



Actio libera in causa a propósito de la incorporación del inciso 13 del artículo 170 del Código Penal: ¿resulta necesario su positivización?

Actio libera in causa regarding the incorporation of subparagraph 13 of
article 170 of the Penal Code: is it necessary to positivize it?

Milagros Patricia Podestá Rojas^[*]

Resumen: El artículo presenta la posición de autores nacionales e internacionales, así como de la jurisprudencia y la legislación comparada respecto a la positivización de la figura del *actio libera in causa* en el Código Penal peruano, ello a propósito de la incorporación de la agravante por estado de ebriedad del autor en el delito de violación sexual (inciso 13 del artículo 170 del Código Penal peruano) el cual es interpretado por los autores nacionales dentro de los alcances teóricos de la figura del *actio libera in causa*, por lo que, este trabajo tiene como objetivo recopilar la información doctrinaria, jurisprudencial, académica y legal nacional e internacional para responder a la siguiente interrogante: ¿resulta aplicable y necesaria la positivización del *actio libera in causa* en el sistema penal peruano?

Palabras clave: Violación sexual, estado de ebriedad, *actio libera in causa*, agravante.

[*] Abogada por la Universidad Peruana Los Andes; egresada de la Maestría con mención en Ciencias Penales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, especialista judicial del Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de la Selva Central (2021-2023). Defensora pública penal de imputados de la Dirección Distrital de Defensa Pública y Acceso a la Justicia de la Selva Central del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Correo electrónico: patriciapodestarojas@gmail.com

Abstrac: The article presents the position of national and international authors, as well as of the jurisprudence and comparative legislation regarding the positivization of the figure of the *actio libera in causa* in the peruvian penal code, regarding the incorporation of the aggravating circumstance due to state of drunkenness of the author in the crime of sexual violation (paragraph 13 of article 170 of the peruvian penal code) which is interpreted by the national authors within the theoretical scope of the figure of the *actio libera in causa*, therefore, this work has as the objective is to collect national and international doctrinal, jurisprudential, academic and legal information to answer the following question: is the positivization of the *actio libera in causa* applicable and necessary in the peruvian penal system?

Keywords

Rape, drunkenness, *actio libera in causa*, aggravating.

I. INTRODUCCIÓN

La figura del *actio libera in causa* se encuentra reconocida y tratada por diversos doctrinarios nacionales e internacionales, quienes expresan sus posturas a favor o en contra de su aplicación y positivización. Las posturas a favor de su aplicación se basan principalmente en el hecho de no dejar impune los delitos cometidos por personas que alteraron su conciencia de forma voluntaria, y las posiciones en contra, se dan mayormente por que consideran, a esta figura, como un poder punitivo abusivo.

En nuestro país, la Corte Suprema de Justicia de la República, en su jurisprudencia, no ha desarrollado a esta figura de forma amplia, ya que, dentro del legajo disponible en la web, solo existen tres resoluciones que tratan del tema de forma ligera, sin desarrollar sus alcances ni la posición doctrinaria adoptada. Asimismo, dentro del Código Penal, tampoco se aprecia alguna regla expresa que autorice su utilización, tal como sí lo desarrollan otros países. En consecuencia, tanto en el ámbito

jurisprudencial como legal, se desconocen los límites y alcances de esta figura dentro del sistema penal peruano.

El análisis de este tema es de importancia al momento de interpretar el inciso 13 del artículo 170 del Código Penal el cual fue incorporado el 4 de agosto de 2018 mediante Ley N.º 30838 cuando se considera como una agravante más: «Si el agente actúa en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas que pudiera alterar su conciencia» (Ley N.º 30838, 2018), hecho es reprimido con pena privativa de la libertad no menor de 20 ni mayor de 26 años.

Esta situación ha sido explicada por algunos autores nacionales, quienes consideran que aquello debe ser analizado bajo los alcances la figura del *actio libera in causa*, esto cuando autor del delito se halla colocado en estado de ebriedad de forma premeditada para provocar la exoneración de su responsabilidad de su actuar delictivo.

Por estas razones, este artículo tiene como objetivo recopilar la información doctrinaria, jurisprudencial y legal nacional e internacional necesaria a fin de responder a la siguiente interrogante: ¿resulta necesaria la positivización del *actio libera in causa* en el sistema penal peruano?

II. DOCTRINA NACIONAL RESPECTO A LA AGRAVANTE POR ESTADO DE EBRIEDAD DEL AUTOR DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL

La novedosa figura del *actio libera in causa*, nace implícitamente cuando se introdujo al Código Penal la agravante por estado de ebriedad del autor para el delito de violación sexual, conforme al inciso 13 del artículo 170 del mencionado cuerpo legal. Ante ello, esta autora en concordancia con algunos doctrinarios nacionales, tiene la postura de que dicha agravante debe ser interpretado bajo los alcances del *actio libera in causa*, ello a fin de que no sea contradictorio con lo ya dispuesto por el Código Penal en su parte general, cuando en su artículo 20 y 21 consideran al estado de ebriedad del autor como una eximente o atenuante de la responsabilidad penal.

Así las cosas, el doctrinario Arbulú (2018), considera que, el estado de ebriedad del autor es una atenuante de la responsabilidad penal, pues limita la capacidad de discernimiento del agente activo—por el uso de sustancias alucinógenas o alcohol—, entonces, la agravante incorporada mediante el inciso 13 al artículo 170 del Código Penal debe entenderse como que:

El legislador ha invertido esto y las coloca como agravantes por lo que una correcta interpretación es emplear la figura de la *actio libera in causa* por la que el sujeto activo para motivarse y cometer el hecho delictivo previamente consume sustancias que alteran y lo empujan a cometer la violación sexual. (p. 2010)

Por su parte, Salinas (2019), refiere que esta agravante se da cuando el autor en estado de ebriedad o drogadicción preordenado impone el acto sexual a la víctima, y que:

[...] se verificará la agravante cuando luego del análisis de alcoholemia correspondiente se determina que, al tiempo del acto sexual violento, el agente tenía en su sangre presencia de alcohol en proporción mayor de 0.5 gramos-litro. Asimismo, se verificará la calificante cuando luego de la prueba correspondiente se determina que, al tiempo del acto sexual no deseado por la víctima, el agente estaba bajo los efectos de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas que alteró su conciencia. Según la redacción de la agravante es irrelevante determinar si para realizar su acto criminal sexual violento previamente se puso en estado de ebriedad o drogadicción. (pp. 998 y 999)

Por su parte, Peña Cabrera (2020) considera que, generalmente, cuando el agente tiene su psique afectada gravemente, se encontraría dentro de los alcances de la

eximente de responsabilidad por la grave alteración de la conciencia, no obstante:

Se matiza la idea, en tanto la vigente doctrina de ya larga data, de la *actio libera in causa*, importa que la valoración del juicio de reproche de culpabilidad tome lugar un momento anterior a la comisión del hecho punible, en cuanto el agente se colocó consciente y/o conscientemente en un estado de inimputabilidad, por lo que el acto penal antijurídico, atribuible a su esfera de organización personal si resulta punible (p. 404).

En consecuencia, advertimos que Arbulú (2018) y Peña Cabrera (2020) consideran que la agravante por estado de ebriedad del autor debería ser interpretado mediante la figura del *actio libera in causa*, por su lado, Salinas (2019) refiere que la interpretación de la mencionada agravante debe ser realizada de forma literal, pues la redacción de la agravante no propone analizar si el agente se colocó o no en un estado de ebriedad o drogadicción para la comisión del mismo refiriéndose claramente a la figura del *actio libera in causa*.

III. DEFINICIÓN DEL ACTIO LIBERA IN CAUSA

Para poder definir a la figura del *actio libera in causa*, se debe tener en cuenta lo recopilado por el doctrinario Caro (2017) quien dentro de la inimputabilidad, refiere que:

Una grave alteración de la conciencia suficiente para eliminar la responsabilidad supone el no haber

tenido ni la conciencia ni el dominio de los propios impulsos y que no posee conciencia del propio acto, tampoco puede evocarlos (Exp. N.º 851-98-P/COT-Camaná, Texto completo: Armanza Zavala, La decisión, p. 120). (p. 76)

Entonces, el *actio libera in causa*, en palabras de Villavicencio (2016), se presenta como una situación en la que el agente se coloca en ese estado de inimputabilidad para delinquir y posteriormente invocar esta eximente de responsabilidad (p. 604), por ejemplo, y realizando una interpretación normativa, conforme a Álvarez (2017) se:

[...] admite la posibilidad de castigar al sujeto que ha provocado una situación de ebriedad con el fin de tener acceso carnal con una menor, debiendo ser el proceso penal el medio idóneo para demostrar que el sujeto se embriagó con el fin de perpetrar el acto sexual no querido (p. 118).

Asimismo, como lo menciona Perez (2016) el *actio libera in causa*, busca resolver los casos en los que un sujeto cometió una conducta ilegal en «estado de ausencia de libertad o de anormalidad motivacional, estado que con anterioridad el mismo ha provocado» (p. 40). En pocas palabras, como lo menciona Mezger (1958) el *actio libera in causa* es una acción «en la que el autor establece la causa decisiva en una situación de inimputabilidad y se desenvuelve luego de una situación de inimputabilidad. En estos casos, el autor se utiliza a sí mismo, por decirlo así, como instrumento» (p. 222).

Finalmente, es necesario tener en cuenta que esta figura pone en manifiesto dos tiempos: primero, que el sujeto provoque dolosa o imprudentemente su incapacidad de culpabilidad o acción, y segundo, que ataque el bien jurídico protegido en ese estado defectuoso. (Pérez J. , 2016, p. 41) Al respecto, como se mencionó, el *actio libera in causa* puede ser doloso o culposo lo cual se pasará a detallar a continuación.

3.1 Ámbito doloso del *actio libera in causa*.

En primer lugar, debemos comprender que los supuestos de *actio libera in causa* doloso no son muy frecuentes. (Mezger, 1958, pág. 222) (Roxin, 1987, pág. 27) El *actio libera in causa* doloso se da «cuando el autor origina dolosamente su propia incapacidad de culpabilidad (o la disminución de tal capacidad) (el delito doloso excluye la incapacidad de acción [...])» (Jescheck & Weigend, 2014, pág. 658).

Por ejemplo, cuando Roxin (1997)

[...] el marido se emborracha para dar una paliza a su mujer en estado de inimputabilidad (intención o propósito), o cuando al beber contara al menos con la posibilidad de que, tras producirse la inimputabilidad, pasaría a realizar actos violentos contra su mujer (*dolus eventuales*) (Roxin, 1997, pág. 852).

Es decir, que el *actio libera in causa* doloso se da cuando el agente se embriaga para animarse a cometer un delito, o cuando, pese a conocer el resultado probable de su embriaguez, no toma precauciones para

evitarlo (dolo eventual), pues, esta situación «es preordenada a la comisión del delito. Aquí se sitúa la autoría mediata al momento en el que el sujeto decide la privación de la conciencia» (Villavicencio, 2016, pág. 605).

3.2 Ámbito imprudente o culposo del *actio libera in causa*

El *actio libera in causa* imprudente, por su parte, se presenta cuando el autor origina «negligentemente su incapacidad de acción o de culpabilidad (o, en su caso, la disminución de esta última), si pudo haber contado con que esa situación realizaría el tipo de un concreto delito imprudente» (Jescheck & Weigend, 2014, pág. 659). , pues el agente «no reconoce y tampoco quiere esta conducta posterior, pero habría podido conocerla y preverla si hubiera tenido algún cuidado» (Villavicencio, 2016, p. 605).

Su fundamentación resulta más sencilla que el *actio libera in causa* culposo, porque no presenta peculiaridades estructurales frente a delitos imprudentes, «Pues la infracción del cuidado debido puede también preexistir ampliamente en los demás casos, siempre y cuando repercuta en la posterior realización del tipo» (Roxin, 1997, pág. 851).

Por ejemplo, esta situación se da:

[...] cuando el agente bebe alcohol sin prever que encontrándose en estado de incapacidad no podrá dirigir plenamente sus actos y conduce su vehículo provocando un accidente, asimismo, cuando el autor persiste en conducir su auto a pesar de sentir cansancio y tropella a un tercero, o en

el caso de que la madre conociendo su mal sueño, coloca a su hijo recién nacido en la cama, ahogándolo al darse vueltas en el lecho mientras duerme. (Pérez J. , 2016, págs. 40-41)

El *actio libera in causa* puede cometerse principalmente en omisiones culposas, por ejemplo, el guardavía que se embriaga y así omite realizar el cambio de turno; o como comisión culposa, por ejemplo, cuando el conductor del vehículo este ebrio y atropella a un obrero. (Mezger, 1958, pág. 222)

IV. TRATAMIENTO DEL *ACTIO LIBERA IN CAUSA* EN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

4.1 Casación N.º 1357-2017 Ancash de 26 de enero de 2018

Emitido en un proceso por violencia o resistencia a la autoridad, en la que el imputado presentaba 1.24 gr/l de alcohol en la sangre, acreditado además con el hecho que el procesado no pudo mantenerse de pie al momento de la intervención. Sobre, la figura del *actio libera in causa*, la Sala Suprema dejó por sentado que:

3.5 [...] quien bajo efectos del alcohol incurra en este delito tendrá una disminución del marco punitivo abstracto, ello presupone la existencia de dolo –cuando el sujeto activo sea aún consciente de su conducta o cuando, al no serlo, obró premeditadamente para colocarse en dicha situación y cometer el ilícito, figura conocida como *actio libera in causa*–.

Y que:

[...] i) no se pudo sostener que el sujeto activo era consciente de sus actos y ii) no se probó en el proceso que aquel se colocó en dicho estado premeditadamente para cometer el delito. Así, el Ad quem afirmó la inexistencia de dolo y, al faltar este, el elemento subjetivo del delito imputado no se presentó y el ilícito nunca se consumó. (Casación N.º 1357-2017 Ancash, 2018)

4.2 Recurso de Nulidad N.º 2794-2017 Lima Norte de 22 de febrero de 2018

Siendo lo relevante de dicha resolución, lo siguiente:

Undécimo. Así, con lo señalado precedentemente por el encausado, de haber cometido el ilícito bajo los efectos del alcohol y la droga, sustancias que habrían alterado gravemente su conciencia y percepción no valorando la gravedad de sus acciones y que configurarían el *actio libera in causa*. A dicha versión se contraponen lo señalado por la agraviada, quien vio al encausado con signos de drogadicción [con ojos rojos]; sin embargo, al momento de la sustracción de sus pertenencias el encausado presentaba signos de embriaguez relativa, por ello huyó del lugar de manera normal y pronunciaba bien las palabras –fojas ciento setenta y dos–. Por lo que, dichos argumentos no son de recibo. (Recurso de Nulidad N.º 2794-2017 Lima Norte. 2018)

Así, al existir declaraciones —del imputado y la agraviada— que se contraponen, es imposible determinar que el imputado se encuentre dentro de los alcances del *actio libera in causa* —conforme así lo indicó el abogado defensor en sus fundamentos—, pues, finalmente resolvieron no anular la condena por robo agravado que se le atribuía.

4.3 Recurso de Nulidad N.º 1053-2018 Huancavelica de 17 de julio de 2018

Dictado sobre el delito de parricidio en grado de tentativa, en donde un padre habría lesionado a su menor hijo con el cuchillo del cortaúñas. Por su parte, el procesado indicó que su intención era agraviar a la madre para llevarse a su menor hijo, encontrándose en estado de ebriedad, entonces la Sala analizó la figura del *actio libera in causa*, de la siguiente manera:

3.9 [...] El mencionado estado implicaría evaluar un supuesto de *actio libera in causa* en el que se habría colocado el procesado [...]. Sin embargo, en el expediente no obran declaraciones que manifiesten que el día de los hechos se hubiesen emborrachado deliberadamente con la finalidad de situarse en un estado de inimputabilidad. Asimismo, alegar el estado de ebriedad para situarse en tal eximente tampoco es propio, puesto que el reconocimiento en la planificación de los hechos tendientes a arrebatar al menor de los cuidados de su madre denota comprensión espacio-temporal y, por tanto, conciencia en los actos que realizan.

En ese sentido, no se considera relevante la ebriedad alegada en la ejecución del hecho. (Recurso de Nulidad N.º 1053-2018. Huancavelica. 2018)

4.4 Análisis de las resoluciones en conjunto

De las resoluciones previamente citadas, se puede colegir que, la Corte Suprema no brinda mayor aporte para la utilización del *actio libera in causa*, pues solamente detalla que, para comprender a un ebrio dentro de los alcances de la mencionada figura, aquel debió ponerse en ese estado de inimputabilidad, para lo cual se es necesario tener pruebas objetivas que denoten ello. Asimismo, indica que el solo hecho de estar ebrio no significa que se le considerará dentro de los alcances del *actio libera in causa*, ni tratarlo como un inimputable o disminuirle la responsabilidad.

La Corte Suprema no se ha detenido a analizar a profundidad esta figura, empero, eventualmente para poder invocarlo dentro de los casos judiciales, se requiere un previo análisis y consenso doctrinario sobre los alcances de esta, caso contrario, podríamos acarear conjeturas no acordes a nuestra realidad, lo cual provocaría caos, confusión e inseguridad jurídica en cuanto a la resolución de casos a nivel nacional.

V. ACTIO LIBERA IN CAUSA EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

En primer lugar, para poder analizar la legislación comparada respecto al *actio libera in causa*, debemos tener presente que «En el Derecho Penal peruano no existe una regla

expresa que autorice la sanción para estos casos» (Villavicencio, 2016, pág. 605).

5.1 España

La legislación española, contempla a la figura del *actio libera in causa* dentro de su Código Penal —específicamente en el artículo 20.1—, el cual regula que:

1. [...] El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer un delito o hubiera previsto o debido prever su comisión. (Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes de España, 2019).

De lo cual, observamos que, en palabras de Pérez (2016) «el legislador español mantiene un esquema legal conforme al cual la cuestión de si el autor posee o no la capacidad suficiente para ser considerado culpable viene referida al momento de la comisión del hecho [...]» (pp.46-47). Asimismo, la jurisprudencia española, no tiene dudas al momento de aplicar el *actio libera in causa*, y que solo en los casos en que la embriaguez no fue buscada para delinquir se aplicaría el *actio libera in causa* culposo. (p. 49)

5.2 Alemania

Por su parte, el Código Penal alemán (Strafgesetzbuch - StGB), conforme lo refiere Pérez (2016):

[...] legisla los delitos cometidos en estado de embriaguez; el parágrafo 323 a) StGB¹ reprime con pena hasta 5 años de prisión o multa al que se embriaga dolosa o imprudentemente con alcohol u otras sustancias y en ese estado comete un hecho antijurídico, siempre que no se le pueda castigar al agente por el delito ejecutado debido a que como consecuencia de la embriaguez sea inculpable. (p. 46)

Además, la regla general en este código es que una concentración de alcohol en la sangre mayor a 2% produce la disminución de la culpabilidad del agente, empero, Jescheck & Weigend (2014) refieren que esta «embriaguez culpablemente inducida no es considerada como causa de atenuación de la pena [...] sin embargo, se alzan considerables objeciones en contra de un tratamiento esquematizador que desatiende los elementos internos y externos del acontecimiento [...]» (p. 660).

Por su parte, el Tribunal alemán;

[...] afirma que la tipicidad culposa se realiza en función de los principios generales de la culpa sin necesidad de recurrir a la *actio libera in causa*, lo

¹ Strafgesetzbuch (StGB)
§ 323a Vollrausch

(1) Wer sich vorsätzlich oder fahrlässig durch alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel in einen Rausch versetzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn er in diesem Zustand eine rechtswidrige Tat begeht und ihretwegen nicht bestraft werden kann, weil er infolge des Rausches schuldunfähig war oder weil dies nicht auszuschließen ist.

(2) Die Strafe darf nicht schwerer sein als die Strafe, die für die im Rausch begangene Tat angedroht ist.

(3) Die Tat wird nur auf Antrag, mit Ermächtigung oder auf Strafverlangen verfolgt, wenn die Rauschtat nur auf Antrag, mit Ermächtigung oder auf Strafverlangen verfolgt werden könnte. (Véase en https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_323a.html consultado el 27 de setiembre de 2024)

que hubiera podido significar el fin de la teoría de la *actio libera in causa* en Alemania; si en un criterio distinto al antes expuesto, el mismo colegiado no se habría pronunciado a favor del mantenimiento de este instituto. (Pérez. 2016, p. 49)

Como se observa, Alemania, creó un delito para aquellas personas que se coloquen en estado de ebriedad para cometer otro ilícito, es decir que, no lo sancionan por el delito cometido, sino por la puesta en ebriedad para cometerlo.

5.3 Paraguay

Ahora bien, del artículo «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» se aprecia que el *actio libera in causa* no fue fundamentado en la literatura ni en la jurisprudencia de dicho país, pues solamente se aprecia que el artículo 23 (del Código paraguayo) establece que aquél que tenga una grave perturbación de la conciencia está exento de pena (Cañete, 2016).

5.4 Argentina

Terragni (1981), nos relata que, en el Proyecto de 1960 de Argentina, se establecía en el artículo 17 que:

Cuando el agente hubiere llegado voluntariamente al estado de grave perturbación de la conciencia [...] mediante el uso de bebidas alcohólicas, sustancias estupefacientes u otros medios similares, se observarán las siguientes reglas: a) Si el agente se hubiere

puesto en dicho estado con miras a la comisión del hecho o asintiendo a la concreta posibilidad de cometerlo, el delito será considerado doloso, y no habrá lugar a exclusión de pena ni a disminución de la escala penal correspondiente; [...]. (p. 139)

Pues, no importaba que el agente se encontrara con alteración de la conciencia, ya que, cuando se había colocado en estado de inimputable para cometer un ilícito aquel iba a ser tomado como doloso.

Actualmente, el Código Penal argentino, ya no regula dicho extremo, pues solamente se tiene al artículo 34 que establece que:

No son punibles:

1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones. [...] (Ministerio de Justicia y Derecho Humano argentino, 2020)

5.5 Colombia

En el inciso segundo del artículo 33 Código Penal colombiano (Ley N.º 599 de 2000), se dispuso que: «No será inimputable el agente que hubiere preordenado su trastorno mental». (Secretaría General del Senado colombiano, 2020)

Al respecto, Araque Moreno en su artículo «Consideraciones sobre *la actio libera*

in causa», comenta que aquella norma se dio sin el análisis debido porque es una copia fiel de un Proyecto de Ley postulado por otro fiscal de la Nación, del cual no existen memorias de los debates llevado, lo que pone en manifiesto el desconocimiento del legislador de acudir al elemento histórico de interpretación. Además, que este artículo limita su aplicación solo a los casos de trastornos mentales y no abarca a todas las causales de irresponsabilidad que admitan ser preordenadas, las cuales deberán ser resueltas por sus propias reglas, finalmente, este artículo no contempla al *actio libera in causa* culposo, como sí lo hacía el Código de 1980. (Araque, 2003)

5.6 Italia

En el Código Penal italiano, se prevé en su artículo 87, de acuerdo a lo expresado por Cáseres (2019) que «Las disposiciones de la primera parte del art. 85 no se aplican a quien se haya colocado en estado de incapacidad de entender o de querer con el fin de cometer el delito o de prepararse una excusa» (p. 47).

5.7 Costa Rica

En el Código Penal costarricense, se aprecia que el artículo 44 establece que: «Cuando el agente haya provocado la perturbación de la conciencia a que se refieren los artículos anteriores, responderá del hecho cometido por el dolo o culpa en que se hallare en el momento de colocarse en tal estado [...]» (Cáseres, 2019, p. 50).

Cáseres (2019), reflexiona que el artículo citado, considera dos anulaciones a los principios generales:

(1) El artículo 44, en los términos que ha sido citado, nos hace advertir que mediante aquel se adelantan injustificadamente los fines de protección del bien jurídico a una etapa previa a su agresión. (...) (2) Por otro lado, el artículo 44 del Código Penal costarricense también implica una excepción al principio general de la culpabilidad. (Cáseres, 2019, p. 50)

VI. POSICIONES A FAVOR DE LA APLICACIÓN DEL ACTIO LIBERA IN CAUSA

Antes de analizar las posiciones a favor de la aplicación del *actio libera in causa*, es necesario conocer que, a fin de dar soluciones a los casos en los que se presentaba esta figura surgieron dos modelos: el de excepción y el de tipo.

El primero, conforme a lo analizado por Villavicencio (2016):

[...] se orienta por el momento de la ejecución del delito en estado de incapacidad, pero enfrenta un obstáculo insalvable, que es el de justificar la emisión de un juicio de responsabilidad personal sobre una persona que en aquel momento era incapaz de motivarse de conformidad con la norma. (p. 604)

Por otro lado, el modelo del tipo «pretende anticipar el inicio de la ejecución del delito a una fase en la que no se puede demostrar empíricamente cualquier peligro o lesión al bien jurídico» (Villavicencio, 2016, p. 605). Ahora bien, luego de este preámbulo,

pasaremos a desarrollar las principales posiciones, de los doctrinarios, que se encuentran a favor de aplicar esta figura en el derecho penal.

El profesor Villavicencio (2016), dentro de sus consideraciones, indicó que el *actio libera in causa*, puede ser tratado como una autoría inmediata, porque el sujeto se utiliza a sí mismo para cometer el delito y habría abusado deliberadamente de su libertad individual, lo que generó la inimputabilidad por ebriedad. (p. 605)

Jakobs (1997), expresa que: «El propio autor puede convertirse a sí mismo, como autor mediato, en instrumento, colocándose en una situación que excluya la imputabilidad, y en la que meterá un hecho previamente conocido o cognoscible como antijurídico» (p. 611). «detallando más adelante que, en caso de tentativa, aquella se regiría como tentativa en autoría mediata «es decir, habrá tentativa acabada con la ejecución del último acto necesario para ocasionar la inimputabilidad» (p. 614).

En ese mismo sentido, se pronuncia Roxin (1997) al indicar que:

[...] la tentativa comienza en la a.l.i.c. con la colocación de la propia persona en estado de inimputabilidad: el sujeto se convierte en su propio instrumento irresponsable y, a partir de la producción de la inimputabilidad, no tiene ya en sus manos el ulterior acontecer. (p. 853)

En contraposición a esta concepción esta Alonso (1989), cuando menciona el *actio libera in causa* no podría estar sometida a los

mismos límites que la autoría mediante, porque dada la identidad personal se puede admitir esta figura en los delitos de propia mano a diferencia de la autoría mediata; además, que solo podría ser paralelo al *actio libera in causa* doloso ya que no cabe una autoría mediata en un delito culposo, por lo que este extremo no quedaría respondido. (p. 65)

Ahora bien, recordando lo explicado a inicios de este apartado, hablaremos del criterio de Roxin (1997), quien considera que el modelo del tipo es la que, a pesar de tener dificultades, aquellas son superables, teniendo en consideración que:

Una consecuencia necesaria del modelo del tipo es el dolo (es decir, al menos el *dolus eventualis*) del sujeto ha de dirigirse no sólo a la producción del resultado, sino también al hecho de colocarse a uno mismo en estado de inimputabilidad. (p. 851)

Por su parte, Pérez (2016), considera que «En nuestro país, un sector mayoritario de la doctrina está de acuerdo con la aplicación de la *actio libera in causa* a nuestra realidad, sobre todo en el caso regulado por el inciso primero del artículo 20 del Código Penal [...]» (p. 47).

Por otro lado, Jescheck & Weigend (2014) consideran que el autor resulta responsable por su incapacidad dolosamente producida, como medio para iniciar con la ejecución de la acción típica, por lo que considera que existe un doble dolo:

[...] como portador del desvalor de la acción y de la actitud interna respecto

al hecho. Pero, no obstante, se trata de una excepción a la regla general de que la incapacidad de culpabilidad “en la comisión del hecho” conduce a la impunidad, pues en la *actio libera in causa*, a pesar de la presencia de esa ineptitud en tal momento, tiene lugar la punibilidad del hecho. (p. 659)

Esta situación no es admitida por Padilla Alba, pues al comentar la legislación española, indica que el *actio libera in causa*:

[...] no implica la existencia de dos dolos en la acción precedente pues, en rigor, el dolo penal sólo puede ser uno —por eso hablo de tesis de un único dolo—, el dirigido a cometer la posterior infracción penal, que es además la única exigencia que el número primero (anomalía y alteración psíquica) y segundo (estado de intoxicación plena) del art. 20 demandan para aplicar la exención completa de responsabilidad criminal. (Padilla, 2001)

Peña Cabrera (2017), por su parte, considera que la alteración de la conciencia puede ser utilizado como eximente de responsabilidad, siempre que no se haya utilizado con el propósito de cometer un ilícito, o se haya previsto o podido prever su comisión. Además, existe una embriaguez preordenada destinada a delinquir, es decir, es aquella que se provoca para cometer un ilícito, entonces, el *actio libera in causa*, debe ser admitida en nuestra legislación a partir de criterios desprendidos de la imputación delictiva, lo cual no constituye una vulneración a los principios de legalidad y

reproche personal, ya que la ausencia de valoración devendría en impunidad y decaimiento de los fines preventivos de la pena, porque resultaría insatisfactorio que estas personas se vean favorecidas con una atenuante de pena. (pp. 904, 906 y 907)

Por su parte, Terragni (1981) indica que, si considera que el origen del hecho estaría al momento del consumo de alcohol y que la causa es la puesta del individuo en estado de inimputabilidad, el *actio libera in causa* contrae un problema de causalidad, empero no se puede forzar que el momento del hecho sea todo el periodo desde el consumo del alcohol hasta el acto delictivo, ya que la simple embriaguez no es ilícita y se desconoce la actuación posterior del ebrio. Sin embargo la solución la encuentra en el artículo 17 del Proyecto de 1960 argentino, citado precedentemente, el cual considera que si el agente se colocó en estado de inimputabilidad previo a cometer el delito, aquel (delito) será considerado como doloso y no se excluirá la pena, y si fuera por negligencia se le aplicará la atenuación respectiva. (pp. 138-139)

Vilavila Ticoná, en su artículo «La *actio libera in causa* como Fundamento de punibilidad» concluye que el efecto del *actio libera in causa* es retrotraer la reprochabilidad cuando se manifestó la voluntad, y que el estado mental del agente es indiferente para la imposición de la pena; además, considera que resulta político-criminalmente insatisfactorio favorecer con una atenuación o exención de la pena a los agentes que perpetren el delito bajo la influencia de alcohol o droga, y, finalmente, concluye indicando que es racional que no

quede impune la conducta criminal de quien se preordenó a delinquir y se puso en estado de inimputabilidad. (Vilavila, 2013)

VII. POSICIONES EN CONTRA DE LA APLICACIÓN DEL ACTIO LIBERA IN CAUSA

Villavicencio (2016) nos relata que, para algunos, el *actio libera in causa* afecta las garantías del principio de culpabilidad, además que no resultaría fácil la construcción de la parte subjetiva del tipo, ya que «quien se encuentra en un estado de inconciencia mal puede construir en su mente una actitud dolosa o imprudente respecto de algo» (p. 604).

En esa misma línea se pronuncia Roxin (1997) cuando indica que si se tomara en cuenta el modelo de excepción, —recordando que Roxin está orientado al modelo del tipo— el sujeto sería imputable durante la comisión de los hechos y se le estaría castigando por una conducta desplegada durante un estado de ebriedad, es decir, inimputable. Además agrega que este modelo:

Atenta contra el principio *nullum crimen sine lege* [...] además contra el principio de culpabilidad, pues si se prescinde de la conexión causal de la conducta previa con el resultado como base de la imputación, el dolo y la imprudencia pierde su relación con el hecho y no pueden fundamentar un reproche de culpabilidad por el hecho; flotan entonces en el aire como puras actitudes internas y disposiciones incorrectas. (pp. 850-851)

Así también lo menciona Alonso (1989), al sostener que:

La actio libera in causa implica, por consiguiente, de acuerdo con el criterio aquí sostenido, una desviación del principio de culpabilidad y, en su caso, del principio *nullum crimen sine actione* (p. 59).

Además, se debe tener en consideración que, de acuerdo a lo analizado por Joachim (2001) «Una solución de la excepción no expresamente prevista en la ley, implica una clara violación del principio *Nullum crimene sine lege*» (p. 68).

Para Pérez (2016), nuestra realidad peruana rechaza la aplicación del *actio libera in causa*, pues considera requisitos no establecidos en la ley y exige que la culpabilidad se remonte en los orígenes del estado pasional, cuando la norma exige que aquella concurriese en el momento de la comisión del ilícito (artículo 9 del Código Penal), considerando que vulneraría el principio del *nullum crimen sine lege* y la ampliación del momento temporal de la comisión del hecho quebraría el principio de culpabilidad y provocaría peligro para la seguridad jurídica. (p. 50)

Finalmente, Dimock en su artículo «*Actio libera in causa*» admite la posición de que, si los delitos requieren un acto voluntario (acto real), los que actúan involuntariamente, en consecuencia, no pueden satisfacer los elementos de su conducta; por ejemplo, si se tratase de un ebrio incapaz de satisfacer el elemento de conducta del *actus reus* (acto culpable), y, es más, ningún acto satisface el concepto de

tener relaciones sexuales como requiere el *acto reus* de dicho delito, en consecuencia su actuación involuntaria no cumple con la voluntad requerida para los delitos. (Dimock, 2013),

VIII. POSITIVIZACIÓN DEL *ACTIO LIBERA IN CAUSA* EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO.

Guevara (2018), en la tesis «Fundamento de la punición de la *actio libera in causa* en el derecho penal peruano» se aprecia que realiza la siguiente distinción en una de sus conclusiones:

A diferencia de lo sucedido en el artículo 20 del Código Penal español, en el artículo 20 del Código Penal peruano parece no estar actualizado con la realidad de los uno de los países que tiene mayor influencia tanto en el campo dogmático como académico, ello en la medida que no se regula una excepción para no aplicar la exención de responsabilidad penal cuando el sujeto dolosa o culposamente se motiva a un estado de inimputabilidad. (p. 137)

Perez O. (2016) en su tesis titulada «La *actio libera in causa* aplicado en la Corte Superior de Lima el año 2014 y su impacto en el derecho penal», considera que cada hecho debe ser analizado de forma particular teniendo en cuenta las circunstancias concretas, pues:

[...] si el autor antes de embriagarse planeó violar a una determinada mujer, pero una vez embriagado violó a una mujer completamente

diferente, por regla general no puede considerarse que quiso o aceptó la violación que a la postre realmente cometió. En tal caso, el autor, al no coincidir plan y ejecución, por regla general no puede ser condenado por un delito de violación [...]. (p. 72)

Asimismo, considera, que el Código Penal al no regular la aplicación del *actio libera in causa*, a su juicio, esto debería ser fundamentado en la jurisprudencia, empero, sin perjuicio de que aquello sea incluido en el Código Penal al igual que ha sucedido con la comisión por omisión. (Pérez O. , 2016, pp. vi y v)

Esta falta de regulación también se da en el Código Penal de Paraguay, pues en su artículo 23 se establece que aquél que tenga una grave perturbación de la conciencia está exento de pena, empero, para Cañete, «Debería incluirse [...] 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» (Cañete, 2016).

En ese mismo sentido se pronuncia Reynaldi (2008), cuando indica que:

Mientras no se legisle expresamente la estructura de la alic, tal como el caso español, no se puede en absoluto optar por una teoría de la sanción, sin desnaturalizar el sistema penal, vulnerando los principios que constituyen su eje funcional y normativo. Sin embargo, consideramos que no se debería

sancionar de un modo tan genérico esta figura, tal como lo ha hecho el código penal español, sino únicamente determinados casos, debiendo excluirse los relativos a la ausencia de imputabilidad y algunos relativos a los de acción [...]. (p. 21)

Asimismo, para Pérez J. (2016) López, no es posible sostener al *actio libera in causa* doloso o culposo, sin una disposición legal que establezca esa excepción dentro de la parte general del Código Penal, ya que «otra interpretación constituiría una inadmisibles ampliación *contra legem* de la punibilidad y, por ende, una lesión al principio de legalidad penal». (p. 51)

Además, conforme lo dijo el profesor Peña Cabrera (2017):

Nuestra realidad criminológica revela que los delincuentes más avezados acostumbran a drogarse o a ingerir determinadas dosis de alcohol, a fin de acometer a sus víctimas con mayor frialdad, o en todo caso, existen otros que necesitan ingerir esta clase de sustancias para adquirir valor en la plasmación de su proceder criminal. (p. 904)

Por su parte, Castillo (2015), considera que:

[...] la única forma correcta de enfocar el problema de la alic dolosa es regulándola legislativamente. Es el legislador quien debe establecer como punible la «*actio praecedens*» y la excepción que representa, para la alic, el principio de coincidencia entre el

momento de la acción y la imputabilidad. (p. 113)

IX. CONCLUSIONES

Como hemos podido apreciar, la figura del *actio libera in causa* trae consigo una diversidad de posiciones contrapuestas, empero, enfocándonos en nuestra realidad nacional, la Corte Suprema utiliza esta figura sin que exista una norma expresa que le faculte, lo cual generaría la vulneración del principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*), por ello considero que, si ni la jurisprudencia, ni los acuerdos plenarios han fundamentado el *actio libera in causa*, es necesario que se implemente un artículo que regule esta figura dentro del Código Penal, más si se considera que esta omisión y la aplicación de la eximente o atenuante de responsabilidad por inimputabilidad o la disminución de esta de forma preordenada resultaría insatisfactorio.

A partir de ello, el *actio libera in causa*, debería implementarse en nuestro ordenamiento jurídico procurando no vulnerar el principio de legalidad y reproche personal, teniendo en cuenta el momento de la comisión del ilícito (artículo 9 del Código Penal) y el dolo requerido con el que se actuó para cometer el ilícito penal.

Por ello, considero que la posición alemana es la más acertada, por resultar completa y mejor estructurada. Como se estudió, en el Código Penal alemán se consideró como un delito el acto de colocarse en estado de ebriedad para cometer un ilícito, pues sancionaron el hecho de que con dolo planearan la comisión del delito en estado de inimputabilidad, siempre que no sea posible

sancionar al agente por el ilícito cometido por no encontrar en ello la conciencia y voluntad, dicha pena no puede superar la sanción por la vulneración del bien jurídico protegido. En ese sentido, debemos considerar que existen dos tiempos: el primer es la puesta en estado de ebriedad para cometer el ilícito y la segunda es la comisión del delito en ese estado de inimputabilidad.

Por lo que, la propuesta versaría en:

1) Considerar como delito el acto de colocarse en estado de ebriedad para cometer un ilícito penal premeditado —para ello, el plan de embriagarse debe coincidir con la ejecución dada—; y 2) sancionar por el delito planeado teniendo en cuenta los artículos 20 y 21 del Código Penal, —atenuar la pena o eximir de responsabilidad de acuerdo al periodo de embriaguez o drogadicción que se encuentre el agente activo—. Entonces, cuando una persona se coloque en estado de ebriedad para cometer un ilícito sería sancionado por dicha acción, además de ser sancionado por el delito cometido, lo cual no constituiría una doble sanción por un mismo hecho, pues, como ya lo he explicado, el *actio libera in causa* tiene dos momentos, el primero es la puesta en ebriedad para cometer el ilícito y el segundo es la comisión del ilícito en sí.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aloso, M. (1989). La acción «libera in causa». *Dialnet*, 55-107. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46340.pdf>

Álvarez, V. (2017). *La culpabilidad jurídico penal y la actio libera in causa*. Perú: Pontificie Universidad Católica del

Perú. Obtenido de https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/Record/PUCP_fd96d513d57045190b4832d4d8c412f5

Araque, D. (2003). Consideraciones sobre la actio libera in causa. *Dialnet*. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3823130.pdf>

Arbulú, V. (2018). *Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra la libertad e indemnidad sexual y otros*. Lima: Instituto Pacífico.

Cañete, C. (2016). 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. *Revista de la Facultad de Derecho*(40). Obtenido de http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2301-06652016000100005&lang=es

Caro, J. (2017). *Summa Penal*. Lima: Nomos & thesis.

Casación N.º 1357-2017 Ancash (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República 26 de Enero de 2018).

Cáseres, H. (2019). Análisis crítico del efecto psicoactivo diferencial del consumo de las drogas (Cocaína, Marihuana, L.S.D) en el comportamiento humano y su influencia en la Actio Libera in Causa, en el ámbito jurídico costarricense. *Universidad de Costa Rica*. Obtenido de <http://repositorio.sibdi.ucr.ac.cr:8080>

- /jspui/bitstream/123456789/9070/1/44054.pdf
- Castillo, F. (2015). Principio de culpabilidad y actio libera in causa. En defensa de su regulación legislativa. *Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes*. Obtenido de <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc7s9j7>
- Dimock, S. (2013). Actio libera in causa. *Criminal Law and Philosophy*, 549-569. doi:10.1007/s11572-013-9245-6
- Guevara, J. (2018). *Fundamento de la punición de la actio libera in causa en el derecho penal peruano*. Lambayeque - Perú: Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Obtenido de https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/Record/UPRG_df86ca838ae746b799820994154ced1f
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A.
- Jescheck, H., & Weigend, T. (2014). *Tratado de derecho penal. Parte General*. Perú: Instituto Pacífico.
- Joachim, H. (2001). Acerca de la actio libera in causa. *Dialnet*, 67-75. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=196246>
- Ley N.º 30838, Ley que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal para fortalecer la prevención y sanción de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual (4 de Agosto de 2018).
- Mezger, E. (1958). *Derecho Penal*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina.
- Ministerio de Justicia y Derecho Humano argentino. (9 de Setiembre de 2020). *Código Penal de la Nación Argentina*. Obtenido de InfoLEG: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>
- Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes de España. (2019). *Código Penal y legislación complementaria*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Obtenido de https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&tipo=C&modo=2
- Padilla, E. (2001). Algunas observaciones sobre la doctrina de la actio libera in causa en el derecho penal español. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Obtenido de <https://core.ac.uk/reader/16031528>
- Peña Cabrera, A. (2017). *Derecho Penal Parte General* (Sexta ed.). Lima: Idemsa.
- Peña Cabrera, A. (2020). *Los delitos sexuales y el acoso sexual*. Lima: Ediciones Legales.
- Pérez, J. (2016). *Las 15 eximentes de responsabilidad penal. Exhaustivo análisis doctrinario y jurisprudencial*. Lima: Gaceta Jurídica.

- Pérez, O. (2016). *La actio libera in causa aplicado en la Corte Superior de Lima el año 2014 y su impacto en el derecho penal*. Huánuco - Perú: Universidad Nacional Hermilio Valdizán. Obtenido de https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/Record/UNHE_e7e8730f057dfa38673c352a2625419f
- Recurso de Nulidad N.º 1053-2018 Huancavelica (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República 17 de Julio de 2018).
- Recurso de Nulidad N.º 2794-2017 Lima Norte (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República 22 de Febrero de 2018).
- Reynaldi, R. (2008). La doctrina de la actio libera in causa y su aplicación en el derecho penal peruano. *perso.unifr.ch*. Obtenido de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_91.pdf
- Rimarachin, R. (2018). *La ebriedad absoluta como causa de exclusión de la culpabilidad*. Perú: Universidad Católica Santo Toribio. Obtenido de https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/Record/USAT_25cda76cc219e319565566dc29a967f3/Description#tabnav
- Roxin, C. (1987). Observaciones sobre la "actio libera in causa". *Dialnet*, 21-37. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46318.pdf>
- Roxín, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas.
- Salinas, R. (2019). *Derecho Penal. Parte Especial (Vol. 2)*. Lima: IUSTITIA.
- Secretaría General del Senado colombiano. (9 de Setiembre de 2020). *Congreso de la República de Colombia*. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html
- Terragni, M. (1981). *Culpabilidad penal y responsabilidad civil*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Vilavila, L. (2013). La actio libera in causa como fundamento de punibilidad. *Universidad Nacional del Altiplano*. Obtenido de <https://portal.unap.edu.pe/?q=la-actio-libera-causa-como-fundamento-de-punibilidad>
- Villavicencio, F. (2016). *Derecho Penal parte general*. Lima: GRILEY.