

**UNA APLICACIÓN PARA LA FIGURA DE LA
OMISSIO LIBERA IN CAUSA
EN LA TEORÍA DE LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA**

**THE APPLICATION OF THE PRINCIPLE *OMISSIO LIBERA IN CAUSA*
ACCORDING TO THE THEORY ON PARTICIPATION IN CRIMINAL ACTIVITY**

Ezequiel Vachelli¹

Universitat Pompeu Fabra
ezequielvacchelli@gmail.com

Recibido: 22/12/2015 – Aceptado: 01/08/2016

¹ Docente e investigador del departamento de Derecho Penal de la Universitat Pompeu Fabra. Adscripto de la Cátedra de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo. Doctorando en la Universitat Pompeu Fabra. Máster en Ciencias Jurídicas por la Universitat Pompeu Fabra. Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Universidad Nacional de Cuyo.

Resumen: El presente trabajo aborda el estudio de aquel supuesto de intervención de una pluralidad de agentes en un mismo contexto delictivo, en el cual, se realizan aportes en la fase previa al comienzo de la ejecución del hecho típico. El objetivo de esta investigación es brindar una respuesta a las tensiones que estos casos generan en el centro de la teoría de la participación delictiva frente a los principios de autorresponsabilidad y culpabilidad por el hecho. Para ello, acudiremos a una figura que ha sido poco explorada por la doctrina para explicar estos supuestos: la “*omissio libera in causa*”. Esta estructura dogmática no sólo nos permitirá describir fielmente los problemas sistemáticos que se plantean en la teoría general de la participación delictiva, sino que, además, nos ofrecerá una alternativa de solución concreta a la siempre discutida cuestión sobre el fundamento del injusto del partícipe que realiza un aporte con anterioridad al comienzo de la tentativa del hecho principal.

Palabras clave: Participación delictiva; Aportes previos a la ejecución; *Omissio libera in causa* tentativa; Principio de autorresponsabilidad.

Abstract: This paper studies the hypothesis of a group of persons, taking part in the same criminal activity, contributing with its preparatory activities. The objective of this research is to provide a response to those problematic cases that arises according to the theory on participation in criminal activity. To do this, it is proposed the use of the principle “*omissio libera in causa*”, that hasn't been explored by the doctrine to explain these cases, yet.

Keywords: Criminal involvement; Criminal preparatory activities; *Omissio libera in causa*; Criminal attempts.

Sumario

1. Introducción
2. El fundamento del injusto del partícipe
3. La figura de la omissio libera in causa y los aportes previos
4. Conclusiones
5. Bibliografía

1. Introducción

El debate acerca del castigo o impunidad de los aportes realizados en la fase previa a la tentativa es medular para la teoría de la participación delictiva y por ello ha sido largamente discutido en la doctrina. Este problema revela la verdadera capacidad de rendimiento de las teorías del fundamento del injusto del partícipe, no sólo en relación con las soluciones relativas a estas constelaciones de casos, sino también frente a los principios generales de la teoría de la imputación. La situación, en principio es incómoda: si se postula que el injusto del partícipe depende exclusivamente del hecho del autor², será difícil explicar por qué se castigan actos de intervención anteriores a un comienzo de ejecución ajeno o, por lo menos, no será fácil contestar objeciones basadas en el principio de autorresponsabilidad³. Por otro lado, si admitimos la idea de un injusto de participación autónomo⁴, se adelantaría demasiado la barrera de punibilidad y tendríamos problemas para encontrarle un lugar apropiado al principio del hecho típico, corriendo el riesgo de infrin-

2 La formulación original es de Welzel, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. 11 Ed. Berlín: Walter de Gruyter, 1969. § 16, I; lo sigue con matices, entre muchos otros, Roxin, Claus. *Strafrecht AT*. 4 Ed. München: Beck, 2006. caps. 26/11 y ss.

3 Críticamente, ver por todos, STEIN, Ulrich. *Die Strafrechtliche Beteiligungformenlehre*. Berlín: Duncker & Humblot, 1988. pág. 109 y ss.

4 Cfr. Lüderssen, Klaus. *Zum Strafgrund der Teilnahme*. Baden: Nomos, 1967. pág. 117 y ss.; Schmidhäuser, Eberhard. *Strafrecht AT*. 2 Ed. Tübingen: Mohr, 1984. caps. 14/56 y ss.; Herzberg, Rolf Dietrich. *Täterschaft und Teilnahme: eine System*. München: Beck, 1977. pág. 103 y ss.

gir el principio legalidad establecido en el § 103 II GG⁵⁻⁶. Sin lugar a dudas, la autonomía del injusto del partícipe diseñada principalmente a partir de las consideraciones de los partidarios de la teoría de la causación y con ayuda de la teoría de las normas, genera una fisura, una hendidura en la tradicional teoría de la participación en el injusto y sus variantes, que sólo podemos aceptar y a la vez tratar en la medida de lo posible de remediar. Sin embargo, esto no puede significar una capitulación frente al comienzo de ejecución del hecho típico, ni desde la otra rivera, acoger la idea de un injusto del partícipe concebido como un apéndice del injusto del autor⁷. He aquí el meollo de la discusión.

Si uno se propone realizar un paralelismo entre los problemas tratados por la *doxa* académica en los casos de *alic* y los casos de intervención delictiva en los cuales los aportes son realizados en la fase previa al comienzo de ejecución, notará rápidamente cómo de manera estrictamente análoga existen en ambos supuestos tensiones relativas al principio de autorresponsabilidad, dificultades para encontrarle un lugar al hecho típico, problemas para determinar el mo-

5 § 103 II GG: "Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde". El § 103 II de la Ley Fundamental [Grundgesetz] de la República Federal Alemana establece que un acto sólo puede ser penado si su punibilidad estaba legalmente establecida con anterioridad a que el hecho fuera ejecutado.

6 Ampliamente, ver Bloy, René. *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*. Berlín: Duncker & Humblot, 1985. pág. 172 y ss.

7 Las teorías tradicionales sobre el fundamento del injusto de la participación (tanto en lo que respecta a las teorías que proponen un injusto autónomo como las que proponen un injusto derivado) han encarado este problema a partir de un enfoque equivocado: entender el injusto del partícipe dissociado del injusto del autor. Ello es producto de asumir previamente un concepto restrictivo de autor que al identificar autoría y realización típica supone una determinación negativa de lo que ha de ser la participación: participación sería, en todo caso, la no realización propia del hecho. Lesch, Heiko. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997. pág. 52. "Con ello, quedan sólo dos soluciones posibles para la fundamentación de la participación: o se formula (renunciando a una imputación accesoria) un injusto propio, autónomo, por el que cada partícipe deba responder, esto es, una especie de delito de participación, que en relación con la realización típica ajena sencillamente suponga un *aliud*; o, y esta es la segunda alternativa posible, se le imputa al partícipe simplemente el injusto típico *ajeno*, y con ello a la vez en calidad de autor (solución basada en la accesoriidad)". Ídem.

mento del inicio de la tentativa punible e imprecisiones para fijar los contornos del principio de coincidencia⁸. No obstante ello, si la doctrina hasta ahora no ha asociado de manera clara estas dos constelaciones de casos, es debido a lo que creo son los dos últimos claros bastiones de la resistencia naturalista que aún siguen defendiendo su colina en el pensamiento de la doctrina, incluso de aquella que se proclama más cercana a una perspectiva normativista: me refiero, por un lado, al recelo casi inconsciente a repensar las estructuras de imputación que se utilizan para resolver los supuestos de autoría única en los casos de pluralidad de intervinientes⁹ y, por otro, a las todavía oscuras explicaciones que se postulan del factor temporal en la teoría de la imputación.¹⁰ Una teoría de la intervención delictiva acuñada de modo *ptolemaico* en relación con la figura del autor y una falta de coordenadas claras en orden a la interpretación del principio de coincidencia inferido del § 20 StGB¹¹ y la definición de la tentativa punible del § 22 StGB¹² cuando el partícipe ya realizó su aporte mucho tiempo antes de que el

8 Específicamente frente a las particularidades de estos problemas en la figura de la *alic*, se seguirá el diagnóstico de Herzberg, Rolf Dietrich. Gedanken zur actio libera in causa: Straffreie Deliktsvorbereitung als Begehung der Tat (§§ 16, 20, 34 StGB)?, *FS-Spende*. Berlin: Walter de Gruyter, 199. pá. 207 y ss.; El mismo, "Der Versuch, die Straftat durch einen anderen zu begehen", *FS-Roxin*. Berlin: Walter de Gruyter, 2001, pág. 749 y ss. y Freund, George. "Actio libera in causa vel omittendo bei Rauschdelikten im Straßenverkehr" *Goldammer's Archiv für Strafrecht*. Vol. 161, N° 3. 2014, pág. 137 y ss.

9 Las aportaciones de Robles Planas, Ricardo. *La participación en el delito, fundamentos y límites*. Madrid: Marcial Pons, 2003. pág. 217 y ss. han sido muchas y decisivas en esta línea.

10 Aspecto poco explorado en la dogmática jurídico-penal contemporánea.

11 § 20 StGB: Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen. "Ohne Schuld handelt, wer bei Begehung der Tat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung oder wegen Schwachsinnns oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln". El § 20 del Código Penal Alemán prevé el supuesto de la incapacidad de culpabilidad por perturbaciones psíquicas y establece que actúa sin culpabilidad quien en la comisión de un hecho es incapaz por una perturbación síquica patológica, por perturbación profunda de la conciencia o por debilidad mental o por otra alteración síquica grave de comprender lo injusto del hecho o actuar de acuerdo con esa comprensión.

12 § 22 StGB: Begriffsbestimmung. "Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Wirklichkeit des Tatbestandes unmittelbar ansetzt". El § 22 del Código Penal Alemán define la tentativa

autor se disponga inmediatamente a la realización del tipo penal, han impedido el recurso a la figura de la *omissio libera in causa* para despejar las dudas que existen en torno a los aportes realizados en la fase previa al comienzo de ejecución. Estas observaciones fuerzan las siguientes comprobaciones y propuestas.

2. El fundamento del injusto del partícipe

Los argumentos para valorar las diferentes alternativas deben buscarse inicialmente en el fundamento del injusto del partícipe. Para repartir la responsabilidad entre varios agentes que intervienen en la comisión de un mismo hecho delictivo, la doctrina mayoritaria opera del siguiente modo: primero, determina la autoría y, luego, determina quiénes han favorecido o determinado aquella conducta. Así, el autor es quien infringe directamente el deber contenido en la prohibición de los tipos de la parte especial del Código Penal, siendo el hecho típico la infracción de un deber propio de conducta; mientras que el partícipe responde por infringir la norma derivada que prohíbe cooperar o determinar el hecho típico ajeno. La participación es –en relación con la categoría de autor, la cual se erige en la figura central del suceso¹³– una estructura de imputación derivada¹⁴. Esta perspectiva no puede explicar por qué responde como partícipe quien ha realizado un aporte a un hecho típico cuya propiedad exclusiva le pertenece a un tercero y presentando problemas de compatibilidad con el principio de autorresponsabilidad. Pero tampoco la idea de un delito de participación en la que el interviniente infringe su propia norma de conducta independientemente del comienzo de la tentativa punible nos da una respuesta contundente: aquí los problemas se presentan en relación con el principio del hecho y el principio de culpabilidad¹⁵.

y prescribe que intenta un hecho penal quien de acuerdo con su representación del hecho se dispone inmediatamente a la realización del tipo.

13 ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. 7 Ed.. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2000. pág. 42 y ss.; Welzel, Hans. Op. cit, pág. 150 y ss.

14 En contra, Robles Planas, Ricardo. *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*. Barcelona: Atelier, 2007. pág. 15 y ss.; El mismo, op. cit, pág. 156.

15 Lo diagnostica claramente, entre muchos otros, Jakobs, Günther. *Strafrecht AT*. 2 Ed., Berlín: Walter de

Uno de los presupuestos metodológicos que subyace al análisis propuesto en este trabajo es el entendimiento de que la realidad recortada que le interesa al Derecho Penal está siempre simbolizada y el modo en que ella sirve a los fines de la dogmática está mediado, a su vez, por diferentes modos de simbolización. Específicamente en la participación, el principio de ejecución le agrega a aquella compleja codificación una unidad a través de una “totalización del significado”, siendo una estructura legal que permite atribuirle objetivamente sentido delictivo a la conducta de los agentes que intervienen en la fase previa al comienzo de ejecución del hecho típico. Mientras que la doctrina dominante conecta al autor con el hecho típico y al partícipe con el aporte accesorio a aquel, en este trabajo se tomará como premisa una perspectiva parcialmente divergente: el hecho típico es común a las aportaciones de todos los intervinientes, es decir, les pertenece a todos –aunque, en los casos de participación, en distinta medida. Esta formulación rompe la apariencia de que quien no ejecuta por sí mismo participa en algo que le es ajeno, pues en rigor el comportamiento ejecutivo es el injusto de todos y cada uno de los intervinientes, inclusive del que no ejecuta de propia mano¹⁶. En esta salida hacia la normativización del problema se insiste como solución posible a la discusión *injusto derivado vs. injusto autónomo*: el aporte en la fase previa al comienzo de ejecución debe insertarse en una red estructurada de significado [el injusto colectivo], única manera de respetar el principio de autorresponsabilidad, encontrarle un lugar preciso al hecho típico y determinar el inicio de la tentativa punible para todos los intervinientes. Este es el primer paso para aproximarnos a la figura dogmática apropiada para resolver estos casos, que como no puede ser de otro modo, es la de la *omissio libera in causa*.

3. La figura de la *omissio libera in causa* y los aportes previos

Como es sabido, la figura de la *actio libera in causa* se refiere a situaciones en las que el agente provoca su incapacidad de actuar, su inimputabilidad o su justificación en el marco de las cuales realiza un hecho delictivo. Entre los diversos grupos de casos que abarca esta estructura de imputación nos interesa

Gruyter, 1991. cap. 22/5.

16 JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en el Derecho penal*. 1ª ed. Madrid: Civitas, 1996 pág. 76.

específicamente la modalidad denominada *omissio libera in agendo*, en la que el agente no realiza en el momento debido la acción típicamente indicada, por carecer de la capacidad concreta de hacerlo que ha provocado previamente¹⁷. El ejemplo replicado por la manualística en el ámbito de la autoría es el del guardagujas que se embriaga hasta quedar inconsciente y omite bajar la barrera produciendo un accidente ferroviario. Por su parte, en la teoría de la participación delictiva, el problema se presenta cuando el agente realiza un aporte con anterioridad al momento en que el autor dispone de él para la realización inmediata del tipo penal. En *t1* el agente realiza una conducta impune que, en *t2* debido al comienzo de ejecución, pasa a ser punible; si el tercero no actúa, la conducta del agente permanece impune. Tomemos el siguiente ejemplo simplificado: P esconde una arma en un lugar del bosque para que llegado el día A la busque y con ella le ocasione la muerte a V (§ 212 I StGB)¹⁸; P responderá penalmente como partícipe de homicidio, únicamente a partir de que A se disponga inmediatamente a matar a V (§ 22 StGB), antes, el esconder el arma de fuego (considerando que es un legítimo tenedor) no es punible¹⁹. No hay dudas en la doctrina de que cuando un agente interviene con anterioridad al momento del injusto del hecho, éste puede no llegar a actualizarse. Aquí estamos frente a una tentativa de intervención, ya que la intervención consumada requiere de la presencia del injusto del hecho (al menos en grado de tentativa)²⁰. La pre-

17 Silva Sánchez, Jesús-María. *El delito de omisión. Concepto y sistema*. Barcelona: Bosch, 1986. pág. 261.

18 § 212 StGB: Totschlag. I. "Wer einen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft". El § 212 I del Código Penal Alemán tipifica el delito de homicidio y establece que quien mata a un ser humano sin ser asesino será condenado como homicida con pena privativa de la libertad no inferior a cinco años.

19 Este es un ejemplo simplificado, sin embargo, hipótesis con esta estructura frecuentemente se presentan en el ámbito del Derecho penal de la empresa. Asimismo, otros supuestos de interés en relación con la participación delictiva- son los denominados por Freund como casos en los que lo discutido es el "comienzo de la tentativa acabada" [*Anfang des beendeten Versuchs*], entre los que se analizan supuestos específicos de estafa (§ 263 StGB), receptación (§ 259 I Fall 3 StGB) y conducción en estado de embriaguez (§ 316 StGB), Freund, George. *Strafrecht A*, Berlin: Springer, 2009, pág. 325 y ss.; El Mismo, "Actio libera in causa...", op. cit., pág. 138 y 151.

20 Sobre ello, Robles Planas, Ricardo. "Los dos niveles del sistema de intervención en el delito" *Indret*. Abril

gunta aquí es ¿Cómo se explica que una conducta que es impune pase a estar prohibida sólo por la intervención de un tercero autorresponsable? ¿Por qué se imputa responsabilidad al interviniente a pesar de que cuando el hecho entra en la fase ejecutiva no realiza conducta alguna? ¿Se contradice el principio de coincidencia establecido en el § 20 StGB con su requisito de la capacidad de culpabilidad al momento de la comisión del hecho típico si, por ej. cuando A comienza la ejecución del homicidio P ya no tiene capacidad de culpabilidad porque está durmiendo o bajo los efectos de estupefacientes?

Volvamos ahora a la estructura de la *omissio libera in agendo*. Aunque un estudio detenido de las soluciones dadas por la doctrina en relación con la figura de la *alic* escapa a la escala de este artículo, será necesario hacer una breve referencia a los dos grandes paradigmas que discute la doctrina para justificar nuestra opción teórica. El modelo de la excepción [*Ausnahmemodell*], cuyo principal representante es Hruschka presenta a la figura de la *alic* como una excepción al § 20 StGB basada en el derecho consuetudinario que permite castigar al autor que comete un delito sin capacidad de culpabilidad, si la misma fue provocada con anterioridad. Esta propuesta teórica se construye sobre la base de un esquema normativo de regla-excepción²¹. La regla consiste en la imputación de un suceso físico como un hecho comisivo o la imputación de una inactividad como un hecho omisivo (imputación ordinaria de primer nivel) y la imputación de un hecho antijurídico a la culpabilidad (imputación ordinaria de segundo nivel). La excepción consiste en que esta imputación ordinaria no tiene lugar cuando el agente no tiene capacidad física para evitar o realizar la acción prescripta, hay una razón en el aspecto subjetivo para excluir el carácter de hecho comisivo u omisivo, existe una situación de necesidad o se padece un error de prohibición. La imputación extraordinaria propia de la *alic* consiste en la excepción a la excepción de la regla general sobre la imputación de primer y segundo nivel. A pesar de darse una razón para excluir la imputación ordinaria del hecho, este se atribuye de forma extraordinaria con base en que la persona involucrada en la situación es responsable de las razones que excluyen

de 2012, N° 2/2012, pág. 5.

21 HRUSCHKA, Joachim, "“Actio libera in causa” und mittelbare Täterschaft". *FS-Heinz. Gössel*: Heidelberg, 2002, pág. 157 y ss.

la imputación²². También subyace a esta explicación la distinción entre deber [*Pflicht*] e incumbencia [*Obliegenheit*]. En la *actio praecedens* cuando el agente provoca o no evita la situación defectuosa infringe una *Obliegenheit* que permite imputarle al agente la infracción del deber en la situación de inimputabilidad. El objeto de la imputación es este último pero tiene como motivo la infracción de la primera. A las *Obliegenheiten* se les suele atribuir la estructura de un imperativo hipotético, lo que explica que Hruschka deba buscar la infracción del deber en el *Defektzustand*. Las críticas a este modelo son conocidas y pueden ser reducidas a la infracción de los principios de culpabilidad (§ 20 StGB) y legalidad (artículo 103 II GG)²³.

“Si se considera como “hecho” en la *actio libera in causa* la acción realizada en situación de incapacidad de culpabilidad, no se puede pasar por alto que en este momento no hay capacidad de culpabilidad. El modelo de la excepción ignora sencillamente el tenor legal”²⁴.

22 HRUSCHKA, Joachin, op. cit., pág. 167. Sin embargo, a pesar de las objeciones que se mencionarán a continuación, ya *ab initio*, la idea de un sistema de imputación extraordinario tan amplio no puede convencernos. El sistema de imputación debe ser por regla ordinario. Si la imputación extraordinaria explica los casos de provocación de la situación justificante, aportaciones previas, error, etc. entonces lo extraordinario de la imputación se convierte, primero cuantitativamente y luego cualitativamente, en la regla. Cuando esto sucede, la teoría de la imputación colapsa ante un estado de excepción constante en donde las tradicionales garantías del Derecho penal se distorsionan o, por lo menos, pierden puntos de apoyo para su inmediata operatividad.

23 ROXIN, Claus, *Strafrecht AT*, § 20/57; el mismo, “Bemerkungen zur actio libera in causa”, *FS-Lackner*, pág. 23; JAKOBS, Günther, *Strafrecht AT*, 17/58a; el mismo, *Theorie der Beteiligung*, pág. 21, n°. 15.; HERZBERG, Rolf Dietrich. “Gedanken zur actio libera in causa: Straffreie Delikt Vorbereitung als “Begehung der Tat” (§§ 16, 20, 34 StGB)?”. *FS-Spende*, pág. 228 y ss.; FREUND, George. “Actio libera in causa...”, *GA*, pág. 149; PUPPE, Ingeborg, “Grundzüge der *alic*” *Jus*, pág. 347; Silva Sánchez, Jesús-María, *El delito de omisión...*, pág. 226 y s.; DEMETRIO CRESPO, Eduardo “La *actio libera in causa*: ¿una excepción a las exigencias de la culpabilidad por el hecho?”, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. Vol. 1, España: Universidad de Castilla, La Mancha, Universidad de Salamanca, 2001, pág. 995 y ss.

24 ROXIN, Claus “Bemerkungen zur actio libera in causa”, *FS-Lackner*, pág. 23.

No hay buenas razones en un Estado de derecho para considerar una excepción a estas garantías.

En el ámbito de la teoría de la *alic* tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia rechazan la idea de una imputación extraordinaria que fundamente la responsabilidad del autor cuando este ha provocado o no evitado un estado defectuoso, por lo tanto, debido a la semejanza estructural con los supuestos de intervención en la fase previa tampoco es aceptable que la responsabilidad del partícipe pueda obtenerse mediante la aplicación de reglas de imputación excepcionales basadas en la infracción de una *Obliegenheit*²⁵. Los problemas de las propuestas de Hruschka en los casos de *alic* y Jakobs en los casos de intervención pre-ejecutiva –quien también recurre a las *Obliegenheiten* para fundamentar la responsabilidad del partícipe en la ejecución por la infracción de una incumbencia– es el mismo: no toman el contenido de injusto de donde corresponde. Y este solo puede ser la *actio praecedens*, es decir, el momento en que el partícipe realiza su aportación. Es aquí cuando tiene lugar la infracción del deber [*Pflicht*], pues este es el único momento al que puede ser reconducida la capacidad de culpabilidad. Tanto el autor inimputable como el partícipe que no se encuentra en el lugar del hecho son incapaces de reconocer el injusto que se está llevando a cabo y, por consiguiente, de obrar conforme esa comprensión. A partir de la correcta apreciación de que el agente (autor inimputable en los casos de *alic* o partícipe distante en los casos de intervención pre-ejecutiva) es responsable por su incapacidad de realizar la acción indicada no debe derivarse que el principio de coincidencia debe tomar como referencia a este segundo momento (¡pues aquí es incapaz de culpabilidad!). Aquel es responsable por *t2*, sin embargo, el objeto de la imputación, esto es, la infracción de su deber, debe buscarse en *t1*, única fase en la que se comprueba la relación del comportamiento previo con el resultado, necesaria para que el tipo subjetivo no pierda su objeto de referencia. Las críticas que padece el modelo de la excepción, entonces, marchan desde tres flancos distintos: la tradicional objeción de la infracción del principio de culpabilidad²⁶, el escaso rendimiento sistemático de la noción de *Obliegenheit*

25 Este es el camino que sigue JAKOBS, Günther en *Theorie der Beteiligung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014 pág. 12 y ss.

26 ROXIN, Claus. *Strafrecht A*, pág. 20/57.

como norma de comportamiento y la búsqueda de un injusto en un momento en el que el mismo se encuentra vacío de contenido. Esta última observación puede equipararse con los resultados sistemáticos alcanzados por los partidarios de la teoría de la participación en el injusto al derivar el fundamento del ilícito del partícipe del hecho del autor: ambas perspectivas pretenden fundamentar el injusto del sujeto tomando como base un comportamiento ajeno. En la *alic* el autor inimputable también es *un otro* frente a sí mismo.

El otro paradigma de referencia para resolver los supuestos asociados a la figura dogmática de la *alic* es el modelo de la tipicidad [*Tatbestandmodell*]. Para este planteamiento el objeto de la imputación penal consiste en la *actio* u *omissio praecedens*, la acción que provocó o no evitó conforme a su deber la situación de incapacidad de acción, justificación o inimputabilidad. Los elementos objetivos y subjetivos del injusto en cuestión deben buscarse en la primera fase del comportamiento. La principal objeción que se opone al modelo de la tipicidad es el adelantamiento del comienzo de la tentativa a acciones que aun no suponen un peligro relevante para el bien jurídico protegido²⁷. Este problema solo requerirá una explicación adicional en el ámbito de la provocación dolosa pues en los casos de imprudencia sería sencillo ubicar la realización típica en el momento en que se infringe el deber de cuidado. Hruschka critica que en el modelo de la tipicidad la conducta provocadora todavía no podría identificarse con la infracción de la norma de la tentativa punible, en tanto el embriagarse, por ejemplo, todavía no tiene el significado de una acción típica y entonces se desconocería el principio de legalidad. De ser cierta esta crítica al modelo de la tipicidad en el ámbito de los delitos dolosos quedaríamos atrapados entre un fraude de ley inaceptable y dos opciones odiosas: situar el comienzo de la tentativa punible en el momento en que se realiza la acción ejecutiva en estado defectuoso y considerar a la *actio praecedens* como una acción típicamente neutra o considerar la infracción de la norma de la tentativa punible ya en el momento en que se provoca o no se evita la falta de acción posterior y así adelantar aquella hasta conductas que no serían típicas. Nuevamente, estas tensiones entre ambos puntos de vista son las que ya apreciamos en la discusión sobre el fundamento del injusto del partícipe.

27 HRUSCHKA, Joachim, "Actio libera in causa" und mittelbare Täterschaft", FS-Heinz. Gössel: Heidelberg, 2002, pág. 163.

Postular un injusto de la participación que depende del hecho del autor [t2] permite asumir sin problemas la solución global de la tentativa, pero al precio de vulnerar el principio de autorresponsabilidad y el principio de culpabilidad por el hecho propio. Por otro lado, la tradicional perspectiva sobre la autonomía del injusto del partícipe adelanta demasiado la barrera de punibilidad cuando pretende aplicar la norma de sanción al comportamiento realizado en la fase previa [t1] negando toda relevancia al principio de accesoriedad externa; la solución individual de la tentativa planteada de este modo, no solo impide valorar el hecho como una obra colectiva sino que además infringe el principio de legalidad. Sin embargo, ni en el ámbito de la teoría de la intervención ni en el ámbito de la teoría de la *alic* podemos conformarnos con esta aparente oposición. El punto crucial se encuentra, por supuesto, en descifrar el problema del comienzo de la tentativa. Si seguimos la dirección que nos marca el modelo de la tipicidad, la infracción de la norma de comportamiento debería encontrarse ya en la provocación de la situación de inimputabilidad (o en lo que a nosotros nos interesa, en la realización del aporte de participación). Ahora, como es sabido, el modelo de la tipicidad presenta una aparente laguna de punibilidad frente a los casos de provocación dolosa, frente a la cual Herzberg ha propuesto como solución distinguir el delito de la tentativa [*Versuchsdelikt*] del comienzo de la tentativa [*Versuchsbeginn*]²⁸. En la *alic* y en sus modalidades, el agente que se coloca en una situación de inimputabilidad, en t1 realiza una acción que da inicio a la tentativa [*Versuchshandlung*], la cual no genera un riesgo directo para el bien jurídico, el cual sólo se concreta en t2 con el resultado de la tentativa [*Versuchserfolg*], a partir del cual esta pasa a ser punible²⁹.

“La acción de tentativa y el resultado de la tentativa frecuentemente coinciden, pero conceptualmente son separables y en efecto, en los casos del tema casi siempre se presentan separadas una de la otra”³⁰.

28 HERZBERG, Rolf Dietrich. “Der Versuch...” Op. cit., pág. 762 y 770 y s.

29 “A grandes rasgos, el “resultado de la tentativa” no es la muerte, sino el peligro inmediato de muerte”, *Ibidem.*, pág. 771, nota nº 31.

30 *Ibidem*, lo sigue en lo esencial, RIGGI, Eduardo Javier. *Interpretación y ley pena*. Barcelona: Atelier, 2010, pág. 220 y ss.

Aquí es esencial no confundir el inicio de la tentativa con los actos preparatorios, simplemente porque ambos acarrear la misma consecuencia: la impunidad³¹. Asimismo, tampoco debe confundirse el inicio de tentativa con el resultado material de esta, a partir del cual se vuelve punible: lo que Herzberg nos señala es que debe superarse la perspectiva tradicional que postula que un comportamiento debe quedar impune porque todavía no significa un peligro directo para el bien jurídico protegido, excluyéndoselo equivocadamente del § 22 StGB al asimilarlo a un acto preparatorio³². La doctrina dominante al no diferenciar el inicio de la tentativa de su resultado, pierde de vista en la interpretación del § 22 StGB que quien “comienza” la tentativa punible ya ha infringido de manera completa su norma de conducta personal, pues el comienzo de la realización del tipo de la tentativa es su misma realización³³.

Quien no ejecuta el tipo de propia mano, pero ha aportado medios para la comisión del hecho, realiza un comportamiento anterior, éste como tal, no es un acto preparatorio, sino el “inicio” de *su* tentativa. La misma como tal requiere a su vez de un elemento adicional: el peligro directo para el bien jurídico que se produce en el momento del inicio de la ejecución del hecho colectivo. Con el favorecimiento previo, al partícipe le incumbe evitar el resultado de su tentativa, es decir, que se actualice típicamente su aporte³⁴. Esto

31 En esta línea ROXIN, Claus. *FS-Maurach*. Karlsruhe: Müller, 1972. pág. 213, entiende que se trata de un acto preparatorio siempre que no exista un peligro inmediato para el bien jurídico y el autor todavía tenga en sus manos el acontecimiento, entrando en consideración la tentativa cuando opera solamente uno de ambos criterios. Específicamente, aplicando estas ideas al comienzo de la tentativa punible en los casos de *alic*, ver El mismo. Op. cit, pág. 784 y ss.

32 *Ibidem*. De igual modo, FREUND, George. “Actio libera in causa...”, op. cit, pág. 150 pone en relieve que la idea de que el comportamiento desaprobado típicamente debe fundamentar automáticamente una tentativa punible se basa en una intuición equivocada; la infracción contra la norma de conducta no significa necesariamente una definitiva punibilidad.

33 HERZBERG, Rolf Dietrich. “Der Versuch...”. Op. cit, pág. 762.

34 Para JAKOBS, Günther. *Theorie der Beteiligung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2014. pág. 54 son casos de injerencia que generan incumbencia. Al propietario (en este caso se pone el ejemplo de una aportación imprudente) le incumbe impedir de algún modo la ejecución del homicidio; si ello no ocurre la ejecución también será suya por medio de la actuación del autor.

no lo coloca en una situación de garantía por injerencia de impedir el hecho principal —esta eventual responsabilidad debe ser a su vez accesoria, pues de lo contrario la tentativa de omisión debería ser punible antes de la realización del hecho principal con lo que se destruirían las reglas de la accesoria³⁵—, sino simplemente de retirar su aporte antes de que éste se vuelva tan peligroso que a manos de un tercero se inserte en un curso lesivo típico. Si omite hacerlo, por ejemplo, porque ya se ha desvinculado de él —volviendo al ejemplo del inicio, porque duerme o está bajo los efectos de estupefacientes— ello no impide que se lo responsabilice a través de la figura de la *omissio libera in agendo* por la infracción ya punible de su norma de comportamiento personal derivada del mandato de no prestar ayuda a otro para matar (§§ 27³⁶, 212 StGB)³⁷. Una última coordenada para comprender la propuesta aquí formulada se encuentra en el § 8 StGB según el cual “un hecho se comete en el momento en el cual el autor o el partícipe han actuado o en los casos de omisión cuando debería haber actuado”, pues solo una acción o una omisión específicamente desaprobada, sirve como punto de conexión para el reproche jurídico-penal³⁸. De este modo, la correspondiente violación de la norma de comportamiento en el sentido del § 8 StGB se comprueba cuando el agente deja salir de su esfera de dominio

35 JAKOBS, Günther. *Imputación objetiva...* Op. cit, pág. 77, acierta en esta observación, pero al no distinguir inicio y resultado de la tentativa en la conducta de intervención individual no termina de ver completamente el problema en lo que respecta a la relación de garantía acotada al aporte de favorecimiento.

36 § 27 StGB: Beihilfe. I. “Als Gehilfe wird bestraft, wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe geleistet hat”. En el § 27 del Código Penal Alemán se regula la complicidad, definiéndose al cómplice como aquel que haya prestado dolosamente ayuda a otro para la comisión un hecho doloso antijurídico.

37 En relación con la fundamentación de la responsabilidad omisiva en supuestos en los que el agente determina activamente la no-realización de la conducta indicada en el tipo se han contrapuesto dos tesis: la de la “omisión por comisión” y la de la “omissio libera in causa”. Para Silva Sánchez tal contraposición carece de sentido ya que esta última concepción no ofrece una única alternativa de solución, sino varias, siendo alguna de las cuales, como mínimo, parcialmente coincidente con la de la omisión por comisión. Sobre las discrepancias a la hora de entender que nos hallamos ante una *realización típica omisiva*, ampliamente, Silva Sánchez, Jesús-María. Op. cit, pág. 262 y ss.

38 FREUND, George. “Actio libera in causa...”, Op. cit, pág. 157.

el curso causal peligroso de su prestación o influjo psíquico. El disvalor del comportamiento del partícipe presenta dos dimensiones, una activa –realización del aporte o inducción– y una omisiva –dejar pasar el último momento en que podría retirarla con seguridad, antes de que esta pase a estar a disposición del autor. Aquí ya el comportamiento del agente es jurídicamente desaprobado en cuanto al peligro conectado con el hecho colectivo proyectado. El agente ha liberado un curso causal peligroso y se ha desentendido de él en infracción a los §§ 26 y 27 StGB. Sin embargo, el momento crucial es a partir de t_2 con el comienzo de ejecución del hecho principal (simultáneo al *resultado de su tentativa*), pues ese instante era el último del que agente disponía para neutralizar su acción de inicio de tentativa –ya peligrosa pero todavía impune– proyectada a incorporarse en el hecho colectivo³⁹. La conducta del agente es antinormativa en el momento en que puede comprobarse que ha realizado una conducta peligrosa –de cooperación o inducción– y se ha desentendido de ella. A partir de allí, deberá tolerar las acciones defensivas de la víctima y las injerencias de la autoridad estatal en su esfera de organización. Esta antinormatividad es propia del nivel de la norma de comportamiento pero independiente de la norma de sanción que se aplicará luego de que exista comienzo de ejecución del hecho principal.

4. Conclusiones

Cuando el agente esconde el arma en el bosque no realiza un acto preparatorio, sino que da inicio a su acción de tentativa individual, lo que usualmente se le llama tentativa de participación (como tal impune). Y cuando se representa que pierde el dominio sobre el curso causal de la misma, entonces el disvalor de comportamiento queda completo (tentativa acabada de intervención como infracción de la norma del §§ 26 o 27 StGB). Solo cuando el tercero busca el arma disponiéndose inmediatamente a causar la muerte de la víctima –quien

39 Estas observaciones se articulan a su vez con lo dispuesto en el § 22 StGB [“nach seiner Vorstellung”], en tanto el favorecimiento previo usualmente no bastará como una representación válida de la existencia de un peligro inminente para la realización el tipo penal, sino que siempre la representación se proyectará hacia adelante.

no ejecuta únicamente su hecho sino el de todos—, se produce el peligro directo para el bien jurídico y, por lo tanto, se materializa simultáneamente el resultado de la tentativa de participación que funciona en el nivel de la norma de sanción y habilita su aplicación, por lo menos, como una intervención en una tentativa (§§ 26 o 27 StGB en relación con el § 22 StGB). Exactamente en ese instante, cuando comienza la ejecución del hecho típico, la llamada tentativa de participación se concreta como una participación en una tentativa. En otras palabras, el “inicio” de tentativa es individual, mientras su “resultado” es colectivo, coincidiendo éste último con el “comienzo” de la tentativa punible del hecho común en manos del autor. De este modo, si estamos en lo correcto, en los casos de los aportes previos de participación, cuando es un tercero quien realiza los actos ejecutivos, al partícipe será penado a través de la estructura de la *omissio libera in agendo* por no cumplir con el deber de interrumpir la actualización típica de la intervención que ha dejado salir de su esfera de dominio⁴⁰. La figura dogmática aquí postulada, interpretada según la perspectiva del modelo de la tipicidad y con las precisiones relativas al comienzo de la tentativa punible, nos permite resolver en estas constelaciones de casos las tensiones existentes entre los principios de autorresponsabilidad y culpabilidad en armonía con la regulación vigente.

5. Bibliografía

- BLOY, René. *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlín: Duncker & Humblot, 1985.
- FREUND, George. *Strafrecht AT*. Berlín: Springer, 2009.
- FREUND, George. “Actio libera in causa vel omittendo bei Rauschdelikten im Straßenverkehr”, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*. Vol. 161, Nº. 3, 2014, págs. 137-159.
- HERZBERG, Rolf Dietrich. *Täterschaft und Teilnahme: eine System*. München: Beck, 1977.
- HERZBERG, Rolf Dietrich. “Gedanken zur actio libera in causa: Straffreie Delikt Vorbereitung als Begehung der Tat (§§ 16, 20, 34 StGB)?”, *FS-Spendel*. Berlín: Walter de Gruyter, 1992.

40 No en forma de autoría por no realizar la acción típicamente debida para la salvaguarda el bien jurídico, sino en forma de participación por dejar pasar la última oportunidad en que podía retirar con seguridad su aportación antes de que se integrara en el hecho colectivo.

- HERZBERG, Rolf Dietrich, "Der Versuch, die Straftat durch einen anderen zu begehen", *FS-Roxin*. Berlin: Walter de Gruyter, 2001.
- JAKOBS, Günther. *Strafrecht AT*. 2 Ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1991.
- JAKOBS, Günther. *Theorie der Beteiligung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.
- LESCH, Heiko. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.
- LÜDERSSEN, Klaus. *Zum Strafgrund der Teilnahme*. Baden: Nomos, 1967.
- RIGGI, Eduardo Javier. *Interpretación y ley penal*. Barcelona: Atelier, 2010.
- ROBLES PLANAS, Ricardo. "Los dos niveles del sistema de intervención en el delito". *Indret*, abril de 2012, N° 2/2012.
- ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito, fundamentos y límites*, Madrid: Marcial Pons, 2003.
- ROBLES PLANAS, Ricardo. *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*. Barcelona: Atelier, 2007.
- ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. 7 Ed. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2000.
- ROXIN, Claus. *Strafrecht AT*. 4 Ed. München: Beck, 2006.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht AT*. 2 Ed. Tübingen: Mohr, 1984.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *El delito de omisión. Concepto y sistema*. Barcelona: Bosch, 1986.
- STEIN, Ulrich. *Die Strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 1988.
- WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. 11 Ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1969.