

Recepción: 15/04/2016
Aceptación: 15/05/2016

César A. Cañete Prette✉

La actio libera in causa en el Paraguay a la luz de la dogmática penal alemana: una decisión entre la política criminal y el Principio de Legalidad

Actio Libera in Causa in Paraguay in the light of the german penal dogmatic: a decision between criminal policy and the legality principle

Resumen

El Código Penal paraguayo vigente prescribe que la reprochabilidad es un presupuesto necesario para la imposición de una sanción penal. De igual forma establece en su art. 23 que aquél que en el momento del hecho por causa de una grave perturbación de la conciencia no pueda entender la antijuridicidad del hecho o comportarse conforme a ese conocimiento, será considerado como irreprochable quedando así exento de pena. Dicha norma no prevé sin embargo ninguna excepción y esto permite que el autor escape al ius puniendi estatal, cuando el mismo causa adrede su estado de irreprochabilidad para cometer posteriormente un delito antes planeado. Tal problema es el que pretende ser resuelto a través de la figura de la actio libera in causa. La aplicación de dicha figura no se encuentra sin embargo jurídicamente fundamentada, ni en la literatura, ni en la jurisprudencia paraguaya. De ahí que se realiza en el presente artículo un análisis jurídico de su aplicación a la luz de las teorías discutidas en la dogmática penal alemana, buscándose la consecuencia tanto de la aplicación como del rechazo de la figura conforme al estado actual de las leyes en el Paraguay.

Palabras clave: *actio libera in causa; reprochabilidad; culpabilidad; principio de legalidad; principio de coincidencia; tentativa; autoría mediata*

✉ Abogado, egresado de la Universidad Nacional de Asunción, Especialista en Ciencias Penales por el Centro de Ciencias Penales y Política Criminal. Auxiliar de las Cátedras de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Nacional de Asunción (2013), actualmente cursando el programa de LLM en Derecho Penal Alemán en la Westfälische Wilhelms-Universität Münster (Alemania).

✉ cesarcanete@gmail.com

Abstract

The Paraguayan Criminal Code prescribes culpability as a necessary condition for the imposition of a sanction/punishment. Likewise, in its art. 23, it establishes that, whoever at the moment of the commission of a crime or offense, by cause of a grave perturbation to its consciousness, is not aware of the anti-juridical nature of its acts, shall be deemed irreproachable, and henceforth shall be free from the imposition of a sanction. Given that said norm does not contemplate an exemption, this allows the perpetrator to escape the ius puniendi, when he/she purposefully provokes the state of irreproachability to perpetrate the planned act. This is the problem which the actio libera in causa seeks to provide an answer for. The application of the said theory is however neither anchored in the Paraguayan doctrine or case law. Under this considerations, the present article seeks to contribute to this discussion by carrying out a legal analysis of the application of the action libera in causa in the light of the theories discussed in the German criminal law scholarship, looking to shed light on the potential legal consequences that the application or rejection of the action libera in causa would have considering the current state of the Paraguayan criminal laws/Paraguayan criminal legal system.

Key words: *actio libera in causa; culpability; principle of legality; principle of simultaneity; criminal attempt; perpetration by means*

Introducción

Las leyes y dogmática penal alemana han influenciado al Derecho Penal paraguayo desde sus albores legislativos en esta materia. Es así que en el año 1871 entra en vigor como Código Penal del Paraguay el «Proyecto Tejedor», el cual vino a derogar las leyes españolas de Castilla, Partidas y de Toro aún vigentes hasta ese momento. El Proyecto Tejedor fue un proyecto realizado por el jurista argentino Carlos Tejedor para la provincia de Buenos Aires y el cual a su vez fue inspirado principalmente por el Código Penal del Reino de Baviera de 1813 escrito por el jurista alemán Anselm von Feurbach (Centurión Ortiz, 2012, 24). Luego, en el año 1880, entra en vigor como Código Penal paraguayo el nuevo Código Penal de la Provincia de Buenos Aires. Este era en realidad el mismo Proyecto Tejedor con algunas modificaciones. Más adelante el jurista paraguayo Teodosio González elabora un nuevo proyecto del Código Penal, el cual entra en vigencia en el año 1910 y es reformado parcialmente en 1914. Este código se basó una vez más en el Proyecto Tejedor conteniendo así todavía muchas similitudes con el código de Baviera (Casañas Levi, 2015, 37; Ortiz Centurión, 2012, 24).

Luego de la caída de la dictadura en 1989 y con el deseo de adecuar el orden jurídico existente a un régimen democrático que garantice el respeto a la dignidad humana y a los derechos fundamentales del hombre, es sancionada en 1992 una nueva Constitución Nacional. La sanción de esta nueva Constitución hizo imperiosa la necesidad de una reforma total del orden jurídico penal existente porque el mismo no se adecuaba a los principios contenidos en la nueva Constitución. Es así que en el año 1997 se aprueba un nuevo Código Penal que, con una reforma parcial en el año 2008, sigue vigente hasta nuestros días. Este Código, que fue realizado en base al Proyecto elaborado por una comisión del Ministerio Público bajo el asesoramiento del jurista alemán Prof. Dr. Wolfgang Schöne, tuvo como principales bases —aunque no únicas— la legislación penal española y la alemana.

En el marco de su cometido enarbola este nuevo Código Penal paraguayo (en adelante CP) los Principios de Legalidad y Reprochabilidad¹ como base para la imposición de toda sanción penal. Este último principio es una innovación del CP con respecto al código de 1910 (Casañas Levi, 2015, 42). El Principio de Le-

galidad Material *nullum crimen nulla poena sine lege scripta, stricta et previa* contenido en el art. 1 del CP debe concordarse con los arts. 11 y 17 inc. 3 de la Constitución Nacional y por lo tanto ser considerado de dicho rango. Por su parte el Principio de Reprochabilidad *nulla poena sine culpa* contenido en el art. 2 inc. 1° del CP se condice con el principio de respeto a la dignidad humana en el cual se funda la Constitución Nacional misma. Se castiga al autor de un delito por haber desobedecido las prohibiciones o mandatos establecidos por la ley penal, pero solo cuando el mismo era capaz de conocer la antijuridicidad de su actuar y comportarse conforme a ese conocimiento (Cfr. arts. 2, 14 inc. 1 num. 5, 22, 23 del CP). De no seguirse esta máxima sería, como bien lo ejemplifican los anteproyectistas, como «castigar al ciego por no haber visto» (CIEJ, 2001, LIX). Es por ello que dicho principio constituyó «el norte para la reforma del Código Penal [...]» (CIEJ, 2001, LXI).

En armonía con el Principio de Reprochabilidad establece también el CP en su art. 23 inc. 1 que «no es reprochable el que en el momento de la acción u omisión, por causa de [...] grave perturbación de la conciencia, fuera incapaz de conocer la antijuridicidad del hecho o de determinarse conforme a ese conocimiento». Si bien una grave perturbación de la conciencia puede darse por muchos motivos, los más frecuentes y relevantes en la práctica son la ingesta de bebidas alcohólicas y el consumo de drogas. Como la Reprochabilidad es, conforme a los arts. 2 y 14 inc. 1 num. 5 del CP, un presupuesto necesario para la imposición de una sanción penal, debería entonces quedar libre de pena todo aquel que cometiese un hecho punible en un estado de embriaguez tal que ya no pueda ser considerado reprochable. Esto no debería ser visto como algo negativo, ya que, como recientemente he mencionado, la norma busca que el poder punitivo sea ejercido respetando la dignidad humana. Esto significa castigar a la persona solo cuando la misma realmente podía motivarse por la norma, situación que no se da por ejemplo en un estado de absoluta ebriedad. El problema aquí es que el art. 23 del CP no regula ninguna excepción a esta regla general y permite así que el autor incline injustamente el orden jurídico a su favor y escape al *ius puniendi* estatal cuando el mismo causa dolosamente su estado de irreprochabilidad previendo la posterior comisión del hecho punible. El clásico ejemplo aquí dado es el del autor que se embriaga² para tomar valor y así cometer un robo o asesinato ya antes planeado. Este resultado notoriamente indeseado, que surge de la aplicación de la ley en este caso concreto, es el que se pretende resolver a través de la figura de la *actio libera in causa* (en adelante *alic*).

Esta figura jurídica, que no es para nada nueva y que ya fuera tratada por Tomás de Aquino y Pufendorf (Roxin, 2006, 914), se funda en la idea del

abuso del derecho y pretende punir al autor por el delito cometido pese a su estado de irreprochabilidad porque él mismo ha causado intencional y libremente dicho estado. Precisamente de ahí viene el nombre *actio libera in causa* que traducida al español significa «una acción libre en su causa». Sin embargo, pese que el fundamento y fin de esta figura es plausible, no resulta claro cómo debe fundamentarse jurídicamente la no aplicación de la regla contenida en el Art. 23 del CP.

Desde la entrada en vigor del CP la escasa literatura jurídica nacional sobre la materia se ha limitado simplemente a conceptualizar a la *alic*. Nada se dice sin embargo sobre la fundamentación jurídica de su aplicación. La jurisprudencia nacional no brinda mayor claridad. Hasta el momento no hay antecedentes conocidos de que desde la entrada en vigor del CP los tribunales paraguayos hayan aplicado efectivamente la *alic* a algún caso concreto³. La Corte Suprema de Justicia se ha limitado simplemente a afirmar —en un caso en cual finalmente no aplicó la figura por considerar que el autor no llegó al estado de irreprochabilidad— que:

la regla según la cual la incapacidad de culpabilidad excluye la pena [...] presenta excepciones, las que están profusamente detalladas en los numerosos estudios de la doctrina alemana y comparada, aplicables a nuestro modelo penal (Cfr. Roxin, C., Stratenwerth, G., Welzel, H. entre otros). Una de ellas se da precisamente cuando la perturbación de la capacidad de culpabilidad (como en el supuesto de la embriaguez) sobreviene porque el autor se ha puesto voluntariamente en esa situación. Es decir, la exclusión de la capacidad de culpabilidad se verifica por la propia acción reprochable del autor (*Actio libera in causa*). [sic.] (CSJ, Sala Penal, Ac. y Sent. 1.507/203, 2).

La Corte Suprema al igual que la literatura nacional simplemente afirma que es posible aplicar la *alic* en el derecho paraguayo. No obstante, en lugar de fundamentar jurídicamente el porqué de su aplicación, se limita a mencionar a la doctrina alemana citando incluso a algunos autores como si esto fuera suficiente argumentación. Si en algo tiene razón la Corte Suprema, es en que la doctrina alemana se ha ocupado ampliamente de la *alic*. Sin embargo, afirmar —aunque sea solapadamente— con el fin de fundamentar su decisión que hay consenso sobre la aplicación de esta figura, sería equivocado.

El StGB (*Strafgesetzbuch*: Código Penal alemán) contiene en su párrafo 20 una norma análoga a la del art. 23 del CP, según la cual «*no obra con culpa, quien*

al momento de la realización del hecho [...] debido a una profunda perturbación de la conciencia [...] no este en condiciones de entender el injusto del hecho o de comportarse conforme a ese entendimiento». El StGB al igual que el CP nada dice con respecto al caso en el cual el autor causa libremente el estado de irreprochabilidad o, en este caso concreto, la profunda perturbación de la conciencia. De ahí que se han desarrollado en la literatura alemana una serie de teorías que pretenden fundamentar jurídicamente la aplicación de la *alic*. Como se verá sin embargo a continuación, las mismas se encuentran fuertemente discutidas llegando incluso a afirmarse la inconstitucionalidad de la figura.

Por ese motivo resulta pertinente estudiar la posibilidad de la aplicación de la *alic* a la luz de la dogmática penal alemana, analizando cada una de las teorías allí defendidas y comprobando si alguna de ellas, luego de una confrontación con el derecho paraguayo, sería sostenible en este país.

Alic dolosa y culposa

En la literatura y jurisprudencia alemana se han reconocido —aunque sin consenso absoluto sobre sus requisitos— dos tipos de *alic*: la dolosa y la culposa. Para poder diferenciar estas dos es importante primero entender la estructura general de la figura. La *alic* presupone dos momentos o conductas: la *actio praecedens* y la *actio subsequens*. La *actio praecedens* es la acción por la cual el autor —aún reprochable— se coloca así mismo en un estado de irreprochabilidad, por ejemplo a través de la ingesta en exceso de bebidas alcohólicas o el consumo de drogas. La *actio subsequens* consiste en la comisión misma del delito en dicho estado. De la combinación dolosa o culposa de la *actio praecedens* y *subsequens* surgen las diferentes constelaciones de la *alic*.

Alic dolosa

Entre los que defienden la aplicación de la figura que nos ocupa existe consenso en que la combinación *actio praecedens* dolosa + *actio subsequens* dolosa constituye una *alic* dolosa. Este sería el caso en el cual por ejemplo una persona se embriaga adrede hasta el grado de la irreprochabilidad y luego comete un robo ya previamente planeado. Condición aquí para la imposición de una pena por aplicación de la figura jurídica de la *alic* es que el autor tenga dolo respecto a la causación de su estado de irreprochabilidad y al mismo tiempo con respecto a la posterior comisión del delito doloso —requisito del doble dolo— (Jakobs, 1991, 507-508; Jescheck y Weigend, 1996, 447; Otto, 2004, 13; Rengier, 2015, 232;

Roxin, 2006, 920; Sydow, 2002, 39; Wessels & Beulke, 2015, 200). No es necesario sin embargo que el emborrachamiento sea *conditio sine qua non* para la comisión del delito, es decir, que el autor se embriague «para» cometer el delito (Otto, 2004, 13). Así mismo basta el dolo eventual (Roxin, 2006, 920, Sydow, 2002, 36-37; Wessels y Beulke, 2015, 199).

Menos consenso existe con respecto a la combinación *actio praecedens* culposa + *actio subsequens* dolosa. Ejemplo: el autor planea hurtar una casa cuando la misma queda vacía; para hacer tiempo y mientras espera que los dueños abandonen la casa, se sienta a tomar unos vasos de cerveza en un bar que se encuentra enfrente; como los dueños se demoran mucho en salir, el autor se embriaga hasta alcanzar el grado de la irreprochabilidad y comete así el hurto en dicho estado. Algunos afirman aquí la existencia de una *alic* dolosa con el argumento de que solo es relevante la representación subjetiva del autor durante la *actio subsequens* (Hruschka, 1996, 72, Maurach, 1961, 376, Sydow, 2002, 37-39). La opinión contraria sostiene sin embargo que aquí faltaría el requisito esencial del doble dolo (Jescheck y Weigend, 1996, 447, Roxin, 2006, 920). También se defiende la inaplicabilidad de la figura en estos casos (Otto, 2004, 13).

Alic culposa

La *alic* culposa podría llegar a entrar en consideración cuando los requisitos de una *alic* dolosa no están dados (Rengier, 2015, 237). Se requiere sin embargo aquí que el autor durante la *actio praecedens* por lo menos hubiera podido prevenir la posterior comisión de delito (Jescheck y Weigend, 1996, 448; Rengier, 2015, 237).

El primer caso podría ser aquí el que surge de la combinación *actio praecedens culposa* + *actio subsequens* dolosa como en el ejemplo anteriormente dado, siempre que no se defienda para esta constelación la existencia de una *alic* dolosa o la inaplicabilidad de la figura.

La combinación *actio praecedens* dolosa + *actio subsequens* culposa se ordena también en este grupo (Sydow, 2002, 39). Este sería el caso en el cual el autor consume voluntariamente alcohol hasta el grado de la irreprochabilidad teniendo en mente que luego podría ocasionar en dicho estado un accidente que resulte en lesiones o incluso la muerte de una persona, lo cual finalmente ocurre.

Otro caso que aquí se puede estudiar es el de la combinación *actio praecedens* culposa + *actio subsequens* culposa (Sydow, 2002, 40). Un ejemplo sería el del autor que va a una fiesta sabiendo que debe volver luego a su casa conduciendo su vehículo; el mismo toma unos vasos de alcohol consciente de su poca cultura

alcohólica, pero confiando en que no se embriagará; finalmente se embriaga hasta el grado de la irreprochabilidad debido a su poca tolerancia al alcohol y durante la vuelta a casa ocasiona un accidente que deriva en serias lesiones para el conductor de otro vehículo.

Por último, es sostenida también la inaplicabilidad de la *alic* a estas constelaciones, afirmándose que la aplicación de la figura en estos casos sería superflua y que la reprobación de la conducta del autor solo puede darse cuando el mismo en la *actio praecedens* ya tenía planeada la comisión de un delito posterior (Otto, 2004, 13).

Fundamentación jurídica de la *alic*

La *actio praecedens* y *subsequens* no solo tienen relevancia para la clasificación de la *alic* en dolosa o culposa. La fundamentación jurídica misma de la aplicación de esta figura depende de cual de estas dos conductas es tomada como base para la reacción penal.

Actio subsequens como conducta penalmente relevante

1. Modelo de la Excepción (Ausnahmemodell)

La primera teoría que toma la *actio subsequens* como conducta penalmente relevante es conocida como «Modelo de la Excepción». La misma se fundamenta en que, si bien el autor comete el hecho delictivo en estado de irreprochabilidad, es objetivamente justo hacer aquí una excepción de la regla contenida en el 20 StGB —en el caso de Paraguay el art. 23 del CP— porque el autor es responsable de la causación de dicho estado defectuoso para la aplicación de una pena (Jescheck y Weigend, 1996, 446-448, Otto, 2004, 13; Wessels y Beulke, 2015, 197). Con este modelo sale a relucir un principio del comportamiento social, basado en la idea del abuso del derecho y que consiste en que nadie puede invocar su propia infamia para su propio beneficio (Otto, 2004, 13).

Esta teoría afirma que la excepción al § 20 StGB constituye un derecho consuetudinario (Wessels & Beulke, 2015, 197). Esto es sin embargo considerado acertadamente por la opinión mayoritaria como una violación del principio de legalidad contenido en el § 1 del StGB y art. 103 inc. 2 de la GG (Grundgesetz: Ley Fundamental o Constitución Nacional alemana) que prohíben conforme a la máxima *nullum crimen sine lege scripta* la punición en base al derecho consuetudinario, y lo cual conllevaría a una inconstitucionalidad de la figura si la misma

se aplicase en base a este fundamento (Rengier, 2015, 233; Roxin, 2006, 915, Sydow, 2002, 145-150). Igual problema existiría en Paraguay ya que, como se ha mencionado al comienzo, el principio de legalidad también tiene rango constitucional en este país.

2. Modelo de la Extensión (*Ausdehnungsmodell*)

El «Modelo de la Extensión» también toma a la *actio subsequens* como conducta penalmente relevante. Este modelo intenta sin embargo burlar al principio de coincidencia afirmando que el término «*momento de la realización del hecho*» que se menciona en el § 20 del StGB no debería entenderse como el espacio temporal marcado por los límites de la tentativa en el § 22 StGB, sino más bien como el transcurso de tiempo que incluye todos los actos relacionados a la comisión del delito, incluyendo así también a los actos preparatorios (Rengier, 2015, 233).

En contra de este modelo se sostiene, con razón, que el mismo no es más que un simple «*truco terminológico*» (Roxin, 2006, 921). No hay razón alguna por la cual el legislador hubiese querido en el § 20 del StGB referirse como «momento de la realización del hecho» a algo distinto de lo que se refiere en el resto del StGB (Rengier, 2015, 233-234), ninguno de los tipos de interpretación de la ley —gramatical, histórica, sistemática o teleológica— llevan a dicha conclusión.

Dichas críticas son completamente aplicables en el Paraguay y cobran ahí todavía más fuerza ya que el Art. 23 del CP paraguayo no se refiere al «momento de la realización del hecho» sino al «momento de la acción y omisión», lo cual conforme a su tenor exige una interpretación más restringida que impide considerar al suceso delictivo como un todo que incluye a la *actio praecedens* —constituida normalmente por actos preparatorios no punibles— como parte de la ejecución del delito.

***Actio praecedens* como conducta penalmente relevante**

Esta difícil conciliación entre las teorías que pretenden la punición en base a la *actio subsequens* y el Principio de Coincidencia ha llevado a muchos otros juristas alemanes a tratar de «esquivar» el problema afirmando que los conducta penalmente relevante no es la *actio subsequens* sino ya la *actio praecedens*, la cual el autor realiza en pleno uso de sus facultades. Para fundamentar esta postura hay una gran diversidad de opiniones que varían las unas de las otras en pequeños detalles pero que pueden agruparse en forma general en las siguientes dos.

1. Modelo de la Tipicidad (Tatbestandsmodell)

El «Modelo de la Tipicidad» afirma que en el caso concreto de la *alic* la *actio praecedens*, es decir el embriagarse o drogarse, ya constituye el inicio de ejecución del delito (Rengier, 2015, 234, Roxin, 2006, 915). Con esta simple idea pretende este modelo solucionar los problemas que surgen con el principio de coincidencia, el cual exige que tanto el dolo como la reprochabilidad estén dados al momento de la comisión del hecho. Dicha postura conlleva sin embargo pese a su simplicidad muchos problemas dogmáticos.

Uno de ellos tiene que ver con la causalidad. Desde el punto de vista de la teoría de la equivalencia de las condiciones difícilmente podría afirmarse que solo el estado de irreprochabilidad es causa de la comisión del delito y que el autor, que hubiese tomado un vaso menos de cerveza y por ello pese a estar completamente ebrio no hubiese alcanzado el estado de la irreprochabilidad, no hubiese actuado de igual forma (Sydow, 2002, 79-83). Así mismo, aún en el caso de que dicha causalidad se llegare a afirmar, resultaría dudoso explicar en el marco de la teoría de la imputación objetiva por qué una conducta completamente legal —por lo menos en el caso de la consumición de alcohol— constituye la creación de un riesgo no permitido (Sydow, 2002, 83).

Otro problema se relaciona con las reglas referentes a la tentativa. El StGB castiga como tentativa, conforme a su § 22, solo el inicio de la ejecución de un delito, en Aleman «unmittelbares Ansetzen». Para determinar cuando existe inicio de ejecución adopta también el StGB en el mismo párrafo citado la teoría mixta objetiva-subjetiva, según la cual hay inicio de ejecución:

cuando el autor, según su representación del hecho, sobrepasa el umbral del ‘aquí vamos’ y lleva a cabo actos que —según su plan del hecho—, llevan en un curso ininterrumpido y sin actos esenciales intermedios a la realización del tipo, o que se encuentran en una relación espacial y temporal directa con el mismo (Rengier, 2014, 291; BGHSt 48, 34, 35f.; BGH NStZ 2013, 156, 157).

Consecuencia de esto es que los actos preparatorios quedan sin pena salvo las excepciones previstas en la ley. Se sostiene entonces en contra del modelo de la tipicidad que el mismo no justifica de forma convincente por qué un acto considerado normalmente como preparatorio debería constituir en el caso de la *alic* ya el inicio de la ejecución del delito (Otto, 2004, § 13; Sydow, 2002, 87-99).

El CP paraguayo no lleva a un resultado distinto. El mismo también castiga conforme a su Art. 26 solo el inicio de la ejecución de un hecho punible y deja im-

pune los actos preparatorios salvo las excepciones previstas en la ley. Así mismo también adopta la teoría mixta objetiva-subjetiva para determinar cuando hay inicio de ejecución y describe todavía con más claridad —conforme a la modificación introducida en el año 2008 por la Ley N° 3440— que «*hay tentativa cuando el autor ejecutara la decisión de realizar un hecho punible mediante actos que, tomada en cuenta su representación del hecho, son inmediatamente anteriores al fin de la ejecución de la acción descrita en el tipo legal*». La fórmula dada en el artículo citado es simple; primeramente hay que fijar cual era la última conducta con la cual el autor consideraba según su plan haber hecho todo lo necesario para lograr la consumación del tipo penal —el momento en cual se produce la consumación es irrelevante, lo que importa aquí es con que conducta el autor considera haber terminado la ejecución, es decir, con que conducta considera él que ya no tenía nada más que hacer para que la consumación se produzca—, una vez fijada esta, el inicio de ejecución constituye la conducta —temporal y espacialmente— inmediatamente anterior. Aplicada la regla de este artículo, jamás se podría afirmar que por ejemplo el beber en un bar ya constituye el inicio de la ejecución típica de un asesinato, cuando el autor todavía tiene que manejar horas después hasta la casa de la víctima, ingresar a la casa, encontrarla, y recién ahí realizar el disparo mortal.

Cabe agregar que este problema con la tentativa también terminaría siendo una violación al Principio de Legalidad que acarrearía la inconstitucionalidad de la figura. El art. 1 del CP —concordante como se ha indicado con el art. 11 y 17 inc. 3 de la Constitución Nacional— establece que una persona solo podrá ser sancionada cuando «*los presupuestos de la punibilidad de la conducta [...] se hallen expresa y estrictamente descritos en una ley vigente [...]*». Ergo, si la ley establece que solo el inicio de la ejecución de un delito es punible y no establece expresa y estrictamente una excepción para los actos preparatorios, punir tales actos conllevaría entonces una violación del principio de legalidad.

2. *Alic* como caso especial de autoría mediata

Se busca también justificar la aplicación de la *alic* considerándola como un caso especial de autoría mediata. En este caso se utilizaría el autor así mismo como hombre-instrumento, en cuanto él mismo causa su propio estado de irreprochabilidad y se sirve de ello para cometer un delito que ya previó o podía haber previsto con anterioridad (Jakobs, 1991, 506). Sin embargo, conforme a una aplicación consecuente de las reglas de la autoría mediata, este modelo ya tiene un radio de aplicación más reducido, no siendo aplicable a los hecho puni-

bles donde no es posible una autoría mediata: esto es en los hechos punibles de mera actividad o por lo menos los de propia mano (Jakobs, 1991, 508, Roxin) Como el CP paraguayo también prevé en su art. 29 inc. 1° la figura de la autoría mediata, podría tal vez parecer esta postura defendible.

Con la estructura de este modelo se solucionaría el problema con el principio de coincidencia que surge del § 20 StGB —o art. 23 del CP en caso de Paraguay—. Esto es así porque la construcción de la autoría mediata permite que el autor obre en un momento previo al cual el hombre-instrumento realiza la conducta típica prevista en la ley penal, siendo así irrelevante si en el momento en el cual el hombre-instrumento actúa, el autor se encuentra en estado de irreprochabilidad o no. Imagínese el siguiente ejemplo: el autor que pretende eliminar a la suegra entrega a su esposa un vino «especial» que él secretamente envenenó con cianuro; la esposa debe entregar la botella a su madre una semana después cuando vaya a visitarla a otra ciudad. La conducta penalmente relevante para el autor es aquí el entregar la botella a su esposa y por lo tanto, solo importa que él sea reprochable en ese momento. Si cuando la esposa entrega la botella a la suegra el autor está dormido, ebrio o drogado, es irrelevante. En el caso de la *alic obraría el autor* durante la *actio praecedens* como autor mediato y durante la *actio subsequens* como hombre-instrumento. De esta forma solo sería importante si el autor era reprochable en el momento en el cual causó su propio estado de irreprochabilidad a través de la ingesta de alcohol o drogas.

No obstante, existen también en contra de este modelo muchas críticas. La primera depende de si se considera a la *alic* como un caso real de autoría mediata (Jakobs, 1991, 506) o si simplemente se hace una analogía (Rengier, 2015, 234-235, Roxin, 2006, 917-918). En el primer caso contradiría este modelo una interpretación gramatical del texto legal, ya que el StGB en su § 25 —como así también el CP en su art. 29— habla de «un otro», con lo cual se entiende a una persona diferente a la del autor mismo y lo cual hace a este modelo inaplicable (Sydow, 2002, 133). En el segundo caso se estaría violando nuevamente el principio de legalidad, ya que al exigirse que los presupuestos de punibilidad se hallen descritos de forma estricta se prohíbe la aplicación de la analogía en contra del autor (Sydow, 2002, 131-132).

Así mismo en lo que respecta a la tentativa, acarrea este modelo problemas referentes al desistimiento y arrepentimiento previstos en el § 24 StGB y el art. 28 del CP. Ambas normas citadas prevén la posibilidad de que el autor quede exento de pena cuando «voluntariamente» desista de la realización del hecho en el caso de una tentativa inacabada, o impida la producción del resultado en el caso de una tentativa acabada. El problema sería entonces que si se considera que la ten-

tativa inicia cuando el autor comienza a beber y acaba con el último trago de alcohol que lo lleva al estado de irreprochabilidad (Jakobs, 1991, 508; Rengier, 2015, 234), debería entonces este sí o sí soportar una pena, aún cuando el mismo luego de haber alcanzado el grado de irreprochabilidad no cometa el delito por algún motivo que no pueda ser considerado como «voluntario». Esto llevaría en algunos casos concretos a situaciones muy injustas e inaceptables. Imagínese que el autor bebe de más y luego de haber alcanzado el grado de irreprochabilidad se queda dormido y no lleva a cabo el homicidio. Con la aplicación de este modelo existiría aquí una tentativa acabada, y como el quedarse dormido no puede ser considerado como una evitación voluntaria del resultado, el autor debería ser condenado en el caso concreto conforme a un homicidio solo por haberse embriagado. Por otra parte si se considera que la tentativa recién inicia cuando el autor alcanza el grado de irreprochabilidad (Roxin, 2006, 917-918), tampoco podría el autor desistir de la realización del delito porque se habría convertido en hombre-instrumento, y así, siendo consecuente con la estructura de este modelo, sería como que el autor mediato dejó de existir (Sydow, 2002, 141).

Otra crítica que se hace a este modelo es que, pese a que el autor mediato pueda no encontrarse presente en el momento en el cual el autor inmediato actúa, debería de todos modos por lo menos de alguna forma seguir manteniendo el dominio del hecho y del hombre-instrumento. Como en el caso de la *alic* el autor mediato e inmediato constituyen la misma persona, sería difícil afirmar tal dominio una vez que el autor alcanza el estado de irreprochabilidad (Otto, 2004, § 13, Sydow, 2002, 137).

Sentencia BGHSt 42, 235 y su repercusión en Alemania

Gran importancia tiene la Sentencia N° 217 de la cuarta Sala Penal del Tribunal Federal Supremo alemán del año 1996 para la discusión sobre los modelos que pretenden justificar jurídicamente la aplicación de la *alic*. Con esta sentencia redujo esta máxima instancia judicial en gran medida el ámbito de aplicación de la *alic*, tanto para los delitos dolosos, como para los culposos. Muchos juristas alemanes hablan por ello incluso del posible «*principio del fin de actio libera in causa*» (Ambos, 1997, 2296 ; Horn, 1997, 264; Wolff, 1997, 2032).

1. Delitos dolosos

El Tribunal Federal Supremo estableció con la Sentencia mencionada que la figura de la *alic* es inaplicable para los tipos penales que «como los §§ 315c —Expo-

sición a peligro en el tránsito terrestre—, 316 —Ebriedad en el tránsito— del StGB y § 21 —conducir sin autorización— de la StVG —Ley de tránsito—, prohíben una conducta que no puede ser considerada también como la causación de un resultado separado de la misma» (BGH 4 StR 217/96). A los delitos a los cuales se refiere esta definición se les ha dado el nombre de «*verhaltensgebundene Delikte*» cuya traducción al español más aproximada sería «delitos ligados a una conducta concreta».

Con respecto al «Modelo de la Excepción» argumentó el Tribunal Federal Supremo que:

El 'Modelo de la Excepción' no puede conciliarse con el claro tenor del § 20 StGB, según el cual la capacidad de culpabilidad debe darse durante «la comisión del hecho». [...] Por este motivo la *actio libera in causa* tampoco puede ser reconocida como una excepción judicial del principio de coincidencia o como derecho consuetudinario. Ambos intentos de explicación no se adecuan al art. 103 inc. 2 GG, que prohíbe la punibilidad en base al derecho consuetudinario. [...] El Art. 103 inc. 2 GG rige no solo para la interpretación de los tipos penales en concreto, sino que rige de igual forma para la interpretación de las disposiciones de la parte general del Código Penal. [...] Que si el legislador ha aceptado la figura jurídica de la *actio libera in causa* como excepción judicial del § 20 StGB, carece de importancia debido al claro tenor del § 20 StGB, mientras esto no se ponga de manifiesto el texto de la ley [...] (BGH 4 StR 217/96, 4).

Con respecto al «Modelo de la Tipicidad» refiere la Sentencia:

Los hechos punibles de tránsito según los §§ 315c StGB, 21 StVG presuponen que el autor «conduzca». Conducir un vehículo no significa sin embargo lo mismo que causar su movimiento. Comienza recién con el movimiento que resulta de la conducción misma. [...] Para ello no alcanza que el autor con la intención de seguidamente conducir, encienda el motor del vehículo y las luces altas. [...] Con mayor razón no debe entrar en consideración una ampliación a conductas temporalmente anteriores a las descritas legalmente como conducta típica. En el emborracharse con la voluntad de conducir todavía no se da correspondientemente el inicio de la conducción en estado de ebriedad. (BGH 4 StR 217/96, 4).

A continuación y con referencia al modelo que pretende tratar a la *alic* como

un caso especial de autoría mediata expresa la Sentencia:

En lo esencial tampoco entra en consideración por los mismos motivos el recurrir al principio de la *actio libera in causa* para la conducción en estado de ebriedad y la exposición a peligro en el tránsito terrestre, cuando se considera la figura jurídica como un caso especial de autoría mediata, en la cual el autor se sirve de su propia persona como herramienta para la realización del hecho. [...] Prescindiendo de las principales consideraciones contra este modelo de justificación [...], constituye la conducta típica finalmente para el mismo también el emborracharse. Al emborracharse el autor no conduce sin embargo —como se ha explicado— ningún vehículo (BGH 4 StR 217/96, 4).

Por último y con respecto al «Modelo de la Extensión», afirma el Tribunal Federal Supremo:

Una extensión del Término «comisión del hecho» en el sentido del § 20 StGB de una manera tal que sean incluidos en el supuesto de hecho de la culpabilidad «las conductas previas al tipo penal, que se relacionan a la consumación del tipo», mientras no se presenten como actos tentados sino simplemente preparatorios, tampoco es posible. [...] Nada habla a favor de que el StGB quiera utilizar el término en el § 20 en un sentido diferente al entendido en las otras disposiciones [...] Además tendría este ‘modelo de la extensión’ como consecuencia con respecto a la formación de casos de *actio libera in causa*, sobre los cuales trata, una falta de limitación del §20 StGB justificada por las ideas de prevención y justicia (BGH 4 StR 217/96, 4).

Es discutido si con dicha definición se quiso referir el Tribunal Federal Supremo a los delitos de mera actividad (Otto, 2004, § 13, Roxin, 2006, 919), a los delitos de propia mano, solo a los delitos referentes al tránsito, o si se refirió a un categoría completamente diferente a las anteriores (Rengier, 2015, 234-236, Sydow, 2002, 127). Dicha discusión no es objeto de este artículo y por ello no se ahondará aquí en este tema. Lo importante aquí es entender que los únicos delitos para los cuales el Tribunal Federal Supremo ha dejado abierta la posibilidad de la aplicación de la figura de la *alic* es para los delitos dolosos «puros de resultado», en Alemán «*reine Erfolgsdelikte*», rechazando así su aplicación para todos los demás delitos dolosos —o por lo menos poniendo la aplicación en duda, ya que dependiendo de cómo se interprete la definición mencionada se llega a resultados

distintos, entre los cuales algunos abarcan más que otros—.

2. Delitos culposos

El Tribunal Federal Supremo alemán también se refirió en la Sentencia en cuestión a los delitos culposos de resultado estableciendo acertadamente que la aplicación de la *alic* a tales delitos es superflua. El argumento para tal afirmación es que:

Objeto del reproche penal es en el § 222 StGB —como también en otros delitos imprudentes de resultado— toda conducta del autor, que es descuidada en relación al ‘resultado’ típico, y que lo ocasiona causalmente. Por este motivo, cuando muchas conductas descuidadas entran en consideración (como aquí por un lado el emborracharse pese al reconocible peligro de manejar posteriormente en estado de ebriedad, y por otro lado la conducción misma posterior), no existe ningún reparo en conectar el reproche de la imprudencia a una conducta previa, que al autor —a diferencia de la posterior— puede imputársele como realizada en estado de culpabilidad (BGH 4 StR 217/96, 3).

Conclusiones. La situación en Paraguay

Como se ha visto, ninguna de las teorías que se defienden en la doctrina penal alemana y que intentan armonizar la aplicación de la *alic* con los Principios de Legalidad y Reprochabilidad está libre de críticas. Todas las teorías se topan con las barreras que les imponen las reglas generales de la dogmática penal, arribándose así de una u otra manera a la inconstitucionalidad de la figura.

De igual forma se ha mostrado que si se intentase justificar la aplicación de la *alic* en el Paraguay a través de alguna de dichas teorías se llegaría, debido a la gran similitud entre ambos órdenes jurídicos penales, a los mismos problemas. El Modelo de la Excepción, que busca justificar la aplicación de esta figura a través del reconocimiento judicial de un derecho consuetudinario, no puede tener cabida en el Paraguay debido a que el Principio de Legalidad adoptado en el art. 1 del CP concordante con los arts. 11 y 17 inc. 3 de la Constitución Nacional proscribire en el ámbito penal la aplicación del derecho consuetudinario en contra del autor. El Modelo de la Ampliación, de la Tipicidad y de la *alic* como caso especial de autoría mediata también violan también este principio. Interpretar el término «*momento de la acción u omisión*» del art. 23 del CP como todo el suceso delictivo para incluir así a la *actio praecedens*, no sería otra cosa más que reali-

zar una interpretación extensiva en contra del autor. Lo mismo ocurre con el Modelo de la Tipicidad, ya que este intenta extender la descripción del tipo penal en concreto a los actos preparatorios, los cuales conforme al art. 26 del CP no son punibles. Por su parte interpretar el término «*otro*» del art. 23 del CP en el sentido de la misma persona del autor solo porque este se encuentra en estado de irreprochabilidad, sería aplicar una analogía en contra del autor. Cuando la Corte Suprema intenta entonces justificar la aplicación de la *alic* en el derecho paraguayo a través de una remisión a la doctrina penal alemana y afirmar que las consideraciones allí tratadas son aplicables al sistema penal nacional, más que traer una solución al asunto lo que hace es confirmar los problemas.

En este estado de cosas se encuentra el Paraguay en un «callejón sin salida» ya que debe optarse, o por el acatamiento del Principio de Legalidad, o por la adopción de una política criminal efectiva.

En el caso de que se opte por aplicar la *alic* a través de una de las teorías expuestas, si bien se estarían salvando vacíos de punibilidad, estarían entonces los tribunales violando conscientemente la Constitución Nacional porque aplicarían sanciones penales en abierta violación al Principio de Legalidad. Este forma de obrar más que brindar tranquilidad a los ciudadanos lo que haría es traer inseguridad jurídica, pues nunca se sabría cuando los jueces podrían hacer una nueva excepción a las leyes para «hacer justicia» en el caso concreto. Esto es inaceptable en un Estado de Derecho. A esto cabe agregarle, con respecto a los Modelos de la Excepción y de la Extensión, que la violación al Principio de Reprochabilidad contradiría lo que, como se ha mencionado al comienzo, constituyó para los anteproyectistas del CP el norte de la reforma penal.

Lastimosamente la declaración de inconstitucionalidad de la *alic* y su consecuente rechazo tampoco traen un final feliz. El StGB contiene en su § 323a un tipo penal que castiga con una pena privativa de libertad de hasta cinco años al autor que comete un delito en estado de total ebriedad o enajenación por drogas, cuando no estén dados los presupuestos de la *alic*. Pese a la existencia de este tipo penal sigue en Alemania la discusión acerca de la aplicabilidad de esta figura jurídica porque en algunos casos la pena de cinco años de prisión resulta poco apropiada, como por ejemplo en el caso del asesinato, el cual se castiga conforme al § 211 StGB con cadena perpetua. De esta forma, sea cual sea la solución por la cual se opte en Alemania, no existen vacíos de punibilidad.

El CP no contiene sin embargo una norma como esta. Por lo tanto, si se opta por rechazar la aplicación de la *alic* se estaría creando un enorme vacío de punibilidad que traería consigo una gran inseguridad, la cual en este caso ya no solamente sería jurídica. Optar por esta vía derivaría también en algunos casos en el

absurdo total, como por ejemplo cuando intente sancionarse conforme al tipo penal de exposición a peligro en el tránsito terrestre previsto en el art. 217 del CP. Este tipo penal castiga a la persona que conduzca un vehículo pese a no estar en condiciones para hacerlo con seguridad debido al consumo de alcohol u otras sustancias enajenantes. Como cualquier otro hecho punible es necesario también aquí para la imposición de una pena que el autor actúe con dolo y sea reprochable. Si se rechazara la figura de la *alic*, se tendría entonces que castigar al autor que haya tomado solo unos vasos de cerveza y por lo tanto solo haya disminuido sus reflejos, pero dejar libre a aquel que adrede bebió tres botellas de tequila para alcanzar el estado de irreprochabilidad y conducir en este estado.

La única forma de salir de este callejón sin salida es a través de una modificación de la Ley. Debería incluirse en el art. 23 del CP un segundo inciso que prevea una excepción para la constelación de casos de la *alic*, es decir, para cuando el autor haya causado su estado de irreprochabilidad con miras a la posterior comisión de un delito. Solo de esta forma podría solucionarse el problema con el Principio de Legalidad sin lesionarse a su vez el Principio de Reprochabilidad. Mientras no se haga esta modificación, tendrá que seguir eligiéndose entre el Principio de Legalidad o la política criminal, no pudiéndose llegar con ninguna de estas opciones a una solución completamente satisfactoria.

Referencias

- Ambos, K (1997). Der Anfang vom Ende der *actio libera in causa*. *Revista Neue Juristischen Wochenschrift*, (35).
- Casañas Levi, J. F. (2015). *Manual de Derecho Penal Parte General* (6ª ed.). Asunción: Intercontinental.
- Centro Internacional de Estudios Judiciales (CIEJ) (2001). Colección de Derecho Penal. *Código Penal de la República del Paraguay*. Concordado, con Índice Alfabético-Temático. Tomo 1 (2ª ed.). Asunción: Corte Suprema de Justicia, División de Investigación, Legislación y Publicaciones
- Horn, E. (1997). Der Anfang vom Ende der *actio libera in causa*. *Revista Strafverteidiger* (5), 97.
- Hruschka, J. (1996). Die *actio libera in causa* – speziell bei § 20 StGB mit zwei Vorschlägen für die Gesetzgebung. *Revista Juristenzeitung* 64-72.
- Jakobs, G. (1991). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2ª ed.). Berlin: Walter de Gruyter
- Jescheck, H. y Weigend, T. (1996). *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil* (5ª ed.). Berlin: Duncker und Humblot.
- Maurach, R. (1961). Fragen der *actio libera in causa*. *Revista Juristische Schulung*, 12.
- Ortiz Centurión, R. F. (2012). *Curso de Derecho Penal Paraguayo, Parte General*. Asunción: Intercontinental.
- Otto, H. (2004). *Grundkurs Strafrecht* (7ª ed.). Berlin
- Rengier, R. (2014). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (6ª ed.). Múnich: C. H. Beck.
- _____ (2015). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (7ª ed.). Múnich: C. H. Beck.
- Roxin, K. (2006). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (4ª ed.). Múnich: C. H. Beck.

Sydow, D. (2002). *Die actio libera in causa nach dem Rechtsprechungswandel des Bundesgerichtshofs*. Frankfurt a.M

Wessels, J., Beulke, W., y Satzger, H. (2015). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (45ª ed.). Heidelberg: C.F. Müller

Wolff, M (1997). Das Ende der Actio libera in causa. *Revista Neue Juristischen Wochenschrift*, 31.

Normas

Alemania. Ley Fundamental de la República Federal de Alemania

Alemania. Código Penal Alemán en la redacción de la publicación del 13 de Noviembre de 1998 (BGBl. I S. 3322), modificado por última vez a través del artículo 5 de la Ley del 10 de Diciembre de 2015 (BGBl. I S. 2218)

Paraguay. Constitución Nacional de la República del Paraguay. 1992

Paraguay. Ley N° 1.160/97 Código Penal.

Paraguay. Ley N° 3.440/08 Modificatoria del Código Penal.

Jurisprudencia

Alemania. LG Osnabrück. BGH 4 StR 217/96 – Sentencia Nro. 217 del 22 de Agosto de 1996 (BGHSt 42, 235)

Alemania. LG Cottbus. BGH 5 StR 42/02 – Sentencia Nro. 42 del 9 de Octubre de 2002 (BGHSt 48, 34, 35f)

Alemania. LG Gießen. BGH 4 StR 346/12 – Sentencia Nro. 346 del 25 de Octubre de 2012 (BGH NSTZ 2013, 156, 157)

Paraguay. Corte Suprema de Justicia Sala Penal. Acuerdo y Sentencia N°1.507/2003, 8 setiembre 2003. Santiago Paredes, F.; Rienzi Galeano, W.; Irala Burgos, J.

Notas

¹ El principio de Reprochabilidad se refiere al también conocido en otros órdenes jurídico-penales como Principio de Culpabilidad. Es importante aclarar que el CP siguiendo a la teoría final de la acción diferencia a la Reprochabilidad del dolo de hecho, el cual constituye el elemento subjetivo de la tipicidad. La elección del término «Reprochabilidad» permite también una clara distinción con la «falta de deber de cuidado», ya que el CP denomina a los hechos punibles «negligentes o imprudentes» como hechos punibles «culposos». Habiendo expresado esto, se aclara para evitar confusiones que en este artículo se utiliza el término «Reprochabilidad» en el sentido de «Culpabilidad», y el adjetivo «culposo» en el sentido de «negligente o imprudente», siempre y cuando la necesidad de una traducción clara y entendible de los textos legales o fallos alemanes no haga exigible algo distinto.

² Cual es el porcentaje necesario de concentración de alcohol en la sangre para que el autor sea considerado irreprochable, depende de las circunstancias del caso concreto y varía de acuerdo a la constitución física misma del autor. Dicho porcentaje varía también dependiendo del delito a ser cometido. Por ese motivo se desiste en el presente artículo de dar un valor concreto y se aclara que, al indicarse que el autor se «embriaga» o «emborracha», siempre que no se indique lo contrario, se hace referencia a que el autor ha bebido tanto alcohol que efectivamente ya no puede comprender la antijuridicidad de su actuar o comportarse conforme a ese conocimiento.

³ Conforme a una revisión de la jurisprudencia en *laleyonline.com.py* a la fecha del 28.03.2016.