3.2. Interpretación literal o ampliación de la fórmula «buscado de propósito». 3.3.3. Interpretación de la expresión «para delinquir». 4. Comentario y conclusiones que se derivan. 4.1. Insuficiencia de la argumentación político criminal como criterio de aplicación. 4.2. Estructura contradictoria del art. 8.1 Código Penal 4.2.1. El art. 8.1 Código Penal como norma especial. 4.2.2. El artículo 8.1 Código Penal como excepción concreta al principio de responsabilidad. Su necesaria precisión legal. 4.3. Ausencia de ejecución típica en la acción precedente. 4.4. Conclusiones. 4.4.1. Contenido especial o de excepción en el art. 8 Código Penal 4.4.2. La acción posterior como referente, excepcional, de la imputabilidad. 4.4.3. Rechazo de la similitud con la teoría de la «autoría mediata». 4.4.4. Interpretación restrictiva de la expresión «para delinquir». 4.4.5. Interpretación restrictiva de la fórmula «de propósito». 4.4.6. Interpretación del contenido del art. 8.1. en base a la defensa de los principios de garantía. 4.5. Breve comentario al art. 22.1 de la P.A.N.C.P.

1. INTRODUCCION

1.1. Delimitación del objeto de estudio: la estructura del art. 8.1 del Código Penal

La interpretación del art. 8.1 del Código Penal se vincula generalmente con la teoría de la acción libre en la causa y es conocida la amplia complejidad que encierran los problemas derivados de la citada teoría cuya estructura dogmática y en parte sus consecuencias jurídicas «son discutibles y aún no han sido definitivamente aclaradas» en palabras de Lackner citadas por Roxín (1). Su presencia se entiende, en la opinión doctrinal mayoritaria, parcialmente positivizada en relación con supuestos de inimputabilidad como el trastorno transitorio del art. 8.1. del Código Penal («a no ser que este hay sido buscado de propósito para delinquir»), de semiimputabilidad, por la concordancia con el art. 9.1 del Código Penal, o con la circunstancia atenuante de embriaguez no habitual del art. 9.2 del Código Penal («siempre que no se haya producido con propósito de delinquir»). Pero también se vincula su vigencia con supuestos de negación de la acción típica en relación, por ejemplo, con situaciones de fuerza irresistible provocada o se plantea su estructura en momentos de interpretación de las exigencias del estado de necesidad (situación de necesidad no provocada intencionadamente por el sujeto del art. 8.7 del Código Penal). Se plantea así ante situaciones de ausencia de acción, ausencia de justificación o de ausencia de imputabilidad. Asimismo, su contenido cabe plantearlo en relación con comportamientos dolosos o imprudentes, y también, en base a concretas formas de tipificación, se analiza su posible presencia en conductas activas, omisivas o de comisión por omisión. Todo ello es una muestra del carácter multiforme y especialmente problemático que presenta la llamada «acción libre en la causa» y es por lo que, en este momento, no se pretende responder a toda su problemática con la amplitud que ella exige. Esta exposición pretende limitarse a comprender su posible presencia, dentro de nuestro derecho positivo, en la referencia parcial que parece estar contenida en el art. 8.1 del Código Penal, intentando relacionar dicha presencia por un lado con la estructura del delito, presente en nuestro ordenamiento y también con el propio sistema penal.

Este propósito que inicialmente se plantea como elemental, lleva sin duda a exponer la teoría citada, que ha sido acogida no sólo por la legislación, sino también por la jurisprudencia y por la ciencia, como ha indicado Gimbernat (2), y a comprobar su previsión en el art. 8.1 de nuestro Código Penal y, por tanto, la extensión o términos de esa previsión. Asi-

(1) C. L. ROXIN, *Observaciones sobre la «actio libera in causa»*, 1988, p. 37.

(2) E. GIMBERNAT, *Introducción a la parte general del derecho penal español* 1979, p. 76.

mismo, se hará referencia a la regulación anunciada por la P.A.N.C.P de 1983, a pesar de las dudas de la posible virtualidad del mencionado texto prelegislativo (3). Dicho texto, en su art. 22.1, paralelo al actual art. 8.1 C.P., transforma la fórmula genérica «para delinquir» por la referencia concreta a «el delito», e introduce una expresión más amplia que la ahora en vigor al excluir la eximente de trastorno mental transitorio cuando éste «hubiera sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o podido prever su comisión», introducción, pues, de la forma culposa que repite en el epígrafe 2.º del mismo art. 22 para la eximente de intoxicación plena causada por «bebidas alcohólicas, estupefacientes u otras sustancias que produzcan efectos análogos». Dentro de las circunstancias atenuantes contempladas en la P.A.N.C. el art. 23.2 hace referencia a la exigencia de no preordenación para que se de el efecto atenuatorio de la «intoxicación alcohólica o de otra índole que no llegue a tener plenitud de efectos sobre el sujeto».

2. PRESUPUESTOS

2.1. La imputabilidad en el momento de comisión como exigencia del principio de legalidad

Parece indudable que el momento de realización es una referencia y un elemento presente ineludible para cualquier consideración jurídico penal de la conducta. De ahí que pueda decirse que está implícito en el art. 1 del Código Penal al referirse a las «acciones y omisiones» pues estas deben situarse en el tiempo para que puedan ser consideradas como tales, esto es, existentes en cuanto comportamientos humanos objeto de la norma (acciones y omisiones como formas de realización típica) y de respuesta penal a su autor. Pero, a su vez, manifiesta su dimensión más relevante en su carácter inseparable del principio de legalidad. Con este significado aparece expresamente como «momento de producción» en el art. 25.1 constitucional. En la P.A.N.C.P se recoge en su art. 6 lo que ya había dispuesto el Proyecto de Código Penal de 1980, esto es, que «a efectos de determinar la ley aplicable en el tiempo, los delitos y las faltas se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar (4) y en la exi-

(3) E. GIMBERNAT, *Prólogo a la sexta edición del Código Penal*, 1989, p. 15: «De la misma manera que el saqueo ha desplazado al anticipo, el caos de las reformas asistemáticas ha sustituido a la armonía que hubiera supuesto la prometida aprobación de un nuevo Código Penal completo.»

(4) La P. A .N. del Código Penal añade a la redacción del Proyecto de 1980» sin perjuicio de lo dispuesto en el último párrafo del art. 21 y en el art. 110», en referencia a los supuestos de desistimiento voluntario y de prescripción respectivamente.

mente de intoxicación plena, ya mencionada del art. 22.2 hace una expresa referencia «al tiempo de cometer la infracción penal», expresión que si bien puede entenderse como una clausula de estilo no estrictamente necesaria, es útil para ahondar en la referencia a la situación temporal. Son éstas, así, referencias al momento que en cuanto dimensión temporal del injusto debe acoger o debe servir de obligada referencia a todos los elementos del injusto que dándose simultánea o coincidentemente en él, van a permitir la aplicación de la ley penal (5).

Esta referencia al momento es, pues, simplemente la que indica la dimensión temporal del delito, de ahí que sea pacífica la consideración de que también el elemento de la imputabilidad para la atribución del comportamiento al sujeto deba situarse en el momento de la realización de la conducta típica y antijurídica, esto es, que el autor ha de ser imputable en el momento de comisión de la misma como han expuesto Octavio de Toledo y Huerta (6) o como manifiestan Cobo del Rosal y Vives Antón para quienes por «regla general rige la coincidencia temporal del llamado «momento de inimputabilidad» con el «momento» (tiempo) de realización de la conducta típica, de suerte que ambos deben coincidir cronológicamente, es decir, han de producirse coetáneamente descontándose, en principio, un inimputabilidad antecedente o subsiguiente al tiempo en que se lleva a cabo concreta y realmente la acción típica» (7). Tal afirmación, no por obvia debe considerarse intrascendente ya que, cabe insistir, es exigida por el principio de legalidad, principio que al condicionar la pena a la posibilidad de conocimiento de la significación del hecho en la comunidad estatal, tal como expone Bacigalupo (8), debe estar en la base del Derecho Penal. La proyección positiva del principio «nullum crimen sine lege», y cabría decir también «nulla pena sine culpa», expone Torio desde su concepción del tipo y de la estructura del delito, «se concreta en la visión del tipo penal como tipo general de la acción punible, comprensivo de todas las exigencias propuestas por la pena, tanto objetivas como subjetivas, positivas como negativas», de ahí que la dimensión del delito, concreción a su vez del fundamental principio de legalidad, suponga también la imputabilidad y que ésta se presente como «momento

(5) T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS: *Síndrome de abstinencia y actio libera in causa*, 1989, p. 143. opina que «Nuestro código no establece expresamente que la capacidad de culpabilidad haya de apreciarse en el momento de ejecución del hecho».

(6) E. OCTAVIO DE TOLEDO, S. HUERTA, *Derecho Penal. Parte General*, 1986, p. 336.

(7) M. COBO DEL ROSAL, T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 1987, p. 405.

(8) BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, 1983, p. 165.

constituyente del delito» (9). También desde la propia dimensión de la imputabilidad en cuanto referencia no sólo ya a la normal motivación sino a la igualdad en dignidad y derecho de las personas (10) se consolida su necesaria presencia en el momento de comisión. En un razonamiento «a contrario», la ausencia de un elemento constitutivo del delito en el momento de realización supondrá, precisamente, la ausencia de delito.

2.2. La imputabilidad y la inimputabilidad en el art. 8.1 del Código Penal: presencia de una «doble negación»

Como se sabe el sistema dogmático, al definir el concepto de delito, utiliza en el proceso de definición tanto elementos positivos como sus negaciones. Estas últimas sirven para precisar y mejor delimitar la propia definición de los positivos y con ellos del delito. Así, las denominadas «circunstancias» contenidas en el Código Penal como eximentes, art. 8 del Código Penal, se ponen en relación con los elementos positivos y permiten, como si de un proceso artístico se tratase (en todo caso ha sido fruto de un proceso histórico creativo), perfilar, pulir y depurar la propia identidad de los elementos positivos y con ello la relevancia jurídico penal de los comportamientos. En este sentido, el epígrafe 1.º del art. 8 del Código Penal, artículo que en su párrafo primero y en toda la clasificación que contiene se refiere siempre y expresamente a los sujetos, como expresión del carácter «personal» de la responsabilidad penal («Están exentos...», «El...»), establece como regla que el que se halla en situación de trastorno mental transitorio, carece de responsabilidad penal. Sin embargo, el mismo art. 8.1, a continuación establece una excepción o una salvedad a esta regla de exención que consiste en que, a pesar de hallarse en situación de trastorno mental transitorio, el sujeto puede ser responsable penalmente si el trastorno ha sido «buscado de propósito para delinquir».

Como se ve, la estructura del art. 8.1 del Código Penal contiene una doble negación, en relación con una afirmación de referencia que es la responsabilidad penal. La primera negación consiste en hallarse en situación de trastorno mental transitorio en el momento de la comisión típica y antijurídica. Con ella se niega la afirmación de referen-

(9) A. TORIO, *Las fórmulas legislativas sobre la enfermedad mental. Discusión sobre el concepto de enajenación*, 1983, p. 969.

(10) J. BUSTOS, *Imputabilidad y edad penal*, 1989, p. 473. Una consideración de la imputabilidad en relación con el contexto sociocultural en que se da la conducta y más concretamente en relación con los procesos de socialización, en FR. MUÑOZ CONDE, *La imputabilidad del enfermo mental*, 1982, p. 130.

cia, esto es, la responsabilidad penal. La segunda negación se produce sólo en el supuesto en que el trastorno mental ha sido buscado de propósito para delinquir. Si se da este supuesto, segunda negación, lo que se niega es la eficacia eximente del trastorno mental transitorio. Este pierde así su carácter de exención y con ello se reafirma, de nuevo, la afirmación de referencia, esto es, la responsabilidad penal. Esta estructura que viene a negar eficacia a la eximente ha sido descrita acertadamente por Silvia Sánchez como similar a las situaciones de «fraude de ley». «En efecto, dice este autor, también en los casos de actio libera podría hablarse de una «ley defraudada» —la sancionatoria— y una «ley de cobertura» —la que establece la exención en los casos de justificación o de inimputabilidad» (11).

Un planteamiento paralelo puede hacerse en relación con los arts. 8.7, 9.1 y 9.2 del Código Penal. En el art. 8.7 porque la justificación que supone el estado de necesidad puede ser negada si tal situación de necesidad ha sido provocada intencionadamente por el sujeto. Con la negación de este requisito se reafirma la antijuridicidad, que de no haber estado de necesidad provocado la justificación hubiera negado. En el art. 9.1 del Código Penal, para supuestos de la llamada semiimputabilidad o imputabilidad disminuida, cuando no se da la plenitud del trastorno mental transitorio, el razonamiento es similar salvo que en vez de negar la responsabilidad la atenúa de manera privilegiada, funcionando la fórmula de la salvedad como negación de la eficacia atenuatoria y reafirmación, consiguiente, de la responsabilidad penal plena. En relación con el contenido del art. 9.2 del Código Penal, la afirmación de referencia, la responsabilidad penal, tampoco es anulada sino sólo atenuada en el supuesto de «embriaguez no habitual» de autor, atenuación a su vez negada cuando tal «embriaguez no habitual» se ha producido con propósito de delinquir. Si con tal propósito previo se ha producido la embriaguez, la responsabilidad penal recobra toda su plenitud.

No va a tratarse aquí el debatido contenido de la fórmula «trastorno mental transitorio» (12), ni tampoco se va a analizar especialmente el elemento positivo, la imputabilidad, con el que dicho trastorno mental se relaciona contradictoriamente. Lo que interesa en este momento, es, a partir de su condición de eximente, en la medida que anula un elemento positivo del delito, analizar la fórmula de excepción que establece que, a pesar de darse tal trastorno mental transitorio en el momento

(11) J. M. SILVIA SÁNCHEZ, *La embriaguez atenuante o eximente en el delito del art. 340 bis a) 1.º* (a la vez algunas observaciones sobre la doctrina de la «actio libera in causa»), 1988, pp. 172.

(12) Puede verse, J. C. CARBONELL MATEU, J. L. GÓMEZ COLOMER, J. B. MENGUAL Y LLUL, *Enfermedad mental y delito. Aspectos psiquiátricos, penales y procesales*. 1987.

de la comisión típica, el sujeto puede ser declarado penalmente responsable cuando dicho trastorno «ha sido buscado de propósito para delinquir». Tal fórmula, como se ha dicho, viene siendo considerada como una plasmación en nuestro derecho positivo de la llamada «*actio libera in causa*», denominación en la que Octavio de Toledo y Huerta encuentran reminiscencias de la teoría del «libre albedrío» del imputable (13).

2.3. Remisión doctrinal a la estructura de la acción libre en la causa

Se puede establecer, para el supuesto que contemplamos, el esquema básico de la llamada acción libre en la causa de la siguiente manera, tal como exponen los autores recientemente citados. En primer lugar, exige la existencia de un sujeto imputable que se sitúa, dolosa o imprudentemente, en una situación de inimputabilidad de las descritas por la ley; en segundo lugar, que en tal situación de inimputabilidad el sujeto realice una conducta típica (a su vez dolosa o imprudentemente) y antijurídica (14), o como ha expuesto Von Liszt, las acciones libres en la causa se presentan cuando se produce un resultado contrario a derecho, por un acto o una omisión en estado de inimputabilidad, si bien esta conducta fue ocasionada por un acto (acción u omisión), doloso o culposo cometido en estado de imputabilidad (15). Roxín ha descrito los supuestos de la acción libre en la causa en base a estos rasgos: «en el momento de la comisión del delito, su autor es incapaz de culpabilidad, pero en un momento anterior, cuando aún no se encontraba en ese estado, produjo culpablemente su propia incapacidad de culpabilidad. Según que haya actuado en relación con el resultado producido dolosa o imprudentemente, se le castiga por delito doloso o imprudente (16). Recientemente, en un importante trabajo, Alonso Alamo circunscribiendo la acción libre en la causa a los supuestos de provocada ausencia de acción o provocada ausencia de imputabilidad, la ha descrito como una expresión que alude a un fenómeno delictivo caracterizado porque en el «tiempo del hecho el autor se encuentra en estado de inimputabilidad o es incapaz de acción, pero esta situación puede referirse a un momento anterior (*actio praecedens*) en que era plenamente capaz. Destaca un primer momento en que el sujeto todavía capaz se coloca en situación de inimputabilidad o de incapacidad de acción; en este momento no ha comenzado a realizar la acción descrita en el tipo. Y un segundo momento en que el sujeto reali-

(13) E. OCTAVIO DE TOLEDO, S. HUERTA, ob. cit., p. 337.

(14) E. OCTAVIO DE TOLEDO, S. HUERTA, ob. cit., p. 339.

(15) FR: VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, p. 339.

(16) CL. ROXÍN, ob. cit., p. 21.

za la conducta típica encontrándose ya en estado de inimputabilidad o siendo incapaz de acción. Entre ambos momentos debe mediar un nexo psicológico o anímico (17). Dicho de otra manera, la manifestación de la acción libre en la causa que ahora tratamos supone que el resultado producido por una conducta cuyo sujeto carece de imputabilidad es afectado, más tarde veremos cómo, por la conducta anterior por la cual el agente se ha colocado en estado de inimputabilidad.

Dicho esquema ha permitido a Díaz Palos describir la «*actio libera in causa*» como una especie de «*guadiana psíquico*» en el que subsiste en toda la trayectoria el hilo conductor de la acción aunque un fragmento de la misma desaparezca o sufra un temporal eclipse en la conciencia del sujeto (18). También en la doctrina italiana podemos encontrar recursos a figuras literarias para describir la acción libre en la causa. Leone compara dicha figura jurídica con un puente, al que atribuye una dimensión temporal, entre la conducta precedente y el resultado actual, quedando la conducta generadora de este resultado sumergida (19).

Pero más allá de las metáforas, lo que interesa resaltar del esquema expuesto es la realización de un hecho típico en situación de inimputabilidad, en un momento en que el autor carece de responsabilidad, y que, sin embargo, a pesar de esta carencia se le imputa porque él se ha colocado en tal situación de inimputabilidad cuando era imputable. Es este razonamiento de contenido contradictorio, que ha llevado a algún autor a calificar determinadas interpretaciones de la acción libre en la causa como «*ficción jurídica*» (20), él que merece

(17) M. ALONSO ÁLAMO, *La acción «libera in causa»*, 1989, pp. 55 y 56.

(18) F. DÍAZ PALOS, *Teoría general de la imputabilidad*, 1965, p. 193.

(19) M. LEONE, *Tentativo di una nuova configurazione delle actiones liberae in causa*, 1972, p. 19.

(20) Así, J. M. BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, 1984, p. 113, la califica de «*ficción*» jurídica no regulada legalmente porque en realidad se sigue reconociendo que en el momento de la realización de la descripción típica el sujeto carecía de dominio y posibilidad de dominio de su acción, pero dado que su acción fue dolosa o imprudente en relación a la descripción típica realizada se considera «como sí» (*ficción*) hubiese sido dominable para la voluntad y se trasladan a ella los anteriores momentos del dolo o la imprudencia. J. M. SILVIA SANCHEZ, *El delito de omisión, concepto y sistema*, 1986, pp. 267 entiende la utilización del calificativo de *ficción* cuando «sin expresa disposición legal en tal sentido, establece la *ficción* de que los hechos realizados en situación de “exención de responsabilidad criminal” (aquí incapacidad de realizar la acción indicada) “provocada”, equivalen a aquellos otros que reúnen en sí todos los elementos constitutivos de la figura del delito». De este mismo autor, *La embriaguez...*, ob. cit., p. 175 (nota 38), «Lo que no me parece admisible es la concepción según la cual la “*actio libera in causa*” constituye una *ficción jurídica* y como tal, una excepción al principio general garantístico de que el sujeto ha de ser imputable en el momento de realizar el hecho». También en contra, J. BUSTOS, *Manuel de Derecho Penal español. Parte General*, 1984, p. 220, «pienso que sería al revés, considerar el hecho típico con origen doloso o culposo como atípico».

nuestra atención porque, si puede calificarse de especial o extraordinario, también es cierto que parece estar, como hemos visto y como más tarde veremos en qué medida, presente en nuestro derecho positivo. Por ello, a continuación, se expondrán en un primer momento las diversas posiciones doctrinales así como las consecuencias que de ellas se derivan, comentándose a continuación las líneas doctrinales expuestas, para llegar a ofrecer una interpretación del art. 8.1 del Código Penal.

3. EXPOSICION DE LA DOCTRINA SOBRE LA ESTRUCTURA DEL ART. 8.1 DEL CODIGO PENAL A PARTIR DE LA TEORIA DE LA ACCION LIBRE EN LA CAUSA

3.1 Antecedentes: Problematización político criminal de la exigencia de imputación en el momento de comisión

El principio, ya expuesto, de exigencia de imputabilidad en el momento de cometer la acción típica y antijurídica ha sido problematizado desde perspectivas de hecho, de justicia material, recibiendo opiniones político criminales contrarias. Si un sujeto, como indican Octavio de Toledo y Huerta, con objeto o con cognoscibles posibilidades de realizar una conducta penalmente prohibida se coloca en una situación de inimputabilidad y así, cuando comete aquella, deviene impune (21), tal impunidad más que manifestación de una garantía que debe exigirse en todo caso, hace que se burle el contenido garantista y que la garantía se transforme en abusiva oportunidad delictiva, en elemento criminógeno y, en todo caso, en garantía sí pero de aseguramiento impune de una ejecución delictiva merecedora de respuesta penal.

Estos criterios políticos criminales están latentes en la interpretación de la problemática de la acción libre en la causa de tal manera que Del Rosal plantea que ante supuestos como el descrito, los criterios prácticos de utilidad serán preponderantes sobre los tecnicodogmáticos llegando a sacrificar el principio de culpabilidad del autor en el momento de la ejecución de la conducta (22), y Neppi Modona y Violante los entienden como «un recurso para evitar los abusos instrumentales de la necesidad del requisito de la imputabilidad» (23).

(21) E. OCTAVIO DE TOLEDO, S. HUERTA, ob. cit., p. 337.

(22) J. DEL ROSAL, *Tratado de Derecho Penal español. Parte General*, Vol. II, 1977, p. 89.

(23) G. NEPPI MODONA, L. VIOLANTE, *Poteri dello stato e sistema penale*, 1978, p. 274.

Pero, debe decirse, los criterios políticos criminales son insuficientes para desbordar los marcos penales y más en fases de aplicación y en todo caso, los criterios tecnicodogmáticos no se agotan en su finalidad sistemática de aplicación, coherente y racional, de las reglas jurídicas sino que satisfacen su función sistemática, fundamentalmente, en la construcción de un coherente sistema de garantías. Es por lo que los criterios políticos criminales, en la ya clásica formulación de Kelsen, tendrán como misión encontrar desde una perspectiva crítica y evolutiva cómo debería ser y cómo debería formarse el derecho a diferencia de cómo es o de cómo se forma (24), lo que nos lleva a reconducir o a limitar la interpretación política criminal de la acción libre en la causa a la oportunidad o no de su plasmación legal en nuestro ordenamiento, pero, entiendo, que no será suficiente o capaz de interpretar el contenido normativo de dicha concreción legal que deberá realizarse desde la perspectiva de la estructura del delito y desde la de los principios que informan el propio sistema penal. Y aún menos capaz será de desbordar la previsión legal y atribuirle alcances que contradigan sus propios términos. De ahí que supuestos como los anteriormente indicados, que burlando la garantía de la imputabilidad la trasforman en abuso para delinquir, exigen junto a su elaboración doctrinal, su expresa contemplación legislativa, fruto y objeto a su vez de nuevos comentarios políticos criminales y de renovadas elaboraciones doctrinales.

3.2. Exposición doctrinal de la acción libre en la causa

3.2.1. Modelo de la tipicidad y modelo de la excepción

En la doctrina española es generalmente compartida, aunque con consecuencias diversas especialmente en relación con la interpretación del art. 8.1 del Código Penal, la opinión que sitúa como elemento nuclear para la fundamentación de la acción libre en la causa el hecho del autor al «causar» la situación de inimputabilidad con la intención de delinquir, estableciendo así entre dicho comportamiento causante y el resultado producido en situación de exención una conexión especialmente relevante para la responsabilidad penal. Dentro de este marco es mayoritariamente coincidente la opinión que traduce la conexión entre los dos momentos en imputación al primero del resultado producido en el segundo, opinión que ha sido calificada como la «doctrina más aceptada» por Antón Oneca que la describe como aquella que «compone el delito con la acción exterior realizada en

(24) H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, 1990, p. 15

instante de incapacidad y con la acción interna del tiempo en que el sujeto plenamente imputable cayó en el estado de incapacidad de entender o de querer dolosa o culposamente: es en definitiva el principio «*causa causae et causa causatis*» lo decisivo» (25). También esta postura de imputar a la acción de ponerse en situación de irresponsabilidad la responsabilidad por la conducta realizada en situación de inimputabilidad ha sido destacada por Silva Sánchez como la «más conocida y prácticamente seguida sin discusión en nuestro país» (26) y como la «doctrina dominante tanto en España como en Alemania» por Rodríguez Motañés (27).

Desde la perspectiva de la ejecución típica, evitando el obstáculo (problema de culpabilidad) que supone la ausencia de imputabilidad en el momento de producción del resultado, pues tal imputabilidad, desde esta perspectiva, está presente en el hecho de crear la situación de incapacidad que se vincula con el resultado típico, tanto en los planes como en la comisión del autor, es especialmente demostrativa la exposición de Cobo del Rosal y Vives Antón. Estos autores, planteando previamente una reserva metódica al afirmar que la determinación del fundamento de la responsabilidad penal de quien delinque cuando ha preordenado su trastorno mental es una cuestión doctrinal y no legislativa, consideran como «lo más correcto sostener que quien se coloca voluntariamente en situación de inimputabilidad para llevar a cabo el delito, está ya iniciando su ejecución» (28) de manera que será el momento en que el sujeto es «libre», según la fórmula de la «*actio libera in causa*», esto es, el momento de situación de imputabilidad del sujeto, el momento de ejecución en tanto que en él se da ya comienzo a la realización del tipo del injusto que posteriormente se realiza, opinión que también comparte Mir Puig al situar el momento de la acción en el de la «provocación de la situación» (29).

Como ya se ha mencionado, este planteamiento está ampliamente presente en la elaboración doctrinal que, sin embargo, no descuida el advertir sobre el problema que supone la imputación de hechos que se dan en situación de inimputabilidad, problema que es precisamente el que se trata de resolver. Así, Muñoz Conde, manifestando esta «dificultad para imputar hechos producidos en estado de inimputabilidad» señala que «el autor, antes de realizar la acción típica, había puesto en marcha al proceso causal cuando todavía era imputable. La imputabilidad aquí va refe-

(25) J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, 1986, p. 334.

(26) J. M. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pp. 264 y 265.

(27) T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Síndrome de abstención y actio libera in causa*, 1989, p. 136.

(28) M. COBO DEL ROSAL, T. S. VIVES ANTÓN, ob. cit., p. 406.

(29) S. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 1985, p. 508.

rida a la acción precedente la que fundamenta la exigencia de responsabilidad». Como se ve este autor remite, en el texto citado, la base de la imputabilidad al hecho que genera la situación de exención, utilizando la expresión de «acción precedente» si bien conecta tal acción anterior con el resultado ulterior típico y antijurídico producido en el momento de imputabilidad en la referencia que hace a la puesta en marcha del proceso causal, afirmando que «se considera también imputable al sujeto que al tiempo de cometer sus actos no lo era pero sí lo era en el momento en que ideó cometerlos o puso en marcha el proceso causal que desembocó en la acción típica» (30). De modo similar Quintero Olivares sitúa el momento de valoración de la existencia de una acción penalmente relevante y causalmente atribuible al sujeto no en el momento de la realización del hecho, sino en aquel en el que el sujeto voluntaria o imprudentemente dejó de tener la plena conciencia de sus actos» (31). También Gómez Benítez defiende que «el que busca la situación de inimputabilidad o semiimputabilidad para cometer el delito, está poniendo en marcha un curso causal de características delictivas... si bien el sujeto era inculpaible o tenía la culpabilidad disminuida en el momento de la comisión del hecho, puede exigírsele responsabilidad criminal por la «actio praecedens» es decir por su conducta anterior a la acción típica» (32).

Una mención singular puede hacerse a la posición de Silva Sánchez dada la especial intensidad con la que recientemente este autor ha tratado el tema que ahora exponemos. En primer lugar este autor destaca que el enunciado de «acción u omisión libre en la causa» más que un enunciado descriptivo de una situación problemática presenta «la caracterización de una estructura que ofrece alternativas concretas para su solución» (33), puntualización que viene oportunamente a plantear pluralidad de supuestos. En relación con la teoría de la acción libre en la causa, se muestra partidario también de establecer la imputación en la acción precedente porque con ello «se obliga a hallar en la acción provocadora todos los elementos determinantes de la imputación del resultado a la misma» operando así, «todas las reglas generales de la imputación, lo que determina que esta sea la regla más garantista» (34) esto es, que imputando el resultado final a la acción previa de la creación de la exención, se mantiene a la vez la efectividad de la eximente en el momento último. Por lo que se refiere concretamente al art. 8.1 del Código Penal expone en otro de sus trabajos que frente a la opinión que

(30) FR. MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 1984, pp. 144 y 145.

(31) G. QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal. Parte General*, 1986, p. 422.

(32) J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General*, 1984, p. 477.

(33) J. M. SILVA SÁNCHEZ, *El delito...*, ob. cit. p. 260.

(34) J. M. SILVA SÁNCHEZ, *La estructura de la «actio libera in causa» en los delitos cometidos bajo un síndrome de abstinencia de drogas*, 1988, p. 915.

imputa el hecho producido a la acción previa, la consideración de que en los casos de provocación de propósito «ni siquiera concurre exención en la segunda fase y el hecho es directamente punible» tiene la ventaja de que permite «dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 8.1 del Código Penal «en todo caso», esto es, para supuestos como el de los delitos de propia mano o de delitos que exijan determinados medios para su comisión, acudiendo así a la solución ofrecida por Hruschka en la doctrina alemana, en la que no existe apoyatura legal, aunque planteando que de esta manera se sanciona a un sujeto por un hecho que realiza en situación de inimputabilidad (35). Aún así, admite, dada la expresa previsión legal del art. 8.1 del Código Penal, que la eximente provocada «de propósito» anula el efecto eximente. Sin embargo, en otro momento y de acuerdo con la preferencia de este autor sobre la «*actio libera in causa*», que ya se ha expuesto anteriormente, plantea que más allá del marco literal del art. 8.1 del Código Penal, caben otros supuestos de provocación de inimputabilidad distintos al «de propósito», una imprudencia inicial, por ejemplo, que permiten imputar a esa conducta imprudente el hecho finalmente realizado (36). Así, en relación con determinados supuestos omisivos de «*actio libera in causa*», plantea en el momento de la provocación la existencia de una situación de peligro «causada por la “no realización de la conducta indicada para la protección de bienes jurídicos”, omisión a la que cabe imputar el resultado lesivo en caso de que éste se produzca» (37). Debe destacarse la insistencia de Silvia Sánchez en que el hecho de la provocación «debe reunir en sí todos los elementos necesarios para constituir un riesgo en dirección al resultado y que éste último se le pueda imputar» (38) de manera que si esto no es posible se dará la impunidad.

Muy recientemente, como antes se ha apuntado, Alonso Alamo defiende un planteamiento distinto de la teoría de la «*actio libera in causa*» dentro de la que interpreta el contenido del artículo 8.1 del Código Penal Destaca esta autora la existencia de dos momentos claramente diferenciados en relación con la ejecución típica. Uno, la acción realizada por la que el sujeto se coloca en situación de incapacidad y el segundo el representado por la realización de la acción típica cuando el sujeto es incapaz, e insiste en la necesidad de que entre ambos momentos medie un nexo causal tanto externo como psicológico (39).

(35) J. M. SILVA SÁNCHEZ, *La embriaguez atenuante o eximente en el delito del art. 340 bis a) 1.º* (a la vez, algunas observaciones sobre la doctrina de la «*actio libera in causa*»), 1988, p. 174 (nota 30) y 175 (nota 38).

(36) J. M. SILVA SÁNCHEZ, *La estructura...*, ob. cit., p. 915.

(37) J. M. SILVA SÁNCHEZ, *El delito...*, ob. cit., p. 268.

(38) J. M. SILVA SÁNCHEZ, *El delito...*, ob. cit., p. 272; *La estructura...*, ob. cit. p. 915.

(39) M. ALONSO ALAMO, *La acción...*, ob. cit., p. 81.

En la doctrina comparada también se participa de la referencia protagonista del momento y del hecho por el que el autor se coloca en situación de inimputabilidad como referencia para la imputación. «Si la relación causal y la culpabilidad se dan en relación al resultado, escribía Von Liszt, en el caso concreto, la apreciación jurídica no ofrece ninguna dificultad. En el momento decisivo (y éste no es la ejecución del resultado, sino el impulso dado para que la cadena causal se desarrolle) existía la imputabilidad. El acto ha sido cometido en este momento, y, por tanto es imputable al autor» (40). También, tanto Mezger como Maurach establecen lo que ambos califican «causa decisiva» en el momento previo en que el sujeto es imputable aunque el resultado típico se realice en un momento de inimputabilidad (41). Esta solución responde, tal como expone Roxín al modelo de «la tipicidad que vincula el castigo del autor a su conducta causante de la exclusión de la culpabilidad» (42) y construye la relación de imputación conforme a la «actio praecedens» (imputación en la causa), a diferencia del modelo de excepción que vinculada al castigo al comportamiento inculpable del sujeto.

Jescheck, sin embargo, reconociendo que el problema de si el autor es capaz o incapaz debe situarse en el momento del hecho, y reconociendo que la «actio libera in causa» es una excepción a este principio, que si bien no está contemplada en la ley es admitida por el derecho consuetudinario, entiende que la razón de la acción libre en la causa se encuentra en el «comportamiento que el autor pone en marcha de forma responsable, pero no desemboca en una acción típica hasta un determinado momento en que el sujeto ha perdido la capacidad de acción o la plena capacidad de culpabilidad». De esta manera, Jescheck platea, por una parte, en el momento de imputabilidad, el inicio de un «proceso de conducción que prepara el hecho» cuya ejecución se inicia no en ese momento, sino en uno posterior de inimputabilidad. Así puede entenderse que la imputación se refiera al hecho posterior realizado que es en el que se produce la ejecución, aunque defienda que «la acción típica se encuentra en una relación reprochable al autor con la actio praecedens plenamente responsable» (43). Cabe también citar a Hruscka, en relación con la imputación al hecho posterior al entender que la provocación de la eximente tiene la significación de negarla (44), razonamiento

(40) FR. VON LISZT, ob. cit., p. 400.

(41) E. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, 1957, p. 70. R. MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, 1962, p. 113.

(42) CL. ROXÍN, *Observaciones...*, ob. cit., 1988, p. 22. También, T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Síndrome...*, ob. cit., 1989, p. 129.

(43) H. H. JESCHECK, ob. cit., p. 111.

(44) Cit. por J. M. SILVA SÁNCHEZ, *El delito...*, ob. cit., p. 265 y *La estructura...*, ob. cit., p. 914.

que puede conectarse con la estructura de doble negación que más arriba se ha atribuido al art. 8.1 del Código Penal

En la doctrina italiana pueden encontrarse planteamientos similares a los expuestos que sitúan el comienzo de la ejecución delictiva en el momento de crear la situación de inimputabilidad. Bettiol y Mantovani indican que la ejecución del delito comienza «cuando el sujeto ha puesto libremente en acción un comportamiento que da lugar al estado de incapacidad de entender y de querer del que deriva el daño» (45) y de manera similar Antolisei establece como singularidad de la «*actio libera in causa*» el que «el sujeto comienza la ejecución del delito en estado de imputabilidad» (46) aunque lo continúe en estado de no imputabilidad.

Con una posición notablemente diferenciada, Leone considera que en el supuesto del art. 87 del Código Penal italiano, «quien se ha colocado en situación de incapacidad de entender o de querer a fin de cometer el delito o de prepararse una excusa», la conducta se concreta en el ponerse en estado de incapacidad de entender y de querer; el resultado se concreta en el peligro de que en tal estado se cometa un hecho que corresponde a una figura de delito; el dolo consiste en la conciencia y voluntad de tal peligro» (47), estableciendo así una especie de tipo doloso de peligro, especialmente abstracto, en la parte general y considerando el resultado final que se produzca a modo de condición de punibilidad, opinión, a mi entender, no compartible en tanto que parece confundir cuestiones de antijuridicidad con culpabilidad y llega a atribuir a un resultado típico, aunque sea realizado en situación de inimputabilidad, el carácter de condición de punibilidad porque, según este autor, la finalidad intencional, «a fin de cometer el delito» no alcanza al resultado producido, confundiendo así actos de ejecución con condiciones de punibilidad y ofreciendo, en todo caso, como ha expuesto Alonso Alamo, una construcción diferente a la de la «*actio libera in causa*» (48).

(45) G. BETTIOL, L. P. MANTOVANI, *Diritto Penale*, 1986, p. 477.

(46) FR. ANTOLISEI, *Manuale de Diritto Penale. Parte General*, 1982, p. 539.

(47) M. LEONE, ob. cit., p. 22. Art. 87 del Código Penal italiano: «La disposición de la primera parte del art. 85 no se aplica a quién se ha colocado en situación de incapacidad de entender o de querer a fin de cometer el delito o de prepararse una excusa». Art. 85 del Código Penal italiano: «Nadie puede ser castigado por un hecho previsto por la ley como delito si en el momento en que lo comete no era imputable. Es imputable quien tiene la capacidad de entender y de querer.»

(48) M. ALONSO ALAMO, ob. cit. p. 63: «Se aparta (la «*actio libera in causa*»), por tanto, de la técnica consiste en tipificar la causación de la propia incapacidad que origina el peligro de cometer un delito y donde la efectiva realización del mismo puede funcionar, por ejemplo, como condición objetiva de punibilidad. En tal supuesto no se necesita enlace psicológico alguno entre la acción causante de la incapacidad y del peligro, por un lado, y la realización de la acción típica, por otro. Basta un enlace causal físico o externo. Por ello, de reconocerse legislativamente un figura delictiva de tales características ha de tener carácter subsidiario respecto a la «*actio in causa*».

3.2.2. *Recurso a la similitud con la teoría de la autoría mediata*

Como argumento estrechamente relacionado con la opinión ampliamente extendida de establecer la base de la imputación en el hecho de producir la situación de inimputabilidad, argumento también apoyado con notable amplitud, se plantea la similitud entre la teoría de la acción libre en la causa y la figura de la *autoría mediata*, similitud que, como se verá, recibe partidarios tanto de los defensores de la imputación en la acción previa, como de los defensores, no todos, de situar la base de la imputación en la acción posterior. Ya Von Liszt señalaba el paralelismo entre la utilización de los locos o los ebrios como instrumentos para nuestros fines, con la utilización de nosotros mismos en estado de perturbación mental o de embriaguez para la ejecución de planes preconcebidos (49) y Jescheck, partidario de la imputación a la acción posterior, califica la «*actio libera in causa*» dolosa como paralela a la autoría mediata estableciendo el símil de que «el autor se utiliza a sí mismo hasta cierto punto como instrumento que actúa inculpablemente y debe castigársele, por consiguiente, por la comisión dolosa del hecho» (50). También Roxín, siguiendo el modelo de la tipicidad, entiende que del mismo modo que en la autoría mediata, la tentativa de utilizar un instrumento no culpable comienza con la incidencia sobre el instrumento y termina cuando sale del propio ámbito de dominio, en la «*actio libera in causa*» la tentativa comienza al colocarse la propia persona en situación de incapacidad de culpabilidad: el autor se hace instrumento irresponsable de sí mismo y desde el momento en que se produce la incapacidad de culpabilidad pierde el curso causal posterior» (51).

En la doctrina española Cobo del Rosal y Vives Antón plantean el paralelismo en manifestaciones tanto de acción libre en la causa dolosa como imprudente. «Así como en la autoría mediata la ejecución del hecho comienza cuando el autor inicia la actuación sobre el instrumento, en los casos de *actio libera in causa* la ejecución se adelanta al momento en que el autor actúa sobre sí mismo con el fin de colocarse en situación de inimputabilidad» (52). También Gómez Benítez considera que «desde un punto de vista dogmático puede decirse que quien así actúa se comporta como un autor mediato que instrumentaliza su propia inimputabilidad o semiimputabilidad» (53) y Mir Puig piensa que puede acudir a la construcción de la autoría mediata para justi-

(49) FR. VON LISZT, ob. cit., p. 400.

(50) H. H. JESCHECK, ob. cit. p. 612. También en la doctrina itlaiana; ANTOLISEI, ob. cit. p. 539, y G. BETTIOL, L. P. MANTOVANI, ob. cit., p. 477.

(51) CL. ROXÍN, *Observaciones...*, ob. cit., p. 28.

(52) M. COBO DEL ROSAL; T. S. VIVES ANTÓN, ob. cit., p. 406.

(53) J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, ob. cit., p. 477.

ficar la responsabilidad penal en los supuestos de *actio libera* por imprudencia o dolo eventual, supuestos no incluidos en la fórmula legal (54).

Por último indicar que en la elaboración teórica que se está mostrando y en la jurisprudencial se aceptan generalmente tanto formas dolosas como imprudentes de la acción libre en la causa. Será dolosa el sujeto, dolosamente, se coloca en situación de inimputabilidad o de semiimputabilidad para la comisión de un delito doloso y será imprudente cuando el sujeto, dolosa o imprudentemente, se coloca en la mencionada situación para la comisión de un delito imprudente (55) supuestos que Silvia Sánchez amplía con la hipótesis de provocación imprudente seguida de realización dolosa en la segunda fase (56).

3.3. Consecuencias de la elaboración doctrinal en la interpretación del art. 8.1 del Código Penal

3.3.1. Admisión o rechazo de su carácter de excepción

Como se ha señalado anteriormente, las fundamentaciones doctrinales y los criterios políticos criminales de la acción libre en la causa producen diversas consecuencias de cara a la interpretación de la fórmula que el art. 8.1 del Código Penal contiene. Así, se discute si tal referencia del texto legal supone o no una excepción al principio de responsabilidad que debe regir en el momento de la comisión delictiva y, asimismo, se discute sobre el contenido y consiguiente extensión de dicha concreción parcial de la «*actio libera in causa*» cuando se entiende plasmada en nuestro Código Penal.

La línea doctrinal que defiende que hay inicio de ejecución en el momento de colocarse el sujeto en situación de inimputabilidad, coherentemente, no encuentra en la fórmula de negación de la exigente excepción alguna a la exigencia del requisito de imputabilidad en el momento de comisión ya que tal momento se produce precisamente cuando se provocó la situación de inimputabilidad, no existiendo, por tanto, como señalan Cobo del Rosal y Vives Antón, «una disociación entre momento de la acción y momento de la imputabilidad» de manera que las acciones libres en la causa «no representan una excepción a la regla general que afirma que el momento de la imputabilidad es el momento de la acción» (57). Con la imputación a la acción precedente, como momento de ejecución, se salva así la

(54) S. MIR PUIG, ob. cit., p. 618.

(55) Ver supra p. 5. También J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, ob. cit., pp. 113, 114 y 477.

(56) J. M. SILVIA SÁNCHEZ, *La estructura...*, ob. cit., p. 914 (nota 40).

(57) M. COBO DEL ROSAL, T. S. VIVES ANTÓN, ob. cit., p. 408.

objeción de sancionar por un hecho que se realiza en situación de inimputabilidad, dado que, en este planteamiento el hecho se realiza, comienza la ejecución, siendo el sujeto imputable. Se ha visto también, anteriormente, cómo Silva Sánchez considera preferible la imputación a la acción precedente puesto que ello «obliga a hallar en la acción provocadora todos los elementos determinantes de la imputación del resultado a la misma» (58) obviando así el problema de la ausencia de imputabilidad.

Sin embargo, otros autores que aún insistiendo en el momento previo de la provocación de la situación de inimputabilidad no destacan expresamente ese momento como de inicio de ejecución aunque sí centran en él, y no en la acción posterior, la valoración de la imputabilidad, considera la presencia de la acción libre en la causa como una excepción a que la valoración de la culpabilidad deba estar referida al momento de la comisión del hecho. Así Muñoz Conde, admitiendo que la «imputabilidad va referida a la acción precedente» señala que constituye una «excepción a este principio», el de imputación al momento de comisión, ya que en estos casos se considera también imputable quien «en el momento de cometer sus actos no lo era pero si lo era en el momento en que ideó cometerlos o puso en marcha el proceso causal que desembocó en una acción típica» (59). También Antón Oneca considera las acciones libres en la causa, una excepción a la regla general que plantea la exención de imputabilidad a quien en el momento de cometer la acción no es imputable (60), quebrándose con esta excepción, como expone Del Rosal, «el tiempo de la acción como objeto de referencia de la doctrina de los caracteres del delito» (61).

Se ha hecho alusión más arriba a la opinión de Gómez Benítez de considerar la acción libre en la causa no tanto como una excepción sino como una «ficción» al plantear que la conducta fue realizada «como si» (ficción) hubiese sido dominable por la voluntad y se trasladan a ella los anteriores momentos del dolo o la imprudencia» (62) entendiendo que en esta referencia, el autor hace mención a la acción libre en la causa en relación con la ausencia de acción provocada pero no en relación con la provocación de la ausencia de imputabilidad. En todo caso el «como si» que puede interpretarse presente en la salve-

(58) J. M. SILVA SÁNCHEZ, *La estructura...*, ob. cit., p. 915.

(59) FR. MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 154. También B. DEL ROSAL BLASCO, *Problemas de necesidad e imputabilidad en un sujeto con síndrome de abstinencia de drogas*, 1983, p. 123, considera los supuestos de acción libre en la causa excepcionales a la regla general de la imputabilidad en el momento de realización del hecho.

(60) J. ANTÓN ONECA, ob. cit., p. 334.

(61) J. DEL ROSAL, ob. cit., p. 89.

(62) J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, ob. cit., p. 113.

dad contenida en el art. 8.1 del Código Penal puede considerarse similar a una regla de excepción. Desde una posición sistemática distinta Rodríguez Devesa, refiriéndose al art. 8.1. del Código Penal expone que «no es fácil imaginar los supuestos a que alude la ley, salvo en el caso de toxifenías, aún así resulta difícilmente pensable que el trastorno sea compatible con aquel propósito, es decir que el sujeto conserve durante él un margen de control de sus actos bastante para cometer el delito que se había propuesto, pues si lo ha perdido no debería ponerse en relación uno con otro, y si no lo ha perdido no hay trastorno mental» (63).

Si defienden claramente el carácter de excepción al principio de imputación, principio de legalidad, los autores que plantean la imputación en el hecho realizado en situación de inimputabilidad. Así Alonso Alamo afirma que la «actio libera in causa» contiene una «desviación del principio de culpabilidad» y precisamente por ello reclama «una intervención del legislador que establezca excepción» (64).

En la doctrina alemana Jescheck, siguiendo el razonamiento, ya visto, de atribuir a la acción precedente el inicio de un «proceso de conducción que prepara el hecho» pero atribuyendo el inicio de ese hecho al momento posterior de inimputabilidad, distingue que la admisión de la «actio libera in causa» dolosa «no implica vulneración alguna del principio de culpabilidad puesto que el autor emplea en todo caso su propia incapacidad de culpabilidad como un medio para la ejecución típica. Se trata en cambio de una excepción a la regla de que la incapacidad de culpabilidad en la comisión del hecho conduce a la impunidad» (65) razonamiento que en base a la similitud con la teoría de la autoría mediata plantea la utilización de la ausencia de capacidad como medio de comisión. Por el contrario Hruschka se refiere a una «reducción del principio de la imputabilidad del autor incapaz de culpabilidad en el momento del hecho» (66). Roxín, sin embargo, critica a ambos autores en la medida en que establecen, desde fuera de la norma y en base a su aceptación por el derecho consuetudinario, por tanto, excepcionalmente, la responsabilidad por el hecho realizado en un momento de incapacidad. Indica Roxín que «tal interpretación no ya “difícilmente” sino en absoluto es compatible con el tenor literal y que una infracción del tenor literal inequívoco de la ley nunca puede justificarse materialmente al contravenir lo dispuesto en el art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental. La justifica-

(63) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español. Parte General*, 1988, p. 608.

(64) M. ALONSO ALAMO, *La acción...*, ob. cit., p. 67.

(65) H. H. JESCHECK, ob. cit., p. 612.

(66) Cit. por M. ALONSO ALAMO, *La acción...*, ob. cit., p. 67.

ción material puede todo lo más utilizarse como argumento de «legerenda» (67).

Desde el punto de vista de la presencia en el derecho positivo de concretas manifestaciones de la teoría de la acción libre en la causa tiene un especial interés las interpretaciones sobre su ámbito de aplicación. En relación con la literalidad del art. 8.1 del Código Penal, a no ser que este «haya sido buscado de propósito para delinquir» referido a la exigente de trastorno mental transitorio o a su fórmula de atenuante privilegiada del artículo 9.1, se discute doctrinalmente su alcance en base a dos cuestiones. La primera derivada de la exigencia legal de que el trastorno «haya sido buscado de propósito». La segunda procedente de la expresión «para delinquir».

3.3.2. Interpretación literal o ampliación de la fórmula «buscado de propósito»

En referencia con la exigencia legal de buscar el trastorno mental «de propósito», Octavio de Toledo y Huerta entienden que «quiere decir tanto como hacerlo intencionadamente, connotación volitiva que de entre las diversas clases de dolo sólo posee el dolo directo (no eventual) del que a nuestro juicio no puede desgajarse en razón a este aspecto el dolo directo de segundo grado en el que la intención (sí que más difusa) está tan presente como en el dolo directo de primer grado. En consecuencia, del tenor literal del art. 8.1 del Código Penal parece derivarse que no se niega la exención de responsabilidad criminal a quien se provoca el trastorno mental transitorio con dolo eventual o a quien se lo ocasiona imprudentemente» (68). Esta interpretación, ajustada al ámbito expreso de la ley, venía siendo defendida en nuestra doctrina por Córdoba para quién, en atención, precisamente, al texto legal «el sujeto que provoca su embriaguez aceptando —el “propósito” solamente cubre el dolo directo no el eventual— previendo o pudiendo prever un resultado delictivo gozará de la exención conforme al número 1 del art. 8, o de la atenuación según la circunstancia primera o segunda del art. 9» (69). Defensa, por tanto, de la expresión legal en sus propios términos y correspondiente exclusión de los supuestos de origen

(67) CL. ROXÍN, *Observaciones...*, ob. cit., p. 23.

(68) E. OCTAVIO DE TOLEDO, S. HUERTA, ob. cit., p. 338. En el mismo sentido J. GÓMEZ BENÍTEZ, ob. cit., p. 479. De distinta manera, restringiendo la referencia legal al dolo directo de primer grado, J. M. SILVA SÁNCHEZ, *La embriaguez...*, ob. cit., p. 170.

(69) J. CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, tomo I, 1872, pp. 422 y 423.

imprudente o con dolo eventual, por su carácter extranormativo, para negar la eximente.

Sin embargo, otros autores, sin negar la precisa literalidad del art. 8.1 del Código Penal, pero en base a la elaboración doctrinal de la acción libre en la causa según el modelo de la tipicidad con la atribución de la imputabilidad a la acción del autor que provoca la situación de inimputabilidad, acción que se conecta causalmente con el posterior resultado producido, y en base a la similitud que tal estructura guarda con la de la autoría mediata, consideran compatible el reconocimiento en nuestro sistema penal, según las reglas generales de imputación, de un origen imprudente o por dolo eventual de un resultado producido en un momento en que se carece de responsabilidad penal en la medida en que tal origen haya creado la carencia de responsabilidad. Así, Mir Puig, reconociendo que la ley excluye sólo la operatividad de la eximente cuando el trastorno se busca «de propósito», considera, sin embargo, que ello «no es incompatible con la prohibición de la imprudencia o dolo eventual anteriores: cuando el trastorno se debe a estas causas ciertamente resultará exento el acto delictivo, posiblemente doloso, que tiene lugar durante dicho trastorno, con lo que se respeta la letra de la ley, más no por ello cabrá negar la subsistencia de una imprudencia o dolo eventual que conectados casualmente con el resultado producido, realizarán hechos punibles según las reglas generales (70). Salva así este autor la previsión legal de la exención aplicable a los supuestos no contemplado, como salvedad, en el art. 8.1 del Código Penal pero no le resultan penalmente irrelevantes cuando la imprudencia o el dolo eventual son anteriores, en situación de imputabilidad, de manera que «cuando hubo provocación imprudente subsiste una imprudencia anterior a la que es imputable el resultado lesivo producido y que, por ser anterior al trastorno no tiene porqué quedar exenta de la responsabilidad que corresponda a los delitos imprudentes. Hay que castigar, pues, por la imprudencia anterior y ello no se opone a la exención respecto al hecho cometido durante el trastorno... esta misma fundamentación ha de conducir a castigar por dolo eventual si no se cree posible entender que en tales casos se ha buscado «de propósito» (71). De una manera similar respecto a la «actio libera in causa» imprudente en relación con la fórmula del art. 8.1 del Código Penal, Quintero Olivares expone que si bien no hay obstáculo para admitirla desde la perspectiva de la estructura del delito es precisamente por ello por lo que parece «un periplo conceptual innecesario ya que el supuesto de embriaguez imprudente seguido de causación de daños... puede «directamente» configurarse como supuestos de imprudencia punible

(70) S. MIR PUIG, *Adiciones de Derecho Penal*, a H. H. JESCHECK, ob. cit., p. 618.

(71) S. MIR PUIG, *Derecho*, ob. cit., p. 510.

al ser precisamente «ese» el acto imprudente» (72). Como se ve, no se plantea tanta una interpretación extensiva de la expresión legal contenida en el art. 8.1 del Código Penal cuanto una aplicación ordinaria de las reglas generales de la comisión culposa, razonamiento que también recoge Bustos para quien «en realidad no se ve razón por la que el hecho cometido en razón de un trastorno mental transitorio debido a la falta de cuidado exigido, haya de quedar impune y no seguir las reglas generales del delito culposo» (73), si bien este autor reconoce la existencia de un vacío legal en relación con estos posibles supuestos de comisión.

De una manera singular, desde la teoría general de la «actio libera in causa» en relación con los términos de la previsión legal contenida en el art. 8.1 y desde pretensiones político criminales Gómez Benítez considera que «sin no aludiese el art. 8.1 a ninguna clase de actio libera in causa (tampoco por tanto a la de dolo directo) podría aplicarse sin restricciones la doctrina de la actio libera in causa; pero la previsión legal de una clase de actio libera in causa como obstáculo para la aplicación de la eximente, parece, lógicamente, indicar que las restantes clases o formas no empecen para la aplicación de la misma. La solución —probablemente «contra legen»— tal vez sea entender que dicha norma sólo prevee un supuesto de actio libera in causa, pero no excluye o imposibilita los demás, esto es, los casos de actio libera in causa de dolo eventual o imprudente» (74). Este riesgo de una interpretación forzada y contraria a la ley, que es rechazado, como hemos visto, en la exposición de Mir Puig, también lo es por Silva Sánchez que advirtiendo como se ha dicho que la teoría de la «actio libera in causa» no es tanto una descripción de la situación de las eximentes provocadas cuanto una forma de resolver dicha situación, afirma por una parte la vigencia de la eximente en el resultado producido y por

(72) G. QUINTERO OLIVARES, ob. cit., p. 423. También CL. ROXIN, ob. cit., p. 26, resalta las pocas dificultades de interpretación de la «actio libera in causa» imprudente pero plantea que «porqué en lugar de un delito imprudente completamente normal, no se habla de una «actio libera in causa» imprudente. Pues de hecho, la «actio libera in causa» imprudente sigue las reglas normales de imputación en el tipo objetivo... La única diferencia entre la «actio libera in causa» imprudente y la imprudencia normal consiste en que en la «actio libera in causa» existen entre la acción imprudente y el resultado todavía otras acciones realizadas por el autor en estado de inculpabilidad, en las que falta la imprudencia «habitual».

(73) J. BUSTOS RAMÍREZ, ob. cit., p. 393. En el mismo sentido se había pronunciado J. ANTÓN ONECA, ob. cit., p. 334: «El Código sólo habla de trastorno «buscado de propósito». ¿Será responsable quién caiga en el culpablemente pero sin propósito de delinquir? La ley no ha proveído por medio de norma especial este supuesto. Sin embargo, entendemos serán aplicables los preceptos generales de la imprudencia; de otro modo no podría justificarse el beneficio de impunidad en comparación con otras conductas culposas».

(74) J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, ob. cit., p. 479.

otra imputa tal resultado a la acción previa provocadora (75) de tal modo que para los supuestos no contemplados en el art. 8.1 podrá aplicarse pacíficamente dicha teoría. En contra de esta interpretación, aún admitiendo lo criticable del vacío legal que supone el art. 8.1 del Código Penal, desde perspectivas dogmáticas y político criminales se manifiestan Octavio de Toledo y Huerta en razón al marco de garantía que supone la aplicación rigurosa del principio de legalidad (76) como más tarde veremos.

3.3.3. Interpretación de la expresión «para delinquir»

También en relación con la extensión de la previsión legal de la *actio libera in causa* del artículo 8.1 del Código Penal se interpreta doctrinalmente el ámbito de la expresión «para delinquir». Esta expresión, cuya presencia se remonta al Código Penal de 1944, evita por una parte la duda anterior, de si era suficientemente para negar la exención la salvedad del trastorno aunque no fuera adquirido con fines delictivos, como ha destacado Antón Oneca (77), pero por otra ha llevado a que se interprete su literalidad «para delinquir» de una manera restrictiva, esto es, que no sea suficiente un preordenación genérica para cualquier delito sino que se exige una preordenación concreta en la que el trastorno mental se haya buscado para cometer el hecho concretamente realizado (78). Es compartida doctrinalmente esta opinión en base a que un interpretación ajustada a su tenor literal debe ser rechazada, en palabras de Córdoba, porque «trasluce un recusable criterio valorativo, vulneración de la concreción exigida por la culpabilidad» (79) o como dice Bustos porque vulneraría un «planeamiento garantista de la responsabilidad que es por un hecho concreto y no por una voluntad genérica de delinquir» (80). Asimismo, interpreta Mir Puig, en base a argumentos históricos y teológicos, que «delinquir» debe entenderse en un sentido comprensivo tanto de delitos como de faltas (81) así como que, también, el sujeto debe conocer

(75) J. M. SILVA SÁNCHEZ, *La estructura...*, ob. cit., p. 914.

(76) E. OCTAVIO DE TOLEDO, S. HUERTA, ob. cit., p. 340 y 341.

(77) J. ANTÓN ONECA, ob. cit., p. 334.

(78) S. MIR PUIG, *Der...*, ob. cit., p.

(79) J. CÓRDOBA RODA, ob. cit., p. 221.

(80) J. BUSTOS RÁMIREZ, ob. cit., p. 393. En el mismo sentido E. OCTAVIO DE TOLEDO, S. HUERTA, ob. cit., p. 339.

(81) S. MIR PUIG, *Der...*, ob. cit. p. 508: «Delinquir» debe entenderse en un sentido amplio comprensivo tanto de «delitos» como de «faltas». Abonan esta interpretación argumentos históricos y teológicos... Históricamente el encabezamiento del art. 8 rezaba en el del Código Penal de 1870: «No delinquen...» en referencia a los exentos de responsabilidad mencionados a continuación en el mismo precepto. Es evidente que

las circunstancias modificativas de la responsabilidad «en el momento de la acción o de su cooperación para el delito» según el artículo 60.2 (82), comprensión de la expresión «para delinquir» que también defiende Alonso Alamo (83).

Sin embargo, la introducción de la expresión «para delinquir» por el Código de 1944 no es confirmada como oportuna por Pérez Victoria que plantea que «la ampliación del ámbito de la eximente por el vigente Código, al excluir tan solo del mismo la situación buscada de propósito «para delinquir» merece meditar-se con miras a la conveniencia de ser o no mantenida en futuras reformas (84).

4. COMENTARIO Y CONCLUSIONES QUE SE DERIVAN

Se iniciará, a continuación, el comentario de las posiciones doctrinales que se han ido exponiendo para intentar alcanzar una delimitación del contenido del art. 8.1 del Código Penal así como se comentarán los contenidos anunciados en la P.A.N.C.P

4.1. Insuficiencia de la argumentación político-criminal como criterio de aplicación

Antes de tratar la propia estructura sistemática del art. 8.1, que se esbozó al comienzo de esta exposición, debe insistirse en el rechazo que merece la argumentación que desde fuera de la norma y en base a estrictas razones político criminales, aunque sean fundadas, pretenda establecer criterios de aplicación. Es cierto, y también se ha dicho, el problema que se presenta ante supuestos cuya impunidad trasforma la garantía en privilegio. Sin duda que el sentimiento jurídico se sentirá herido pero tampoco cabe la duda de que la sensibilidad jurídica no es un criterio suficiente precisamente por carecer de la debida positividad y más cuando supone una interpretación que desborda el texto legal.

Se ha reconocido ampliamente por la doctrina, ya así lo destaca Gómez Benítez, como «político-criminalmente indeseable» (85) la

hubiera resultado absurdo interpretar dicho «no delinquen» en el sentido de «no cometen delito» y sin que incluyera a las «faltas, pues sería inadmisibles que las eximentes del art. 8 no alcanzarán a éstas. Por otra parte, la interpretación teológica de la actual eximete de trastorno mental transitorio no podría admitir que quedase exento de pena quien buscara el trastorno para cometer una «falta».

(82) S. MIR PUIG, *Der...*, ob. cit., p. 508.

(83) M. ALONSO ALAMO, ob. cit., pp. 86 y 87.

(84) O. PÉREZ VITORIA, *El «trastorno mental transitorio» como causa de inimputabilidad en el Código Penal español*, 1952, p. 41.

(85) J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, ob. cit., p. 479.

fórmula restrictiva del art. 8.1 del Código Penal, pero podemos recordar y coincidir con Von Liszt en que la política criminal nos da el criterio para la apreciación del derecho vigente y nos revela cuál es el que debe regir (86), y también podemos recordar, en palabras de este autor, que el Derecho Penal es la barrera intransgredible de la Política criminal. Como señaló Saldaña —con, ciertamente, encendidas palabras, «la política criminal— flamante, punjante— tiene que detenerse ante la fortaleza inexpugnable de las conquistas revolucionarias. La Política criminal no puede dejar de ser política... La seguridad general no puede atacar las esencias constitucionales de la seguridad individual: la libertad. El Derecho Penal —hijo de la Política— las consagra» (87).

4.2. Estructura contradictoria del artículo 8.1 del Código Penal

4.2.1. El artículo 8.1 del Código Penal como norma especial

Pienso que puede aceptarse que la singular problemática que caracteriza la supuesta concreción parcial que de la teoría de la acción libre en la causa se plasma en el artículo 8.1 del Código Penal, consiste en que un resultado producido, una acción o una omisión que coincide con una descripción típica dolosa o culposa, se realiza en un momento de ausencia de imputabilidad y que «pese a ello» se hace al sujeto que lo realiza responsable porque tal ausencia de imputabilidad ha sido previamente buscada de propósito por él con una intencionalidad de comisión delictiva.

Es este «a pesar» de la ausencia de imputabilidad lo que distorsiona, en principio, el juego pacífico de las reglas generales de imputación. Este «a pesar», en cuanto salvedad o supuesto condicionante, es el que, como hemos visto, puede entenderse como un eslabón contradictorio que une los dos elementos que inicialmente se niegan: la exigencia de imputabilidad en el momento de comisión para realizar un juicio de responsabilidad penal y la posibilidad legal de ese juicio de responsabilidad aún cuando se dé una situación de inimputabilidad en el momento de comisión, como es la situación de trastorno mental transitorio. El eslabón que viene a unir los contrarios, inimputabilidad e imputabilidad, viene descrito por la expresión «buscado de propósito para delinquir», referida al trastorno mental.

Entiendo que la propia estructura y la posición sistemática del art. 8.1 del Código Penal responden a este esquema. A la afirmación de

(86) FR. VON LISZT, ob. cit., tomo I, p. 7. También, L. JIMENEZ DE AUSA, *La nueva política criminal*, p. 9.

(87) Q. SALDAÑA, *Adiciones a Fr. Von Liszt, Tratado de Derecho Penal*, p. 71.

que están exentos de responsabilidad penal los que se encuentran en situación de trastorno mental al realizar el delito, se le añade una negación, esto es que no están exentos y sí hay responsabilidad penal cuando el trastorno ha sido buscado de propósito para delinquir. A la exigente, en cuanto negación de responsabilidad, se le enfrenta un supuesto contrario que, al negarla, reafirma de nuevo la responsabilidad.

Nos encontramos así, entiendo, ante una *norma especial* dentro del propio art. 8.1 del Código Penal que frente a la norma general, que es básicamente el mismo art. 8 del Código Penal en cuanto regulador de las causas de exención penal y en concreto su epígrafe primero en relación con el trastorno mental, excepcionaliza singularizadamente la norma general. Con esta excepción concreta lo que se niega es que el principio de exigencia de imputación en el momento de la comisión sea de aplicación en todo caso, o quizá, con mejor expresión, con esta excepción lo que se afirma es que el principio de exigencia de imputación en el momento de la comisión es de aplicación en todo caso salvo en aquel supuesto que por ley y excepcionalmente se establezca. De la misma manera, lo que se afirma con la excepción es que el trastorno mental siempre será exigente, salvo que, excepcionalmente, la ley establezca algún supuesto en que no lo sea.

Es por lo que acaba de decirse que se entienda no sólo especialmente destacable sino imprescindible la presencia en la norma del supuesto especial. Y esto es así porque su presencia en el art. 8. 1 del Código Penal, como manifestación de legalidad, lo que viene a decir es que sin ella, sin esta expresa referencia positiva como excepción o especialidad, el principio que excepcionaliza regiría en todo caso.

4.2.2. *El art. 8.1 como excepción concreta al principio de responsabilidad. Su necesaria previsión legal*

Desde este razonamiento, puede pensarse que el contenido del art. 8.1 del Código Penal en relación con la teoría de las acciones libres en la causa, coincidiendo en el problema central, ausencia de imputabilidad en un momento de comisión y, sin embargo, valoración afirmativa de la responsabilidad penal, ofrece una solución que inicial y aparentemente podría coincidir con aquellas interpretaciones de la acción libre en la causa que establecen la base de imputación en el hecho realizado en situación de inimputabilidad, considerando, por tanto, esta imputación como especial o excepcional y excluyendo relevancia típica al hecho de colocarse en situación de inimputabilidad para en él delinquir aunque reconozca, en ese hecho, un elemento, un momento o un eslabón de un proceso que se dirige hacia la rea-

lización típica. Sin embargo, la presencia de una concreta regulación, como es la del artículo 8.1 del Código Penal que da respuesta legal a problemas que sin ella sólo podían tener respuesta doctrinal, conlleva notables consecuencias y entre ellas la defensa prioritaria de los términos de la legalidad por encima de sus defectos o insuficiencias. Ello no responde a un iuspositivismo acrítico, sino por el contrario al convencimiento de que la libertad y la seguridad jurídica son bases ineludibles y que es el legislador, como poder representativo, el que debe superar los defectos o insuficiencias que la ley contenga, y esto, obviamente, no impide, sino todo lo contrario, la renovada crítica e interpretación doctrinal.

A haberse considerado el art. 8.1 del Código Penal como norma especial, debe coincidirse con las posiciones doctrinales que ven en él una excepción al principio de imputabilidad en el momento de la realización del hecho. Quiere decirse que habiendo inimputabilidad en el momento de la realización del hecho, pero siendo la inimputabilidad buscada de propósito para delinquir, se entiende que esa inimputabilidad carece de eficacia eximente y se responsabiliza al sujeto por el hecho cometido en tal situación.

El hecho cometido, según el art. 8.1 del Código Penal será el realizado en esa situación de inimputabilidad a la que se le niega su carácter de exención y no otro, esto es, será la acción que el sujeto realiza en situación de trastorno mental transitorio y que produce un resultado típico doloso o culposo, si existe, en este último supuesto, el tipo imprudente.

En base a esta imputación excepcional al resultado producido en situación de trastorno mental transitorio, cabe entender que se rechaza, en el artículo 8.1 del Código Penal, la imputación a la acción precedente de preordenación de la situación de trastorno mental y, con más razón, se rechaza que esa preordenación suponga ya un inicio de ejecución típica del posterior resultado. Entendemos que en la estructura del art. 8.1 del Código Penal, la llamada acción precedente, esto es, el situarse intencionalmente en situación de trastorno mental para delinquir, parece acomodarse mejor a la descripción de un acto preparatorio impune que a la de un acto típico. Sin embargo, debe destacarse que la realización intencional del trastorno mental para la comisión delictiva, tiene la cualidad o la significación de ser la razón del contenido excepcional del artículo 8.1 del Código Penal.

4.3. Ausencia de ejecución típica en la acción precedente

Así, en el art. 8.1 del Código Penal, lo que se entiende por acción precedente puede valorarse en dos sentidos. Por un lado viene a describir unos actos preparatorios, preejecutivos, irrelevantes, neutrales desde la perspectiva de la ejecución típica, en relación con un posterior resultado típico. Su irrelevancia puede detectarse, entre otros

motivos, por la ausencia de una pluralidad de personas, pluralidad que, sin embargo, está presente en los actos preparatorios punibles contenidos en el art. 4 del Código Penal. El resultado posterior tiene su propio proceso de ejecución que puede conectarse con la acción precedente de la misma manera que, en general, se conectan los actos ejecutivos con los actos preparatorios impunes que les preceden. Pero, junto a este sentido, su otro significado consiste en negar la exención que se daría si el trastorno mental no hubiera sido buscado de propósito para delinquir. Por lo tanto, en relación con el principio de exención, el trastorno mental transitorio buscado de propósito para delinquir establece la equivalencia con la no exención, establece así la excepción. En relación con la acción delictiva realizada en situación de trastorno mental, al haber sido buscado de propósito para, precisamente, realizarla, además de equivaler a que no hay eficacia eximente puede considerarse el inicio de un proceso hacia la comisión final cuya ejecución comenzará cuando, una vez producida la situación de trastorno mental, se produzca la lesión o puesta en peligro típico.

Siguiendo con la interpretación del art. 8.1 del Código Penal se coincide también con la doctrina que ve en el buscar «de propósito» una expresión intencional que no alcanza la mera aceptación ni las formas imprudentes. La expresión «para delinquir», en cuanto literal expresión de una finalidad intencional delictiva de carácter general, se interpreta concretamente como finalidad dirigida a la comisión del delito concreto, interpretación restrictiva que encuentra su razón de ser en la debida concreción que exige el principio de responsabilidad penal.

Entendida además, la presencia de la norma especial a la que nos estamos refiriendo, no como un mero recurso «ad abundantiam» sino como expresión legal necesaria de una excepción a la regla general de la inimputabilidad en el momento de la realización del hecho, se entiende que el marco legal del art. 8.1 del Código Penal impide otras formas de excepción distintas a las en él contempladas o lo que es lo mismo, que el legislador pudiendo haber contemplado formas de creación de la situación de trastorno mental para delinquir más amplias que las de dolo directo, no lo hizo.

Veremos lo que acabamos de exponer abreviadamente sobre el contenido del artículo 8.1 del Código Penal en relación con los planteamientos doctrinales que se han presentado en la primera parte.

4.4. Conclusiones

4.4.1. Contenido especial o de excepción en el art. 8.1 del Código Penal

Se expuso al comienzo que con esta exposición se pretendía, no tanto un análisis teórico de las acciones libres en la causa, cuanto un

objetivo, más modesto, como es el de interpretar la estructura del art. 8.1 del Código Penal en la fórmula que contiene de exclusión de la eximente de trastorno mental transitorio. Se ha hecho referencia ya a lo que se ha entendido como una «doble negación» acogida en el citado artículo. Desde la afirmación de la responsabilidad penal por la comisión de un hecho típico, antijurídico y culpable, se niega tal responsabilidad por la ausencia de imputabilidad (de atribuibilidad o culpabilidad) negándose, a continuación, tal negación debido a que la causa de inimputabilidad ha sido provocada voluntariamente, de manera directa, para en ella realizar el hecho típico y antijurídico. La segunda negación recupera la afirmación de referencia pero, en todo caso, la estructura es calificada de excepcional y la norma que la contiene de especial, pues el sujeto del hecho típico y antijurídico sigue careciendo de imputabilidad en el momento de ejecución aunque se la haga responder por él al haber provocado, voluntariamente, tal carencia.

Esta estructura se comunica y conecta, pro razón del propio sistema del Código Penal, con la parte especial del Código. Esta conexión es patente en el propio art. 8 que para afirmar la exención de la responsabilidad penal tiene como obligada referencia la presunta responsabilidad penal deducible, inicialmente y previa valoración normativa completa de la realización antijurídica de los tipos delictivos y de su atribución al sujeto. También se puede comprobar esta comunicación e interdependencia en los supuestos que pueden calificarse de incompletos como son los casos de inicio de ejecución sin alcanzar la consumación.

Dada la estructura contradictoria que se ha atribuido al art. 8.1 del Código Penal y su consiguiente consideración como excepcional, cabe establecer una imputación que también puede calificarse de excepcional, por el hecho cometido en situación de trastorno mental cuando, insisto, tal situación ha sido provocada intencionalmente para delinquir y de ahí, también, que parezca no tener encaje, dentro del art. 8.1 la teoría que establece la imputación en la acción originaria o precedente de colocarse en situación de trastorno mental. Con esta imputación especial o excepcional el legislador ha hecho, entiendo, una importante elección político criminal. El legislador atiende al supuesto en que el trastorno mental ha sido buscado de propósito para delinquir porque ha considerado, decisión político criminal, que situarse dolosamente en tal situación de inimputabilidad para en ella delinquir tiene un contenido de riesgo suficiente como para excepcionalizar la exención de responsabilidad penal. Si consideramos, como es manifiesto, que el dolo supone un mayor peligro que la imprudencia, cabe interpretar que es precisamente esa mayor entidad de peligro la que ha llevado al legislador a establecer la excepción, así como el legislador no ha considerado suficiente para la excepción la posible

provocación imprudente del trastorno mental transitorio puesto que muestra una menor intensidad de peligro de cara a la comisión delictiva.

4.4.2. *La acción posterior como referente, excepcional, de la imputabilidad*

El planteamiento de norma especial o de excepción del art. 8.1 del Código Penal que lleva a imputar al sujeto el hecho cometido en situación de trastorno mental, se presenta así contrario a la imputación a la acción precedente. Con ello se entiende que el hecho de buscar de propósito el trastorno mental para en él delinquir constituye un acto preejecutivo en el que todavía no hay afectación al bien jurídico, lesión o puesta en peligro relevante, aunque si suponga una inicial manifestación del plan del autor e incluso una posible situación de riesgo remoto e irrelevante, elementos estos que se dan también en los actos preparatorios, preejecutivos e impunes. Con un ejemplo podría decirse que quien voluntariamente se coloca en una situación de inimputabilidad para en ella lesionar, todavía no ha comenzado a realizar la acción típica de lesionar aunque haya podido iniciarse un proceso hacia ella, y ello sin tener en cuenta otro aspecto, relativo a la culpabilidad, como es que la influencia valorativa e imperativa del injusto para actuar o no de conformidad con la norma, problema relativo a la imputabilidad, se resuelve de distinta manera en el momento de provocar la inimputabilidad que cuando se está ya en situación de inimputabilidad en cuanto que entre los dos momentos se presenta una «notable fractura lógica» (88), admitiendo, como hace Roxín que la dirección de la acción, por ejemplo, por una persona sobria, sana física y psíquicamente, transcurre de manera diferente a la de una persona completamente embriagada.

Parece indudable que la teoría que defiende la imputabilidad a la acción precedente pretende garantizar, con ello, en todo caso, el principio de imputabilidad en el momento de la realización del hecho, pero entiendo que incurre en una contradicción que lleva a resultados no precisamente garantistas cuando para garantizar el principio de imputabilidad, atribuye un significado ejecutivo a un hecho que es preejecutivo, que a lo sumo puede contener un riesgo remoto no perceptible como peligro cierto y relevante desde el criterio de protección de bienes jurídicos, adelantando, injustificadamente, el inicio de la intervención o protección penal. La cuestión, por tanto, es que la pretensión de garantizar el principio de imputabilidad al establecer el

(88) NOUVOLONE, *Il sistema del diritto penales*, 1975, p. 254.

momento de realización en la acción precedente, no se realiza y se frustra, ya que tal acción no es un hecho ejecutivo. No se consigue así la garantía que busca y además adelanta, antigarantistamente, la barrera de protección penal. Cabe reiterar que, aún no siendo deseables las normas que excepcionalizan principios de garantía, esta excepción que se entiende presente en el art. 8.1 del Código Penal encuentra su necesidad no tanto en reducir el ámbito de garantía sino en responder a un abuso en el que principio de garantía es instrumentalizado. Por lo tanto, la excepción fortalece y delimita el principio de garantía frente a posibles usos abusivos y en la medida en que es legalmente expresa, no supone alteración alguna al principio de seguridad jurídica. Por ello que se considere rechazable una interpretación similar que carezca de apoyo legal tal como Octavio de Toledo y Huerta censuran cuando este planteamiento no tiene su origen en un previa regulación de derecho positivo, siendo como es desfavorable al reo (89).

De las fundamentaciones doctrinales, la que inicialmente se presenta en su formulación con más contundencia es aquella que ve ya en el momento de colocarse en situación de inimputabilidad, ya sea dolosa o culposamente, un inicio de ejecución del resultado que más tarde se producirá. Recordando, previamente, que en el ámbito del art. 8.1 del Código Penal nos encontramos expresamente en un supuesto de provocación intencional, puede reconocerse, como ya se ha hecho, que tal interpretación pretende garantizar así la exigencia de imputabilidad en el momento de realización al situar tal momento cuando, siendo imputable, el sujeto busca la inimputabilidad como ocasión para delinquir. Sin embargo, cabe pensar que esta garantía se quiebra a la hora de conectar dicho pretendido inicio doloso de ejecución con el resultado ulterior producido. Parece que la referencia a una causalidad típica, que debería darse si hay inicio de ejecución, tiene la virtud de ocultar otra posible conexión más cercana cual es la existente entre el resultado y la conducta que lo realiza de manera inmediata, esto es, la acción que según la interpretación que se defiende, realiza el sujeto en situación de trastorno mental aunque este haya sido provocado pro él para realizarla. Como dice Leone, «creando una conexión causal entre el resultado y la conducta precedente al surgimiento del estado de no imputabilidad, una conexión así a distancia, se elimina la más próxima conexión entre la conducta no asistida por la imputabilidad y el resultado» (90). De ahí, que

(89) E. OCTAVIO DE TOLEDO; S. HUERTA, ob. cit., p. 337. En sentido similar M. ALONSO ALAMO, considerando que la acción realizada en supuestos de «ausencia de libertad», aunque «libre en la causa» no puede quedar impune, exige «juna intervención del legislador que establezca una excepción» ob. cit., p. 67.

(90) M. LEONE, ob. cit., p. 20.

surja la impresión o al menos la duda de si nos encontramos ante fórmulas de causalismo naturalista. La teoría de la «conditio sine qua non», como ha indicado Gimbernat, al presentar dificultades casi insuperables de prueba, lleva al rechazable ámbito de las presunciones y a un espacio de ambigüedad y arbitrariedad provocando responsabilidades donde hay que absolver y absolución donde hay **que condenar** (91). **La causalidad, en todo caso**, debe completarse valorativamente desde la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. Puede pensarse que colocarse en situación de trastorno mental voluntariamente para en tal situación delinquir, puede suponer una situación de riesgo remoto (92), pero no por ello debe concluirse que hay ya inicio de ejecución. Desde la realización típica el decidir cometer un delito y el instrumentalizarse a sí mismo el autor con la intención de cometerlo a través de colocarse en una situación de trastorno mental, supone el que se da un aspecto subjetivo, intencionalidad, y que el autor pone en marcha su plan, pero no supone iniciar la ejecución y menos, cuando ésta va dirigida a un momento posterior indicada por una diferente situación del sujeto. Entiendo que en este caso, no se trata de comprobar que un comportamiento causal no es sin más un comportamiento objetivamente típico y que tampoco se trata de una cuestión similar a la «consumación anticipada» (93) sino que se trata, en la interpretación que se entiende correcta del art. 8.1 del Código Penal, de que el sujeto realiza el hecho cuando ya está en situación de trastorno mental y no previamente cuando se coloca en tal situación en la que todavía no se manifiesta ninguna acción relevante desde el tipo y por lo tanto no hay motivo para adelantar el ámbito de lo punible, con la consecuencia que resultaría de hacer responsable, por tentativa, a quien se embriaga para cometer un delito. La pretensión garantista que esta interpretación defiende sería materialmente defraudada si tuviese que realizarse en base a sobrepasar los límites de protección del bien jurídico adelantando las barreras de punición a actos penalmente irrelevantes.

Por tanto, del art. 8.1 del Código Penal no consiste tanto en la intencionalidad del resultado y en su previsibilidad objetiva a partir de la acción dirigida a colocarse dolosamente en situación de trastorno mental, sino que, entiendo, el problema se encuentra en que siendo

(91) E. GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966, p. 143.

(92) J. M. SILVA SÁNCHEZ, *El Delito...*, obr. cit., p. 268, en relación a determinados supuestos omisivos de actio libera in causa hace referencia al hecho de la provocación como creación de una situación de peligro que, entiendo, merece distinta interpretación en las formas dolosas que en las imprudentes, como el autor hace, M. ALONSO ALAMO, ob. cit., p. 82, contempla supuestos de inicio de procesos causales peligrosos pero que no pertenecen al grupo de acciones que el tipo pretende captar.

(93) J. M. SILVA SÁNCHEZ, *La embriaguez...*, ob. cit., p. 175 (nota 48).

el comportamiento que se imputa el realizado cuando se está en situación de trastorno mental, es en esa acción en la que hay que contemplar si el sujeto en ese momento quiere, en la comisión dolosa, de manera inmediata o como consecuencia inseparablemente unida a su querer, el resultado, o si siendo previsible ese resultado, el sujeto crea la situación de peligro de su producción, pudiendo y debiendo evitarlo. Esto es, si la acción realizada en situación de trastorno mental, que ha sido previamente buscado de propósito para delinquir, es dolosa o culposa y en el segundo de los supuestos si cabe tal forma de comisión. El problema de su imputabilidad, que es otro y distinto, se resolverá, consecuentemente, por algo distinto como es precisamente la excepción que el propio art. 8.1 del Código Penal contiene. En todo caso, tal como ha observado Alonso Alamo, la interpretación de la acción libre en la causa que atribuye la imputación por el hecho previo realizado en situación de imputabilidad, distorsiona «el sentido históricos de la figura mediante una construcción que en el fondo es la negación de la «actio libera in causa»: en efecto, entendida en los términos expuestos la denominada «actio libera in causa» no es «libera in causa» sino «in se» (94).

En este sentido se plantea que la fase de «buscar de propósito para delinquir» el trastorno mental, no contiene actos ejecutivos del resultado producido en la situación de trastorno. El colocarse en tal situación para delinquir puede manifestar una voluntad no deseable que si bien, asiladamente y sólo en relación al ámbito íntimo de la voluntad, puede entenderse como el aspecto subjetivo de la tentativa, lo que es insuficiente. También puede ser entendido, y más cuando no se deduce de un hecho que afecte al bien jurídico, como algo que responde sólo, precisamente, al ámbito de la voluntad y, por tanto, insuficiente para fundamentar el inicio de ejecución. El hecho, que para que sea fundamento objetivo de la tentativa debe haberse manifestado como peligroso para el bien jurídico no parece que puede encontrarse en la situación de trastorno mental cuando todavía no se conoce el hecho realizado en tal situación que será al que se refiera la imputación. De nuevo la cuestión vuelve a plantearse en que, si consideramos que el art. 8.1 del Código Penal contiene una excepción al principio de imputabilidad en el momento de comisión, excepción que niega la eficacia, de modo concreto y especial, a la eximente por ser ésta «buscada de propósito para delinquir», y si consideramos que la imputación del delito se hace por el hecho realizado en la situación de inimputabilidad, el hecho de colocarse voluntariamente en situación de trastorno mental para delinquir tiene como significado, como función, no tanto iniciar la

(94) M. ALONSO ALAMO, ob. cit., p. 58.

ejecución (95) que se dará más tarde, sino tal como se está entendiendo que dice el art. 8.1 del Código Penal, negar la eficacia de la eximente y constituir, en todo caso, una fase de preparación (96) que no corresponde con los actos preparatorios punibles de nuestro Código, carente de peligro (97), por tanto, y que supone la impunidad del mero hecho de ponerse en situación de trastorno mental para delinquir.

Insistiendo en lo que acaba de decirse, no parece que el hecho de colocarse en situación de trastorno mental para en él delinquir muestre una mayor «proximidad objetiva» (98), en relación con la realización típica, que los actos preparatorios impunes. En el curso que se va sucediendo desde la fase puramente interna hasta la fase de ejecución en dirección a la consumación pueden darse una serie de actos que en sí mismos y en relación con la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico se han venido metódica, indicada por Siniscalco, una precisa justificación y una concreta delimitación en relación con la tentativa sólo puede realizarse a través de la investigación rigurosa del dato normativo (99), cuesta pensar que el colocarse dolosamente en situación de trastorno mental para delinquir pueda indentificarse con la expresión normativa del art. 3 del Código Penal que exige «dar inicio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores». ¿Cabe entender la expresión «para delinquir» en cuanto manifestación inten-

(95) J. SILVA SÁNCHEZ, *La embriaguez...*, ob. cit., p. 171. Este autor en relación con ya con el contenido del art. 8.1 del Código Penal sino con la teoría de la acción libre en la causa que entiende que la imputación al hecho delictivo se da en la acción precedente y que, por tanto, en ella comienza la tentativa defiende que en todo caso se da una «tentativa inacabada» dado que los actos ejecutivos continúan en la acción posterior pudiendo darse en esta segunda fase un mero desistimiento pasivo y no activo para que el resultado no se produzca. Utilizando el paralelismo con la autoría mediata C. L. ROXÍN, ob. cit., p. 30, defiende que «existe tentativa acabada cuando un responsable pone en marcha un curso causal y pierde su dirección al traspasarlo a otra persona que actúa sin culpabilidad o sin dolo y que es la que en definitiva tiene que llegar al resultado».

(96) Puede recordarse el planteamiento de H. JESCHECK de atribuir a la acción precedente, dolosamente provocada, el inicio de «un proceso de conducción que prepara el hecho», ver supra, p. 28.

(97) M. ALONSO ALAMO, ob. cit., p. 82: «La “actio praecedens” no es aún comienzo de ejecución del tipo... no genera todavía un peligro (concreto, inmediato) ni una conmoción a la seguridad del bien jurídico... no es una acción apta o apropiada para poner en peligro el bien jurídico.»

(98) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal I*, 1972, p. 81; S. MIR PUIG, *Derecho...*, ob. cit., p. 279, y E. FARRE TREPAT, *Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la actio libera in causa*, 1990, considera que «si bien en este momento puede considerarse que concurre un peligro para el bien jurídico que origina la tentativa no se tratará en algunos casos de peligro inminente», p. 85.

(99) M. SINISCALCO, *La struttura de delitto tentato*, 1959, p. 59.

cional del situarse en trastorno mental como identificable con la expresión «inicio de ejecución del delito directamente por hechos exteriores» del art. 3? Parece que no. La fórmula de nuestro código excluye, como expone Farre «la posibilidad de establecer una delimitación estrictamente subjetiva» además de determinar el comienzo del delito intentado por la realización de las acciones típicas o de las estrechamente, directamente, unidas a ellas (100). Entiendo que la expresión contenida en el art. 8.1 que sólo hace referencia al situarse voluntariamente en situación de trastorno mental para en ella delinquir, está muy lejos de un directa conexión con los hechos típicos que puedan luego realizarse. Más bien parece plantear un peligro remoto, difícilmente percible desde la pluralidad de bienes jurídicos que pueden ser afectados por la posterior realización delictiva y difícilmente percible también desde la perspectiva «ex ante», precisamente por la situación de trastorno mental creada en que la capacidad de control del sujeto está notablemente trastornada. Su punición como tentativa llevaría a una notable inseguridad jurídica en perjuicio del principio de protección bienes jurídicos.

Por otra parte, tampoco parece que la fórmula del art. 8.1 permita equiparar la situación que contempla con los supuestos de actos preparatorios punibles considerados con carácter general en el art. 4. del Código Penal. Como más arriba se indicó, en el actual ordenamiento penal español la conspiración, la proposición y la provocación se consideran actos preparatorios especialmente punibles y en los tres existe una pluralidad de sujetos, pluralidad a la que se acude para mostrar la mayor peligrosidad de esas conductas. Como es obvio, tal pluralidad no existe en el supuesto del art. 8.1 que tratamos, pero, además de esto, la actual fórmula del art. 4, en cuanto que contiene un criterio de punición general que sanciona con la misma pena que la tentativa, ha sido criticada optando unánimemente la doctrina por proponer un criterio de punición especial por el que sólo en razón de la protección de bienes jurídicos de especial importancia cabría la punición de determinados actos preparatorios considerados especialmente peligrosos para el bien jurídico dada la cercanía de su lesión o puesta en peligro y dada la presencia en ellos de dos o más personas. Tampoco desde esta perspectiva parece que se pueda equiparar el supuesto contemplado en la excepción del art. 8.1, con unos actos preparatorios excepcionalmente relevantes, argumento éste que se añade a la ausencia en el art. 8.1 de los rasgos de la tentativa.

Similares comentarios pueden hacerse a las otras fundamentaciones anteriormente expuestas que sin plantear expresamente que el colocarse en situación de inimputabilidad suponga comienzo de eje-

(100) E. FARRE TREPAT, *La tentavia del delito*, 1986, pp. 229 y ss.

cución, defienden que es a la acción precedente, en cuanto que está unida casualmente al resultado producido, a la que se imputa el delito, planteamiento que, en todo caso, lleva a las mismas consecuencias que el anterior. Pienso, como se ha comentado, que no se consigue satisfacer debidamente el problema de la interpretación del art. 8.1 del Código Penal, porque confunde dos tiempos o mejor, dos procesos que en el art. 8.1, en cuanto a la preordenación dolosa, están diferenciados. El primero como constitutivo de una fase de preparación impune y el segundo como constitutivo de realización típica.

Tal comprensión del art. 8.1 del Código Penal pienso que permite entender que el legislador español ha utilizado un criterio distinto al que muestra la teoría de la acción libre en la causa y también permite comprender que tal construcción no es banal ni gratuita sino que, como hemos visto, responde a fundados y exigibles criterios políticos criminales y está dirigida, de manera oportuna aunque pueda ser calificada de deficiente, a evitar supuestos excepcionales en los que la garantía de la imputabilidad pueda ser instrumentalizada abusivamente. Su presencia legal responde así a la perspectiva histórica de la propia formación del Derecho Penal moderno, que enraizado en su origen de garantía, de interdicción de la arbitrariedad, se proyecta como norma de intervención social y como tal debe garantizar cuál es y cómo se aplica la ley, porque por medio de la ley debe permitir el comportamiento de los ciudadanos, es decir, el ejercicio de las libertades. En este sentido se manifiesta la especial importancia de la exigencia de la legalidad y más en supuestos como este en el que, como se ha entendido, se contiene una concreta excepción a un principio de garantía.

Cabe centrar también en este razonamiento, el fundamento de la punición del supuesto que tratamos. De entre las posiciones expuestas, hay aspectos coincidentes con la que se está manteniendo en la presentada por Alonso Alamo. Esta autora, rechazando el criterio de la causalidad por considerar que la acción de provocación no constituye aún principio de ejecución, rechazando también la equiparación con la autoría mediata y rechazando la solución de la impunidad, entiende que es el enlace causal, «la conexión externa y psíquica con una hacer precedente» lo que «hace surgir la necesidad de la pena» que a su vez exige del legislador una intervención para que excepcionalice el principio de legalidad (101). Compartiendo el rechazo del criterio de la causalidad, cuesta participar de una fundamentación en base a una mera «conexión» tanto externa como psíquica con el hacer precedente, conexión que, en todo caso es irrelevante para la realización típica y antijurídica del segundo momento que es la que se pena-

(101) M. ALONSO ALAMO, ob. cit., pp. 66 y 67.

liza. Lo que en todo caso puede estar anticipado en el momento previo sería la culpabilidad, que no se da en el segundo momento aunque se establezca la responsabilidad penal «como si se diera» y ya se ha mostrado el rechazo a «desunir» los presupuestos de la responsabilidad en momentos diversos. No podría tenerse en cuenta una posible culpabilidad «adelantada» que careciese del sustrato necesario del hecho típico y antijurídico al que va referida. Por otra parte, esa conexión, ese nexo psicológico doloso o culposo respecto al hecho típico cometido en estado de incapacidad presente ya en la acción precedente, decisivo, como expone, «respecto a la acción típica y no respecto a la producción de la incapacidad» (102), entiendo que no se ajusta bien con la estructura del art. 8.1 del Código Penal porque si el dolo o la culpa se dan, en relación con la acción que los sustenta en el momento de inimputabilidad, no llega a entenderse la relevancia de esa conexión con una acción directamente voluntaria, como la que encierra el art. 8.1 del Código Penal dirigida solamente a crear la situación de inimputabilidad, si bien con una repercusión sustancial para la valoración normativa de la acción posterior. Se comprende la conexión o la relación en cuanto que la primera acción es la razón de la excepción, pero no que esa relación o conexión se realice a través de las formas típicas de comisión de dos acciones diferenciadas siendo la primera típicamente irrelevante. De ahí que Roxín haya planteado que un modelo consecuente de la excepción tendría incluso, además, que prescindir de la causación del resultado típico por el comportamiento previo, pues no se anticipa la acusación del resultado típico y con él, el injusto (103).

Se ha dicho anteriormente que en el artículo 8.1 del Código Penal la acción de colocarse en situación de inimputabilidad para en ella delinquir podía manifestar un comportamiento preejecutivo irrelevante, una cierta exteriorización, también irrelevante, del plan del autor, pero que en todo caso consistía en la razón que negaba la eficacia existente a la inimputabilidad posterior. Entiendo que lo que viene a decir el art. 8.1 del Código Penal es que quien con dolo directo se coloca en situación e inimputabilidad para delinquir, es decir quien utiliza su voluntad directamente para colocarse en situación de inimputabilidad, voluntad que no tiene por qué conectarse con la posterior comisión típica dolosa porque, en principio nada impide que sea culposa, la acción que realice en tal situación le será atribuida. El «buscado de propósito» se refiere en el artículo 8.1 del Código Penal al trastorno mental y el «para delinquir» va referido a la instrumentalización de ese trastorno para en él realizar una comisión delictiva que

(102) M. ALONSO ALAMO, ob. cit., p. 94.

(103) CL. ROXÍN, ob. cit., p. 24.

puede ser, en ese segundo momento, querida o aceptada o representada y no deseada o no representada pero previsible por el sujeto. Esto es, que el carácter doloso del hecho de colocarse en situación de trastorno mental no se vincula o no vincula con la forma dolosa o culposa de la comisión típica que en él se haga. De ahí que ha podido plantearse que, como ya apuntó Córdoba Roda (104), el Código Penal se inspire en características distintas de la «actio libera in causa» porque el art. 8.1 del Código Penal no se refiere tanto a la «actio» dolosa que fue imputable en su origen, sino a la forma dolosa de provocar la inimputabilidad, lo que anula la eficacia eximente para la acción dolosa o culposa que se haga.

4.4.3. *Rechazo de la similitud con la teoría de la «autoría mediata»*

El recurso a la teoría de la autoría mediata como figura similar, a efectos de interpretación, a la teoría de la «actio libera in causa», en cuanto supuesto de utilización de uno mismo para la realización delictiva, entiendo que no añade ningún argumento a los ya vistos para comprender el contenido de la excepción expresada en el art. 8.1 del Código Penal y que, por otra parte, pueden establecerse algunas distancias entre la interpretación que se está haciendo y la teoría de la autoría mediata. En primer lugar cabe destacar dos diferencias que no por evidentes deben ser desdeñadas. La primera consiste en que mientras no existe previsión legal alguna sobre la autoría mediata y sí una aplicación de su elaboración doctrinal (105), la concreción legal del art. 8.1 del Código Penal supone exigencias interpretativas desde la norma. La no previsión legal expresa de la autoría mediata en el art. 14 del Código Penal, si bien se discute su inclusión en alguno de los epígrafes de ese artículo y las dificultades que desde el tipo se plantean en determinados supuestos para admitir la posibilidad de la autoría mediata (106), no impide su admisión dado que el autor mediato, imputable, realiza el tipo aunque sea a través de otro que puede actuar sin antijuridicidad o sin culpabilidad. Pero en la fórmula del art. 8.1 del Código Penal, que sería la análoga a cuando alguien se sirve de un imputable a quien ha provocado intencionalmente la inimputabilidad

(104) J. CÓRDOBA RODA, *comentarios*, ob. cit., p. 278.

(105) LA P.A.N.C.P. en su art. 27 propone la figura de la autoría mediata al anteponer al «se consideran autores» la fórmula: «Además de quienes realizan el hecho por sí o por medio de otro». E. OCTAVIO DE TOLEDO y S. HUERTA, ob. cit., p. 488, se muestran partidarios de la referencia expresa en el Código Penal de la autoría mediata lo que evitaría dudas sobre la legalidad del autor mediato, confirmaría que el autor puede realizar el tipo sin practicar materialmente actos de ejecución y singularizaría legalmente la autoría mediata de las otras formas de intervención en el delito.

(106) E. GIMBERNAT, *Autor y cómplice en el Derecho Penal*, 1966, pp. 222 y ss.

para delinquir, la cuestión, excepcional, es otra. No se trata tanto de encontrar en el «hombre de atrás» un imputable que realiza la conducta antijurídica a través de otro, sino que es al sujeto inimputable, al que se le sanciona como imputable. Si en la autoría mediata el sujeto realiza el tipo y es imputable, y otro, el ejecutor, es instrumento suyo, en la fórmula del art. 8.1 del Código Penal, y ésta sería la segunda diferencia, al haber un único sujeto, él mismo realiza el tipo, practica los actos de ejecución, y excepcionalmente se le considera como imputable aunque realiza el hecho en situación de inimputabilidad, lo que no sucede en la autoría mediata. La identidad del sujeto evita las dificultades que hay en la autoría mediata para admitir la responsabilidad por los delitos especiales y los de propia mano (107) mostrándose en contra de esta opinión Roxín que considera «que también en el hurto calificado, en las lesiones peligrosas, en la violación... es posible sin más considerar el comienzo del delito en el momento en que se produce la situación de incapacidad. Pues el comportamiento en el estadio de la tentativa no tiene todavía porqué mostrar el mismo tipo de acción que en el delito consumado (108), opinión que entiendo ser matizada. La tentativa supone acción típica y muestra el tipo aunque no tenga que mostrar el resultado final, la consumación, si no, cabe el peligro de entender por tentativa actos preejecutivos impunes o desvirtuar tipos penales desnaturalizando sus propios elementos. Por otra parte, el autor mediato, es tal en la medida que es imputable en el momento de la realización y aprovecha la inimputabilidad de otro mientras que en el supuesto del art. 8.1 del Código Penal es el propio sujeto el que provoca, él mismo, su propia inimputabilidad. Por último recurrir a la teoría de la autoría mediata para establecer responsabilidad penal por supuestos no contemplados en el art. 8.1 del Código Penal, desbordando su previsión legal, pues suponer un recusable criterio analógico (109).

Una vez planteado como se entiende la estructura del art. 8.1 del Código Penal en cuanto excepción expresa y concreta del principio de

(107) M. ALONSO ALAMO, ob. cit., p. 65.

(108) CL. ROXÍN, ob. cit., p. 32.

(109) S. T. C. 75/1984 de 27 de junio: «Tal derecho (el de no ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito o falta según la legislación vigente consagrado en el art. 25.1 C. E.), que es garantía de la libertad de los ciudadanos, no tolera la aplicación analógica «in peius» de las normas penales o dicho en otros términos, exige su aplicación rigurosa de manera que sólo pueda anular la sanción prevista a conductas que reúnan todos los elementos del tipo descrito y sean objetivamente perseguibles. Esta exigencia sería soslayada no obstante, si a través de la figura del fraude de la ley se extendiera a supuesto no explícitamente contemplados en ellas la aplicación de normas que determinan el tipo o fijan condiciones objetivas para la perseguibilidad de las conductas, pues esta extensión es, pura y simplemente, un aplicación analógica.»

imputabilidad en el momento de realización, excepción expresa que no supone que el principio de culpabilidad deba abrirse a una elasticidad diferente y mayor (110) sino que, al contrario, prefiere garantizarlo frente a instrumentalizaciones abusivas, y una vez que, a partir del criterio de excepción se han mostrado los dos momentos, de diferente relevancia, que el art. 8.1 del Código Penal contiene, paralelamente a cómo se ha hecho en la parte expositiva, se continuará con el comentario sobre las consecuencias que se derivan de las teorías expuestas acerca del ámbito del art. 8.1 del Código Penal en base a sus expresiones «para delinquir» y «buscado de propósito».

4.4.4. *Interpretación restrictiva de la expresión «para delinquir»*

En relación con la expresión «para delinquir» se ha indicado anteriormente que si se considera que el resultado ulterior producido en situación de trastorno mental debe ser reprochado el autor por haberse colocado voluntariamente en esa situación de inimputabilidad, debe valorarse positivamente su interpretación singularizada en la medida en que frente a una finalidad intencional abierta y genérica traducible en cualquier resultado delictivo, la interpretación singularizada a un concreto hecho delictivo permite una delimitación de la responsabilidad concreta, más adecuada a la garantía que debe existir en la valoración de la culpabilidad. Este esfuerzo delimitador, por garantista, elimina así un espacio de ambigüedad difícilmente, de otro modo, aprehensible e identificable. Al tener como referencia para la determinación de la pena la conducta a la que se dirige esa voluntad, realizada en un momento posterior, hace necesariamente identificable la singularidad de ese delito, identificación que no se daría en la intencionalidad genérica.

Sin embargo, como se ha venido diciendo, esta voluntad delictiva, aún siendo concreta, no forma aún, junto con el colocarse en situación de trastorno mental transitorio, base suficiente para justificar la punición. Esto es, como aspecto subjetivo, no acompaña a una situación objetiva de peligro para el bien jurídico, porque tal como se viene entendiendo la estructura del artículo 8.1 del Código Penal, tal afectación al bien jurídico se produce con la conducta que el autor realiza en la situación de trastorno mental. Dada la interpretación que se ha hecho debe coincidir en valorar como positiva la previsión conteni-

(110) Así B. SOUSA SANTOS, *Crímenes cometidos en estado de embriaguez*, vol. I, 1968, p. 68, ante deficiencias en las previsiones legales que no contemplan supuestos abracables por la teoría de la acción libre en la causa se cuestiona «si no deberá el principio de culpabilidad, al menos en esta materia, abrirse a una elasticidad diferente y mayor».

da en la P.A.N.C.P En este texto prelegislativo, la referencia al «propósito para cometer el delito» confirma la interpretación de concretar la intencionalidad delictiva al hecho singular. Se coincide, así mismo, en la interpretación, manifestada anteriormente, de Mir Puig y de Alonso Alamo acerca de que el conocimiento del sujeto debe abarcar los elementos del tipo delictivo concreto así como las circunstancias generales (111).

4.4.5. *Interpretación restrictiva de la fórmula «de propósito»*

Respecto a la exigencia legal de que el trastorno mental hay sido buscado «de propósito», como se ha visto, hay coincidencia doctrinal en ver en dicha exigencia una fórmula de dolo directo que impide que se acoja en ella tanto la mera aceptación que el dolo eventual supone como el origen imprudente. Ante estas exclusiones derivadas de la literalidad del art. 8.1 del Código Penal, dos posiciones diversas parecen manifestarse doctrinalmente. Una responde a la defensa estricta del marco legal expresado en el art. 8.1 del Código Penal y que se manifiesta a través de la exposición que de ella hacen Octavio de Toledo y Huerta. Para estos autores toda interpretación del art. 8.1 del Código Penal que amplíe las causas de no apreciación de la eximente de trastorno mental transitorio a otras que no sean las que expresamente indica tal disposición legal, «es una interpretación contraria al reo... Y debe tenerse en cuenta que el principio de interpretación favorable al reo... se encuentra enraizado en los fundamentos del principio de legalidad». Este argumento se refuerza al interpretar que la inclusión en el Proyecto de del Código Penal de 1980 y en la P.A.N.C.P de 1983 de los supuestos de imprudencia excluidos en la actual redacción, es una muestra de que la actual regulación es insuficiente y de que en todo caso corresponde a la ley y no al intérprete «colmar las lagunas de punibilidad por más que tales vacíos puedan resultar dogmáticos y/o político criminalmente rechazables» (112). La otra posición doctrinal deriva, como hemos visto, de la aplicación de la teoría de la acción libre en la causa que ve también en la posible imprudencia o en el dolo eventual al colocarse en situación de trastorno mental, hechos punibles según las reglas generales de imputación, manteniendo, en todo caso, la exención por el hecho realizado en situación de inimputabilidad. Para los autores que defienden esta postura, la regulación anunciada por el Proyecto de Código Penal de 1980 y por la

(111) Ver supra, pp. 27 y 28.

(112) E. OCTAVIO DE TOLEDO, S. HUERTA, ob. cit., p. 340.

P.A.N.C.P de 1983 confirma parcialmente la elaboración doctrinal y resuelve el actual vacío legal aunque también es motivo de críticas. Se le objeta su falta de previsión por contener una «desmesurada extensión» de la acción libre en la causa culposa, como critican Cobo del Rosal y Vives Antón (113) y porque no determina el tratamiento que merece la provocación imprudente, como hace Mir Puig quien admitiendo que la fórmula propuesta anula la exención, observa que no se precisa qué responsabilidad penal debe establecerse en el supuesto de origen imprudente y comisión dolosa (114). Alonso Alamo, partidaria como hemos visto del modelo de excepción, indicando que el reconocimiento prelegislativo de la «actio libera in causa culposa» supone una mejora respecto a la regulación actual, destaca que no se contempla en la Propuesta de Anteproyecto de 1983 la provocación de la inimputabilidad con dolo eventual respecto al hecho típico (115).

Cabe recordar, también, la opinión que considera intrascendente la ausencia en el art. 8.1 del Código Penal del origen imprudente en cuanto puede ser cubierta por la estructura de los delitos imprudentes y la propuesta de Silva Sánchez de mantener la imputación a la acción precedente en los casos de imprudencia y en los casos de dolo proceder a la tipificación expresa (116). Rodríguez Montañés, participando en principio del modelo de excepción considera que, en la medida en que nuestro Código no establece expresamente que la capacidad de culpabilidad haya de apreciarse en el momento de la ejecución del delito, porque ni siquiera la culpabilidad se entiende como un elemento del delito sino como una característica del sujeto, requisito adicional para la imposición de la pena, cabría admitir excepcionalmente la apreciación de la capacidad de culpabilidad «en un momento anterior:

(113) M. COBO DEL ROSAL, T. S. VIVES ANTÓN, ob. cit., p. 408 (nota 14) «la fórmula es desacertada por su desmesurada extensión. Pues para el castigo de la actio libera in causa culposa, no basta con que se hubiera previsto la comisión del delito, ni mucho menos con que hubiera podido preverse, sino que es preciso que se hubiera previsto o podido prever y además, en cualquier caso, que se hubiera podido y debido evitar». En sentido similar Mir Puig, *Sobre la regulación de la infracción penal y de las personas responsables en la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983*, p. 477, «debería exigirse no sólo la posibilidad de previsión sino también la capacidad de evitación, pues no puede imputarse a imprudencia (lo que) aún siendo previsible resulta inevitable».

(114) S. MIR PUIG, *Sobre la regulación...*, ob. cit., p. 477. «Se plantea la duda de si procede castigar por imprudencia o si subsiste la responsabilidad por delito doloso. La lógica de la actio libera in causa conducirá a la imprudencia pero la propuesta se limita a excluir la eximente.

(115) M. ALONSO ALAMO, ob. cit., p. 87.

(116) J. M. SILVA SÁNCHEZ, *La embriaguez*, ob. cit., pp. 172 y 175 (nota 51). Esta propuesta es calificada como «absolutamente minoritaria y discutible», por T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, ob. cit., p. 142.

razones de política criminal así lo exigen y no se opone a ello el tenor literal de la ley» (117).

4.4.6. *Defensa de los principios de garantía*

Parece necesario insistir en que las diversas posiciones doctrinales mantienen, en todo caso, como criterio de referencia la defensa de los principios de garantía. Por una parte planteando la defensa del principio de legalidad en sentido estricto frente a posibles interpretaciones que desbordando la propia legalidad lleguen a conclusiones contra el reo. Por otra, planteando la garantía de imputabilidad en el momento de comisión, también en sentido estricto, de modo que con el mantenimiento de la exención en el resultado y a través de las reglas generales de imputación pueda establecerse en la acción por la que el sujeto se coloca en situación de inimputabilidad la base de la imputación. Sin embargo, como ya se ha dicho, parece discutible pretender mantener la garantía de la imputabilidad en el momento de la comisión en base a adelantarlo desbordando el ámbito de protección, de la misma manera que parece discutible que la capacidad de culpabilidad o de responsabilidad subjetiva, «personal», pro el hecho se desplace en el tiempo y se sitúe en un momento anterior distinto al del hecho, hecho que en todo caso realiza «ese» sujeto, en «ese» momento. Aunque la estructura del art. 8.1 del Código Penal parezca permitir una interpretación en ese sentido, supondría romper la regla de la necesaria interconexión o intercomunicación simultánea de todos los elementos que sirven de presupuesto a la responsabilidad penal. Se es responsable penalmente de la acción típica y antijurídica realizada, de la misma manera que ella se atribuye a quien de ella, y no de otra, se considera responsable. El legislador, como se ha expuesto, ha realizado una elección y atendiendo a que situarse de propósito supone un mayor peligro que si lo hiciese imprudentemente, ha excepcionalizado el dolo y no la imprudencia en el supuesto del art. 8.1 del Código Penal.

Esta singularidad de la estructura del art. 8.1 del Código Penal entiendo que responde al esquema ya reiterado y que la razón última se encuentra en la finalidad de evitar a través de la regulación penal la instrumentalización abusiva, arbitraria y antigarantista de un principio de garantía como es el de «nulla poena sine culpa». Para ello, el legislador excepcionaliza en el art. 8.1 del Código Penal el principio de imputabilidad, por la razón, repito, de que dicho principio puede contener su propio contrario y que una aplicación impecablemente universal de tal principio puede suponer un vacío de legalidad difícil-

(117) T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, ob. cit., p. 143.

mente justificable. Puede entenderse así la razón de lo que se ha venido describiendo como excepción, y la razón de la penalidad desde la misma naturaleza del principio excepcionalizado, desde su naturaleza real que como estructura valorativa es, a su vez, inseparable de la realidad práctica de los comportamientos. Si como expone Poulantzas, «todo valor, norma o regla jurídica se totaliza estructural y dialécticamente con el hecho» en la medida que toda norma, valor, regla, tiene efectivamente su fundamento dialéctico en los hechos y se totaliza con el hecho en el interior de la naturaleza de las cosas, en la práctica humana (118), si, por otra parte, el principio de legalidad como realidad positiva y como valor procede de la exigencia de garantizar la libertad y si la libertad es inseparable de la libertad de otro, en el sentido de su relación práctica con los otros, como libertad práctica, puede entenderse que sea la propia práctica de la libertad como fuente y contenido de la garantía lo que explique, contradictoriamente, por un lado la impunidad de los comportamientos realizados en situación de inimputabilidad y por otro la penalización cuando la inimputabilidad es instrumentalizada para atacar la libertad de otro creando para ello una situación de peligro, según ha entendido el legislador.

Este razonamiento que corresponde a un plano axiológico puede censurarse porque sobrepasa el marco positivo, de ahí que se exija la expresa intervención del legislador que debe excepcionalizar el principio de culpabilidad y prever legalmente la singularidad o excepción que estudiamos estableciendo así el vínculo de la mutua relación existente entre la libertad, contenido del principio de legalidad, y la seguridad jurídica. Se concilia así la ineludible exigencia, en razón del progreso histórico, de la vigencia legal de los principios de garantía pero sin obviar el desentrañar la naturaleza, valorativa y práctica, también histórica, de los mismos principios.

Este planteamiento pienso que permite alejarse de una cierta latencia, de una cierta presencia aunque sea crepuscular que a veces parece manifestarse al tratar de las acciones libres en la causa y que sugiere el plantear la responsabilidad moral de quien voluntaria o imprudentemente se sitúa en situación de incapacidad para delinquir. Manifestaciones clásicas de la escolástica y de los prácticos italianos enuncian la teoría de la «*actio libera in causa*» planteando la responsabilidad por ponerse en situación de pérdida de control como voluntaria o negligente pérdida de la libertad que además es peligrosa. Recuerda también a planteamientos del iusnaturalismo racionalista de principios del siglo XIX en el que el orden racional y libre es abandonado para precipitarse en la irracionalidad y la ausencia de libertad.

(118) N. A. POULANTZAS, *Nature de choses et droit. Essai sur la dialectique de fait et de la valeur*, 1965, p. 345.

Entiendo que las fundamentaciones doctrinales que se han expuesto discurren por lenguajes totalmente diferentes a estos e intentan plantear las hipótesis problemáticas de comisiones delictivas realizadas con ausencia de imputabilidad cuando tal ausencia ha sido creada por el autor, desde el marco civil de la moderna teoría del delito. Por ello que se trate no de una idealización de la responsabilidad o de la libertad sino de las contradicciones prácticas que pueden darse en el ejercicio histórico, material, de la libertad como realidad práctica garantizada por los principios jurídicos penales en cuanto límites de la intervención penal. Por otra parte, este planteamiento evita recurrir a fórmulas que pueden encerrar el peligro de situar la responsabilidad penal allí donde no hay un hecho típico que la contenga evitando así adelantar las barreras de punición y evitando relativizar o flexibilizar el bien jurídico como límite de la intervención penal.

4.5. Breve comentario al art. 22.1 de la P.A.N.C.P

Por último, un breve comentario al art. 22.1 de la P.A.N.C.P Parece indudable que dicho artículo padece de notables defectos, incluso de redacción, aunque singulariza, como hemos visto, la intencionalidad delictiva al delito concreto e introduce una referencia a la posible comisión culposa aunque omite una referencia al dolo eventual. Sin embargo puede destacarse también otra diferencia de construcción en relación con el actual art. 8.1 del Código Penal. En éste, la expresión dolosa va referida a la creación de la situación de trastorno mental, referencia pues al origen voluntario del trastorno para en él delinquir, origen voluntario de la incapacidad y también originaria intención delictiva que son la razón de la negación de la eximente o de la excepción. En la construcción del art. 22.1 de la Propuesta de Anteproyecto de 1983 se dan dos fórmulas, pasivas, en relación con el trastorno mental transitorio y con la posterior comisión. La primera, que el trastorno mental «hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito» fórmula que corresponde tanto a la comisión dolosa del delito («propósito de cometer») como al origen del trastorno (trastorno mental «provocado»). Como se ve, el propósito, la referencia dolosa, que en la expresión del actual art. 8.1 del Código Penal va referido a la creación del trastorno, en el art. 22.1 de la Propuesta de Anteproyecto va expresamente referido a la comisión delictiva para la que se provoca el trastorno. La segunda viene descrita por la expresión «hubiera previsto o podido prever, su comisión» que a pesar del defecto de redacción, pues sitúa al trastorno mental como sujeto del prever o de la posibilidad de prever, como ha observado Mir Puig (119), va

(119) S. MIR PUIG, *Sobre la regulación...*, ob. cit., p. 477.

referido a la forma de comisión delictiva en el segundo momento pero no, expresamente, al origen imprudente del trastorno. Por ello puede pensarse que la fórmula ofrecida por el art. 22.1 de la Propuesta de Anteproyecto de 1983, a diferencia del actual art. 8.1 del Código Penal se refiere a la posible comisión dolosa o culposa, contemplada desde el hecho anterior de provocar la situación de trastorno mental mientras que el art. 8.1 del Código Penal se refiere a la provocación voluntaria del trastorno mental. Parece pues que la Propuesta de Anteproyecto en su art. 22.1 se acomoda más a la estructura de la acción libre en la causa que establece una comunicación (hace referencia a los dos momentos) entre lo realizado en momento de imputabilidad y lo realizado en momento de inimputabilidad, aunque se interprete de distinta manera esa comunicación o relación. Es por ello que pueda plantearse que la construcción del art. 22.1 de la Propuesta de Anteproyecto de 1983 se separa de la estructura del art.8.1 del Código Penal que se ha venido defendiendo. Por otra parte, lo que no resuelve el art. 22.1 de la Propuesta de Anteproyecto es el problema de dónde situar la responsabilidad penal, si en la acción que provoca el trastorno o, excepcionalmente, en la acción realizada en situación de trastorno. Entiendo, por lo que se ha venido exponiendo y en base al expreso apoyo legal (120) que hay que continuar resolviéndolo como una solución de excepción al principio de imputabilidad.

(120) Desde el planteamiento expuesto y desde una consideración de lógica jurídica, los postulados o exigencias teóricas, ya sean dogmáticos o político criminal, para que puedan tener vigencia depende de que no estén en oposición a la ley y en el caso de que exista contradicción «los referidos postulados no podrán alcanzar más significación que la de constituir puntos de vista para una evaluación crítica de la ley» J. CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, 1977, p. 84.

BIBIOGRAFIA

- M. ALONSO ALAMO, *La acción «libera in causa»*, en A. D. P. del Código Penal, 1989, 1.
- FR. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. Parte General*, 9.ª ed., Milán, 1982.
- J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, 2.ª ed., anotada y corregida por J. J. HERNÁNDEZ GUIJARRO y L. BENEITEZ MERINO, Madrid, 1986.
- E. BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, Madrid, 1983.
- G. BETTIOL, L. P. MANTOVANI, *Diritto Penale*, 12.ª ed., Padua, 1986.
- J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal español. Parte General*, Barcelona, 1984.
- *Imputabilidad y edad penal*, en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro homenaje al Profesor A. Beristain*, San Sebastián, 1989.
- J. C. CARBONELL, J. L. COLOMER, y J. B. MENGUAL Y LLUL, *Enfermedad mental y delito. Aspectos psiquiátricos, penales y procesales*, Madrid, 1987.
- M. COBO DEL ROSAL, *La punibilidad en el sistema de la Parte general del Derecho Penal español*, en «Estudios Penales y crimilógicos VI», Santiago de Compostela, 1982.
- M. COBO DEL ROSAL, y T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte general*, 2.ª ed. Valencia, 1987.
- J. CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, 1972.
- *Culpabilidad y pena*, Barcelona, 1977.
- F. DÍAZ PALOS, *Teoría general de la imputabilidad*, Barcelona, 1965.
- E. FARRE TREPAT, *La tentativa de delito*, Barcelona, 1986.
- *Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la actio libera in causa*, Santiago de Compostela, 1990.
- E. GIMBERNAT, *Delitos culatificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966.
- *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid, 1966.
- *Introducción a la parte general del Derecho Penal español*, Madrid, 1979.
- *Prólogo a la sexta edición del Código Penal*, Madrid, 1989.
- J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del delito. Derecho Penal. Parte general*, Madrid, 1984.
- H. H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Barcelona, 1981.
- L. JIMÉNEZ DE ASUA, *La nueva política criminal*, Madrid, 1918.
- H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, 1960.
- M. LEONE, *Tentativo di una nuova configurazione delle «actiones liberae in causa»*, en «L'Indice Penale», 1972.
- FR. VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I y II, Madrid, 1914.
- R. MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona, 1962.
- E. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, Madrid, 1957.
- S. MIR PUIG, *Adiciones de Derecho español a H. H. Jescheck, Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1981.
- *Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed., Barcelona, 1985.

- *Sobre la regulación de la infracción penal y de las personas responsables en la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983* en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», monográfico, n.º 6.
- FR. MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, Bogotá, 1984.
- *La imputabilidad del enfermo mental en Psicopatología*, vol. 2, 1982, n.º 2.
- G. NEPPI MODONA, L. VIOLANTE, *Poteri dello stato e sistema penale*, Turín, 1978.
- P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padua, 1975.
- O. PÉREZ VITORIA, *El «trastorno mental transitorio» como causa de inimputabilidad en el Código Penal español*, en A. D. P. del Código Penal, 1952.
- N. A. POULANTZAS, *Nature of choses et droit. Essai sur la dialectique du fait de la valeur*, París, 1965.
- G. QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal. Parte general*, Barcelona, 1986.
- J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español. Parte general*, 11.ª ed., Madrid, 1988.
- T. RÓDRIGUEZ MONTAÑES, *Síndrome de abstinencia y actio libera in causa* (Comentario a la STC, 3 enero 1988), «Poder Judicial», n.º 13, 1989.
- G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, 1972.
- J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Adiciones a E. Mezger. Tratado de Derecho Penal*, Madrid 1935.
- J. DEL ROSAL, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, vol. I y II, Madrid, 1976, 1977.
- B. DEL ROSAL BLASCO, *Problemas del estado de necesidad e imputabilidad en un supuesto de síndrome de abstinencia*, «La Ley», 1983, I.
- CL. ROXÍN, *Observaciones sobre la «actio libera in causa»* en A. D. P. del Código Penal, 1988.
- Q. SALDAÑA, *Adiciones a FR. Von Liszt, Tratado de Derecho Penal*, Madrid, 1914.
- J. M. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986.
- *La embriaguez atenuante o eximente en el delito del art. 340 bis a) 1.º* (a la vez algunas observaciones sobre la doctrina de la «actio libera in causa»), en «Revista de Derecho de la Circulación», 1988.
- *La estructura de la «actio libera in causa» en los delitos cometidos bajo síndrome de abstinencia de drogas*, en «La Ley», 1988, n.º 1.
- M. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, 1959.
- B. DE SOUSA SANTOS, *Crimes cometidos em estado de embriaguez*, vol. I, Coimbra, 1968.
- A. TORÍO, *Las fórmulas legislativas sobre la enfermedad mental. Discusión del concepto de enajenación*, en «Estudios jurídicos en honor del profesor O. Pérez Vitoria», Barcelona, 1983.