

¿PUEDE SERVIR LA DOCTRINA DE LA AMPLIACIÓN COMO TEORÍA GENERAL DE LA PROVOCACIÓN DE EXIMENTES?

Dr. Juan Pablo MONTIEL*

Fecha de recepción: 19 de marzo de 2017

Fecha de aprobación: 23 de mayo de 2017

Resumen

En los últimos años se ha reflatado con cierta intensidad la discusión en torno a los fundamentos del castigo de la actio libera in causa. Esta discusión se enmarca dentro de los modelos de la tipicidad y de la excepción, perdiendo de vista los aportes formulados por un sector de la opinión -encabezado por Franz Streng- bajo el rótulo del modelo de la ampliación. El artículo caracteriza a esta doctrina, especialmente a la luz de los últimos impulsos recibidos para presentarse como modelo general para castigar casos de provocación de defectos de responsabilidad penal. El trabajo mostrará algunas limitaciones del modelo de la ampliación y sugiere al mismo tiempo los lineamientos generales de un modelo explicativo de la actio libera in causa.

Palabras clave: Actio libera in causa – Teoría de la ampliación – Provocación de eximentes – Teoría de las normas

Title: Can the theory of extension be a general theory of provocation?

Abstract

In recent years the debate over the foundations of punishment in the so called *actio libera in causa* cases has been renewed. This debate has been restricted to the dispute between the theory of wrongfulness and the theory of the exception and this dispute did not take into account the

* Doctor en Derecho (Universitat Pompeu Fabra). Coordinador General de CRIMINT. Director de la Escuela de Capacitación del Ministerio Público de la Acusación de Jujuy (Argentina). Contacto: jpmontiel@crimint.com.ar. Quiero expresar mi agradecimiento a Nicolás Ayestarán (Universidad Nacional de San Juan, Argentina) por su detallada y minuciosa colaboración en la edición del presente texto.

contributions of authors like Franz Streng to the alternative theory of extension. In this article I will define the latter theory with a particular emphasis on the recent attempts to present this theory as a general model to justify punishment in cases of provocation of excuses. I will also show some limitations of the theory of extension and present the general foundations of an explanatory model of the *actio libera in causa*.

Keywords: Actio libera in causa – Theory of extension – Provocation of excuses – General theory of norms

Sumario

I. Introducción; II. Modelo de la ampliación y principio de identidad en la imputación; a) ¿Un modelo general para toda la constelación del *Vorverschulden*?; b) ¿Cuál es el alcance del principio de coincidencia?; c) ¿Modelo de la ampliación sin principio de referencia?; III. *Vorverschulden* como lesión de deberes subsidiarios: bosquejo de una teoría general; a) ¿Por qué no una lesión de incumbencias?; b) Los deberes subsidiarios como reglas de conducta, independientes de los deberes primarios; IV. Palabras finales; V. Bibliografía.

I. Introducción

Es posible observar en diferentes trabajos monográficos y artículos aparecidos en los últimos quince años en nuestra lengua, en inglés y en alemán, un creciente interés en la casuística de la provocación de defectos de responsabilidad.¹ En mi opinión, la característica más marcada de esta tendencia es el claro acercamiento al modelo de la excepción, ya sea abrazando abiertamente la

¹ Cfr. entre muchos otros, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, Buenos Aires, BdeF, 2008, p. 532 ss.; ÍDEM, *La libertad en Derecho penal*, Barcelona, Atelier, 2014, p. 73 ss, 119 ss, y 139 ss.; MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, Baden-Baden, Nomos, 2009, pp. 67 ss.; ÍDEM, *Norma, causalidad y acción*, Madrid, Marcial Pons, 2014, pp. 140 ss.; CÓRDOBA, *La evitabilidad del error de prohibición*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 149 ss.; FINKELSTEIN, “Involuntary Crimes, Voluntarily Committed” en SHUTE/SIMESTER (eds.), *Criminal Law Theory: doctrines of the General Part*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 143 ss.; FINKELSTEIN/KATZ, “Contrived Defenses and Deterrent Threats: Two Facets of One Problem” en *Ohio State Journal of Criminal Law*, n.º 5, 2008, pp. 479 ss.; CHRISTOPHER, “The Contrived Defense and Deterrent Threat Doctrines: A Reply to Professors Finkelstein & Katz” en *Criminal Law and Philosophy*, n.º 7, 2013, pp. 629 ss.; DIMOCK, “Actio Libera in Causa” en *Criminal Law and Philosophy*, vol. 7, n.º 3, 2013, pp. 549 ss.; RUDOLPH, *Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 2006, pp. 78 ss.; HAAS, “Die Zurechnung zur Schuld bei Affekttaten”, en AMELUNG/GÜNTHER/KÜHNE (eds.), *FS-Krey*, pp. 117 ss.; KINDHÄUSER, “Zur Funktion von Sorgfaltnormen”, en HEFENDEHL/HÖRNLE/GRECO (eds.), *FS-Schünemann*, pp. 143 ss.; STRENG, “Wie weit reicht das Koinzidenzprinzip? Aspekte des Zusammenhangs von Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld”, en FAHL/MÜLLER/SATZGER/SWOBODA (eds.), *FS-Beulke*, 2015, pp. 313 ss.

noción de la imputación extraordinaria² o bien acudiendo principalmente a la noción de la “infracción de incumbencias” como expresión de deslealtad hacia el derecho.³ Sin que con ello el modelo de la excepción haya desplazado al de la tipicidad como doctrina dominante,⁴ cabe destacar que esta nueva tendencia ha contribuido a popularizar las ideas defendidas originariamente por HRUSCHKA.⁵ Con ello, en la actual teoría del delito son conocidos los principales lineamientos de dos de los principales modelos de atribución de responsabilidad en casos de *actio libera in causa* (*alic*) —el modelo de la excepción y el de la tipicidad—, mientras que todavía aparece escasamente profundizado un tercer modelo, el de la *ampliación*, presentado por STRENG, pero seguido también por otros distinguidos científicos.⁶

Que el modelo de la ampliación haya gozado de un espacio exiguo en la literatura especializada, justifica *per se* que estas páginas estén destinadas a analizarlo críticamente. Pero, además, el interés adicional que presenta tomar este objeto de estudio radica en los alcances que su principal defensor pretende darle actualmente al modelo de la ampliación, erigiéndolo como una teoría general, válida para justificar la pena en todos los casos en que el autor es responsable del defecto que impide el castigo de su delito. Ello explica que incluso en la literatura vernácula algunas comprensiones de la *actio illicita in causa*, por ejemplo, se sustenten implícitamente en las premisas del modelo de la ampliación.⁷

² Entre otros, MAÑALICH, *supra* nota 1, 2009, pp. 67 ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ, *supra* nota 1, 2008, pp. 532 ss.; RUDOLPH, *supra* nota 1, pp. 78 ss.

³ PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, pp. 302 ss., 34 ss.; ÍDEM, *Person, Subjekt, Bürger*, Berlín, Duncker & Humblot, 2004, pp. 82 ss.

⁴ Para una caracterización sintética del modelo de la tipicidad, cfr. STRENG, “El principio de legalidad en el ámbito de la decisión sobre la capacidad de culpabilidad” en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 269 ss.

⁵ Vale agregar que incluso en la literatura angloparlante se observa un creciente interés en el modelo de la excepción, aunque describiéndolo de manera inexacta, cfr. FINKELSTEIN/KATZ, *supra* nota 1.

⁶ SPENDEL, “Actio libera in causa und kein Ende” en *FS-Hirsch*, Berlín/New York, Walter de Gruyter, p. 380; ÍDEM, “Actio libera in causa und Verkehrsstraftaten” en *JR*, vol. 4, 1997, p. 134; HERZBERG, “Gedanken zur actio libera in causa: Straffrei Deliktsvorbereitung als ‘Begehung der Tat’ (§§ 16, 20, 34 StGB)?” en *FS-Spendel*, Berlín/New York, Walter de Gruyter, 1992, p. 206, nota 10.

⁷ Cfr. PERALTA, “Acerca de la función de las escalas penales, las consecuencias de una contradicción normativa y la responsabilidad en virtud de la actio illicita in causa” en *Discusiones*, n.º IX, 2010, pp. 148 ss., especialmente p. 152. De todos modos, en este trabajo se combinan algunos razonamientos propios de la doctrina de la tipicidad que dificultan la comprensión acabada de su explicación.

Las siguientes páginas tomarán como punto de partida el modelo de la ampliación y a partir de allí intentaré demostrar de qué manera cobra relevancia distinguir entre la infracción de deberes y de incumbencias, incluso cuando se trata de una distinción extraña a este modelo. En la parte introductoria del trabajo (II) expondré los argumentos centrales de STRENG y destacaré algunos de los problemas que, a mi modo de ver, afloran cuando se pretende flexibilizar el principio de coincidencia y se desconoce el de referencia. Que el presente estudio tome como punto de partida el modelo de la ampliación, obedece principalmente a que en sus últimas presentaciones este modelo pretende cubrir el vacío conceptual que existe a la hora de fundamentar con criterios comunes el castigo de todos los casos en los que el autor de una acción típica ha provocado la concurrencia de la eximente que impide la pena. Este análisis me permitirá mostrar en la segunda parte del trabajo (III) la conveniencia de apoyar una teoría general del *Vorverschulden* en la infracción de un deber (subsidiario), en contraposición con la idea de una infracción de incumbencias.

II. Modelo de la ampliación y principio de identidad en la imputación

a) ¿Un modelo general para toda la constelación del *Vorverschulden*?

La formulación del modelo de la ampliación ha sido realizada por STRENG en diferentes trabajos, primordialmente dentro de las coordenadas de la *actio libera in causa*.⁸ En sus primeros esbozos se evidencia con claridad, según mi opinión, la fuerte influencia que ejercieron en el pensamiento de STRENG las teorías de la culpabilidad que dominaron la discusión en la década de los ochenta en Alemania.⁹ Así, según el modelo de la ampliación, los motivos del castigo de la *actio libera in causa* deberían ligarse necesariamente con la culpabilidad del autor, entendida ella como el grado de sublevación al derecho que expresa el autor con su acción antijurídica.¹⁰ Ahora bien, dado que la culpabilidad representaría una imputación motivada en la necesidad de estabilizar expectativas de los conciudadanos, muchas veces sería necesario enfocarse no sólo en el momento de la realización de la acción típica, sino también en el acontecimiento globalmente considerado,

⁸ STRENG, “‘actio libera in causa’ und Vollrauschstrafbarkeit - rechtspolitische Perspektiven” en *JZ*, 2000, pp. 20 ss.; ÍDEM, “Schuld ohne Freiheit? Der funktionale Schuldbegriff auf dem Prüfstand” en *ZStW*, 1989, vol. 101, pp. 310 ss.; ÍDEM, “Das Gesetzlichkeitsprinzip im Bereich der Schuldfähigkeitsentscheidung” en KUDLICH, Hans/MONTIEL, Juan Pablo/SCHUHR, Jan (eds.), *Gesetzlichkeit und Strafrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 2012, pp. 179 ss.; ÍDEM, “§ 20” en *MK-StGB*, 2017, Múnich, C.H. Beck, n.º m. 1 ss.

⁹ Especialmente en STRENG, *supra* nota 8, 1989, p. 273.

¹⁰ STRENG, *supra* nota 8, 1989, pp. 310 ss.

cuando por ejemplo la provocación de un defecto ya evidencia una insurrección frente al ordenamiento jurídico de un modo relevante para el derecho penal.¹¹ Aquí, la imputación a la culpabilidad debería atender a lo realizado en una fase inmediatamente previa al comienzo de la ejecución de la acción descrita por el tipo penal y a partir de allí formular el juicio global de enemistad hacia el derecho.

Observa STRENG que este modo de entender el juicio de culpabilidad es reflejado *expresamente* por el legislador en los §§ 17 párr. 2 y 35 párr. 1 enunciado 2 StGB, aunque también debería hallarse *implícitamente* en el § 20 StGB, cuando se emplea la expresión “al cometerse el hecho” (*bei Begehung der Tat*).¹² Esto resulta crucial para entender la habilitación del castigo de la *actio libera in causa*. Según el parecer de este autor, la expresión “al cometerse el hecho” permite *ampliar* el ámbito de aplicación del § 20 StGB hasta alcanzar tanto el momento en que se comienza con la ejecución de la acción típica propiamente dicha, como también los actos preparatorios; ambas situaciones configurarían una unidad de valoración para la culpabilidad.¹³ Dicho esto, la realización sin culpabilidad de una acción típica no alteraría en absoluto el juicio de reproche cuando ya en la fase preparatoria se haya evidenciado un grado relevante de sublevación frente al derecho.

Según lo expuesto, el modelo de la ampliación se presenta como una teoría que permite primeramente imponer una pena a quien ha provocado la incapacidad de culpabilidad que lo afecta al momento de realizar la acción típica. Bajo esta lógica también quedaría amparada la responsabilidad en casos de error de prohibición evitable y de estado de necesidad exculpante provocado. Desde esta primera aproximación, la preocupación de STRENG pasó principalmente en buena parte de sus trabajos por articular argumentos que permitan mantener el castigo, pese a la ausencia de un determinado elemento del delito: la *culpabilidad*.

Sin embargo, en su reciente contribución al libro homenaje a BEULKE aflora una vocación generalizadora de su modelo, que en sus anteriores trabajos solamente podía ser intuida.¹⁴ Allí, tomando como eje de la discusión la vigencia del principio de coincidencia, presenta STRENG argumentos en favor de extender el razonamiento subyacente a su modelo al terreno de la

¹¹ STRENG, *supra* nota 8, 1989, pp. 310 ss.

¹² STRENG, *supra* nota 8, 2012, p. 184.

¹³ STRENG, *supra* nota 8, 1989, p. 311; ÍDEM, *supra* nota 8, 2012, p. 185.

¹⁴ STRENG, *supra* nota 1, 2015, pp. 313 ss.

justificación, por lo que también la formulación de un juicio de adecuación al derecho debería partir de un examen global que abarque tanto los actos ejecutivos como los preparatorios.¹⁵ Con ello, el modelo de la ampliación se presenta como una teoría con pretensiones mucho más ambiciosas que las de ofrecer simplemente una respuesta a la provocación de los defectos de culpabilidad. Esta “ampliación” del modelo se hace posible gracias a considerar relevante para verificar la concurrencia de alguna eximente —al menos, explícitamente, una causa de justificación, de exculpación y de exclusión de la culpabilidad— la acción ejecutiva y los actos preparatorios.¹⁶ Siendo ello así, el modelo de la ampliación deja de ser un modelo explicativo exclusivamente ligado a la *actio libera in causa* y pasa a erigirse en una teoría *general* de todo el *Vorverschulden*.

b) ¿Cuál es el alcance del principio de coincidencia?¹⁷

Justamente con esta pregunta abre STRENG su mencionada contribución al homenaje al Prof. BEULKE, cuya respuesta le permite armonizar su modelo con la exigencia lógica de simultaneidad, pero a la vez le trae, en mi opinión, importantes problemas de justificación. Como primera medida, STRENG transparenta su argumentación al mostrar que su posición no se concilia armónicamente con el principio de coincidencia: en lugar de esforzarse por “maquillar” la situación y mostrar una *aparente* armonía con esta exigencia lógica,¹⁸ opta por mostrar que su modelo no sigue un concepto rígido de coincidencia. Su tesis reza: el principio de coincidencia debe regir de modo flexible.¹⁹

Interpreta STRENG que si bien existe un claro consenso respecto a la simultaneidad entre dolo y acción típica, la coincidencia temporal también de la antijuridicidad y de la culpabilidad no resultaría tan clara, por lo que se pone en duda si también aquí rige el principio de coincidencia.²⁰ Agrega que en el ámbito de la antijuridicidad se toman como punto de referencia para decidir su

¹⁵ STRENG, *supra* nota 1, 2015, pp. 314 ss.

¹⁶ STRENG, *supra* nota 1, 2015, pp. 314 ss.

¹⁷ Sobre el alcance del principio de simultaneidad o coincidencia, cfr. KINDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2015, § 6, n.º m. 3; HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, Berlín, Walter de Gruyter, 1988, pp. 4 ss., 6 ss., y 60.

¹⁸ Algo que, en mi opinión, sí hacen los defensores del modelo de la excepción, pese a sus esfuerzos por demostrar lo contrario. Respecto a estos esfuerzos, cfr. HRUSCHKA, *supra* nota 17, pp. 341 ss.; KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1989, pp. 129 s.

¹⁹ STRENG, *supra* nota 1, 2015, pp. 319 ss.

²⁰ STRENG, *supra* nota 1, 2015, pp. 319 ss.

existencia conductas precedentes, especialmente en los casos en los que se ha provocado una agresión o bien la situación de necesidad o el consentimiento del paciente.²¹ Aquí la acción precedente se torna relevante para definir la antijuridicidad, es decir, esta acción determina la valoración de la acción ulterior. Junto a ello, observa una lógica similar que conlleva una relativización del principio de coincidencia cuando en el terreno de la exclusión de la culpabilidad es necesario remitirse a una *actio praecedens* para justificar el castigo de quien provoca las circunstancias de los §§ 35, 17, 20 y 33 StGB.²²

Si bien STRENG entiende que es indiscutida la vigencia del principio de coincidencia en el nivel de la tipicidad, por cuanto debe haber una congruencia temporal entre el dolo y la acción descrita en el tipo penal,²³ no sucede lo mismo respecto a los restantes niveles.²⁴ Según su parecer, en la antijuridicidad y en la culpabilidad el principio de coincidencia rige de un modo restringido, dado que para valorar su concurrencia o su ausencia también resulta necesario en ciertos casos adelantarse a la acción principal e indagar por la acción precedente. En la antijuridicidad es necesario incluir en la valoración lo acontecido en las instancias previas, especialmente cuando se es responsable de dar lugar a la situación justificante, mientras que en el nivel de la culpabilidad resulta legítimo e ineludible considerar circunstancias previas a la acción principal cuando se quiere castigar al autor con motivo de la provocación de su inculpabilidad.²⁵ En definitiva, para el modelo de la ampliación *à la* STRENG el principio de coincidencia solamente tendrá importancia en el nivel de la culpabilidad y la antijuridicidad para exigir que únicamente puedan ser consideradas para la atribución de responsabilidad aquellas *actiones praecedens* que están relacionadas directamente con el hecho antijurídico (i.e. *actio praesens*).²⁶

En este punto del relato resulta forzoso preguntarse si es posible flexibilizar o prescindir parcialmente del principio de coincidencia, entendiendo que se trata de un mero elemento “decorativo” en la teoría de la imputación. *¿Tiene algún “costo dogmático” proceder de este modo?*

²¹ STRENG, *supra* nota 1, 2015 pp. 314 ss.

²² STRENG, *supra* nota 1, 2015, pp. 316 ss.

²³ Cabe remarcar respecto a este punto que esta opinión no resulta pacífica en este esquema conceptual, especialmente si tomamos en consideración la estructura de los delitos imprudentes, la cual nos obliga a remitirnos a momentos previos a la *actio praesens* para confirmar la configuración del injusto. Siguiendo por este camino, pareciera forzoso concluir que para STRENG el principio de coincidencia no debería regir ni siquiera en el nivel de la tipicidad.

²⁴ STRENG, *supra* nota 1, 2015, p. 320.

²⁵ STRENG, *supra* nota 1, 2015, p. 321.

²⁶ STRENG, *supra* nota 1, 2015, p. 325.

Seguramente en una reacción rápida se responde negativamente a la pregunta: no estamos ante una exigencia político-criminal o constitucional cuya inobservancia conlleve la tacha de inconstitucional o de inconveniente para la prevención de delitos. El mismo HRUSCHKA, uno de los máximos abogados de este principio en la dogmática jurídico-penal, advierte de su naturaleza puramente *lógica*.²⁷ Sin embargo, que una construcción imputacional no pueda ser “tumbada” eventualmente por un tribunal por inconstitucional, no hace que el no seguimiento del principio de coincidencia esté exento de problemas conceptuales.

Tomemos aquí el clásico ejemplo de la *actio libera in causa*, en el que A encuentra en un bar a su enemigo y se embriaga para juntar valor y agredirlo con una botella. Según la opinión del propio autor, el momento de la creación del estado defectuoso constituye un acto preparatorio²⁸ que, como tal, no pertenece al grupo de casos genéricos descritos por el tipo de lesiones. De allí que el momento de referencia del análisis de tipicidad objetiva y subjetiva es localizable cuando se produce la agresión con la botella. Ahora bien, si se flexibilizara el principio de coincidencia en el análisis de antijuridicidad y culpabilidad como plantea STRENG, entonces aparecerían problemas lógicos a la hora de realizar la afirmación “La agresión con la botella constituye un delito de lesiones”. En el caso que planteamos, la afirmación es falsa dado que en el momento de la agresión A padece de un defecto de culpabilidad. Si STRENG quisiera mantener una fundamentación que no resulte ilógica con nuestras reglas del habla se vería obligado a hacer dos “jugadas” que, sin embargo, amenazan la coherencia de su modelo o lo obligan a una reformulación.

Una “primera jugada” consistiría en interpretar que la prohibición de lesionar se inicia en el momento de la acción de intoxicarse; de este modo ya desde el momento en que se interpreta el concepto de acción y su tipicidad se parte de un concepto global del suceso que puede juzgarse como culpable. Sin embargo, esta primera consecuencia es abiertamente rechazada por STRENG a la hora de resaltar los aspectos negativos del modelo de la tipicidad.²⁹ Por su parte, en una “segunda jugada” podría mantenerse la distinción clásica entre actos preparatorios y actos ejecutivos, pero trasladar el momento gravitante para el análisis del hecho punible hacia adelante, hacia aquella *actio praecedens*, directamente ligada a la *actio praesens*. Sin embargo, esta jugada lo obligaría, en mi opinión, a reformular el edificio teórico de su modelo y a incorporar una entidad

²⁷ HRUSCHKA, *supra* nota 17.

²⁸ STRENG, *supra* nota 8, 2012, p. 185.

²⁹ STRENG, *supra* nota 8, 2012, p. 182.

deóntica distinta a la que subyace al tipo de lesiones, pero que tiene por contenido una acción precedente. Como se observa, el común denominador de estas “jugadas” es la anticipación del análisis de la contrariedad a la norma para garantizar la razonabilidad de la afirmación de responsabilidad patrocinada por el modelo de la ampliación, con la consiguiente aceptación de que en esa fase previa se infringe una entidad normativa distinta de la contenida en el tipo penal respectivo. Aquí aparece un interrogante en principio impensado para este modelo: *¿necesitamos acudir en ayuda de las Obliegenheiten o (según mi interpretación) de un deber subsidiario?*³⁰

c) ¿Modelo de la ampliación sin principio de referencia?

En su intento (en mi opinión, sin éxito) por mantener armoniosamente una vigencia recortada del principio de coincidencia, STRENG deja fuera de su análisis un principio también derivado de la exigencia lógica de identidad: el principio de referencia. Ello significa, en palabras de HRUSCHKA, “que los momentos constitutivos de un hecho punible no sólo deben coincidir temporalmente, sino que también deben estar vinculados entre sí, dado que de otra manera no se habría dado un hecho punible... *Debe existir también una relación integrada entre la realización de un elemento y la realización de todos los restantes elementos*”.³¹ Cuando la teoría del delito convencional estipula que el delito consiste en un hecho típico, antijurídico y culpable, la “tipicidad”, la “antijuridicidad” y la “culpabilidad” son propiedades que se predicen de una misma y concreta acción. Estas cualidades están referidas a esa acción puntual y específica. Así, del mismo modo que no tiene sentido — desde el punto de vista semántico— afirmar “Joaquim Löw es rubio” a partir de transferir una propiedad de su antiguo compañero de banquillo, Jürgen Klinsmann*, tampoco lo tiene en el caso del bar decir que A lesionó culpablemente, a partir de transferencia la propiedad “culpabilidad” desde una acción (la *actio praecedens*), que es distinta de la que sirve de referencia para fijar la tipicidad y la antijuridicidad. Aquí no se estaría tomando como referencia el mismo objeto en la elaboración del juicio de atribución de responsabilidad.

Es posible ensayar dos salidas a esta problemática, aunque en el fondo traen problemas poco disimulables para una teoría general del *Vorverschulden* y en especial para el modelo de la

³⁰ MONTIEL, “Obliegenheiten im Strafrecht?” en *ZStW*, vol. 126, n.º 3, 2014, pp. 611 ss.

³¹ Cfr. HRUSCHKA, *supra* nota 27, pp. 21 ss.

* Joachim Löw es el actual entrenador de la selección alemana de fútbol, quien sin embargo hasta 2006 fue asistente del hasta entonces seleccionador Jürgen Klinsmann.

ampliación. La primera consiste en mantener como referencia la *actio praesens* (la acción defectuosa), aunque aquí se frustra toda posibilidad de evitar la impunidad del autor, dado que en esa conducta no se verifica la culpabilidad. La segunda salida consiste en cambiar abiertamente el objeto de referencia del juicio de atribución de responsabilidad penal, trasladando el foco de análisis de la *actio praesens* a la *actio praecedens*. Esta alternativa que, en mi opinión, resulta la mejor manera de entender el objeto de referencia en una teoría del *Vorverschulden*, resulta sin embargo notablemente problemática para buena parte de las doctrinas de la *actio libera in causa*, dado que se requiere de una teoría de las normas distinta de la que utilizamos de manera dominante en nuestra discusión dogmática actual.

Aquí se vuelve obligadamente al mismo punto con el que se cerraba el apartado anterior. Si la única manera plausible de atribuir responsabilidad penal en casos de *Vorverschulden* (y concretamente de *actio libera in causa*) consiste en replegarse en acciones distintas de las descriptas por el tipo penal, entonces resulta imperioso tomar como referencia de la imputación el quebrantamiento de una entidad deóntica distinta de la contenida en el tipo penal en cuestión. Una entidad normativa que esté calificando deónticamente una *actio praecedens* mediatamente resultativa. En nuestra dogmática jurídico-penal la calificación deóntica de acciones precedentes aparece asociada con el concepto de incumbencia (*Obliegenheit*). Sin embargo, los muchos puntos oscuros que aparecen asociados a la teorización de esta entidad deóntica llevan a cuestionar si acaso no cabría interpretar el *Vorverschulden* como una lesión de deberes, en lugar de una lesión de incumbencias.

III. *Vorverschulden* como lesión de deberes subsidiarios: bosquejo de una teoría general

a) ¿Por qué no una lesión de incumbencias?

Pese a lo poco convincentes que resultan las conclusiones a las que se llega en torno a la naturaleza de las incumbencias, es abrumadora la evidencia que indica un encolumnamiento detrás de la teoría del presupuesto. Tanto en aquellos posicionamientos que siguen férreamente la caracterización civilista,³² como así también en aquellos que avalan una adaptación basada en un

³² STÜHLER, *Die actio libera in causa de lege lata und de lege ferenda*, Ergon, 1999, p. 173; CÓRDOBA, *supra* nota 1, p. 153.

“parentesco de familia”,³³ el alineamiento con la teoría del presupuesto es, en mi opinión, difícilmente negable. Así, por ejemplo, quienes favorecen la imputación extraordinaria ven en el cumplimiento de la incumbencia el *presupuesto* para que quien afectó un bien jurídico pueda descargarse de la imputación, alegando una causal de falta de acción, un error, un estado de necesidad, etc. La lesión de una incumbencia no representaría el quebrantamiento de un mandato o de una prohibición reforzada penalmente, sino más bien la “caducidad de una posibilidad de defensa”.^{34 35}

Pese a ello, se observan enormes dificultades entre los defensores de los modelos de las incumbencias para aplicar correctamente la teoría del presupuesto a los casos englobados dentro del *Vorverschulden*. El problema no está aquí en discutir si es correcta o no la lectura que hace la teoría del presupuesto, sino que lo problemático radica en que, una vez aceptada, se la aplica a casos que de ninguna manera reúnen las notas esenciales de esta propuesta teórica. Como ya expuse en otro lugar,³⁶ las incumbencias de debido cuidado, de proveerse información fáctica y jurídica o de no provocar la propia inimputabilidad o inmotivabilidad ni poseen la estructura de “obligaciones frente a uno mismo” (*Verschulden gegen sich selbst*) ni constituyen imperativos hipotéticos, así como tampoco su infracción acarrea simplemente la pérdida de una posición jurídica ventajosa. Desde esta perspectiva, cuesta comprender las razones por las que la doctrina fuerza una interpretación de los casos individuales a la teoría del presupuesto, cuando la dogmática *iusprivatista* ofrece una salida más sencilla (y, en mi opinión, más correcta) de la mano de la categoría de los deberes secundarios.³⁷ Así, entiendo que se evitaría buena parte de las

³³ En general, estos autores conservan en la caracterización de las incumbencias jurídico-penales la estructura de obligaciones frente a uno mismo, la de constituir un imperativo hipotético y la pérdida de una posición de ventaja como consecuencia jurídica de la infracción de incumbencias. MAÑALICH, *supra* nota 1, 2009, p. 70, nota 206; SÁNCHEZ-OSTIZ, “Teoría del delito, imputación extraordinaria e incumbencias” en LUZÓN-PEÑA (ed.), *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 551 ss.

³⁴ NEUMANN, *Zurechnung und “Vorverschulden”*, Berlín, Duncker & Humblot, 1985, p. 268; STÜHLER, *supra* nota 32, p. 159.

³⁵ Pero también este seguimiento de la teoría del presupuesto puede apreciarse ostensiblemente en las restantes manifestaciones de las incumbencias, cfr. JAKOBS, *Rechtswang und Personalität*, Paderborn, Schöningh, 2008, pp. 43 ss; ÍDEM, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2012, p. 79; BIEWALD, *Regelmäßiges Verhalten und Verantwortlichkeit*, Berlín, Duncker & Humblot, 2003, p. 106, nota 7. Sobre las restantes manifestaciones de las incumbencias, MONTIEL, *supra* nota 30, pp. 594 ss.

³⁶ MONTIEL, *supra* nota 30, pp. 604 ss.

³⁷ Sobre esta categoría en el Derecho privado, cfr. HEINRICH, “§ 241” en PALANDT (fundador), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 76.^a ed., Múnich, C. H. Beck, 2017, Múnich, n.º m. 5; MUSIELAK, Hans-Joachim/HAU, Wolfgang, *Grundkurs BGB*, 14.^a ed., Múnich, C. H. Beck, 2015, n.º m. 186 ss.; BERGER, *Allgemeines Schuldrecht*, Berna, Stämpfli Verlag, 2008, n.º m. 224 ss. y 227 ss.; LEIPOLD, *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*, 8.^a ed., Tübinga, Mohr Siebeck, 2015, § 6, n.º m. 42. Sobre el

confusiones y de las tergiversaciones que condicionan la correcta comprensión de las *Vorverschulden* como quebrantamiento de estos deberes.

La primera ruptura con el modelo de la lesión de incumbencias se produce cuando la responsabilidad ante eximentes provocadas aparece sustentada en el principio *neminem laedere*, en lugar de la idea de la “obligación frente a uno mismo”. Una entidad normativa que prescribe la no realización de cualquier acción que dé lugar, por ejemplo, a una situación de necesidad o a una intoxicación, solamente resulta relevante para la atribución de responsabilidad penal cuando ella resulta idónea *ex ante* para dañar un concreto bien jurídico mediante la actuación defectuosa.³⁸ Desde este punto de vista, el deber subsidiario asume la forma de un deber *negativo* que interpela a la ciudadanía a no organizar su esfera de libertad de tal modo que no se produzcan *outputs* lesivos en los intereses de terceros. Por tanto, el responsable de no poder hacer un uso inocuo del arma al no revisar si estaba cargada o de no poder inhibirse cuando se está frente al enemigo en el bar por haberse alcoholizado, está lesionando la “obligación originaria” de contenido normativo que establece “no poner en peligro y lesionar bienes jurídicos ajenos”.³⁹

A diferencia de los deberes primarios contenidos en los tradicionales tipos puros de resultado, aquí la conducta que pretende evitar el deber subsidiario solamente conduce al resultado de modo indirecto, puesto que se trata de una *acción precedente*.⁴⁰ Mientras que en la responsabilidad primaria respecto a los delitos puros de resultado el deber (*principal*)⁴¹ describe acciones “*resultativas*”⁴² que aparecen *directamente* vinculadas con la lesión del bien jurídico⁴³ —esto es, acciones que no necesitan de otro “eslabón causal” para producir el menoscabo—, en los

traslado de esta categoría a la dogmática penal, cfr. MONTIEL, “Sobre la relevancia de la distinción entre incumbencias y deberes en la dogmática jurídico-penal. A su vez, reflexiones a propósito del *Vorverschulden*” en CARNEVALI (coord.), *Derecho, sanción y justicia penal*, Buenos Aires, BdeF, 2017, pp. 8 ss.

³⁸ En este sentido, en el ámbito de la provocación del estado de necesidad, MOMSEN, *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten*, Berlín, Nomos, 2006, pp. 259, 265 ss.; ídem, “§ 35” en *BK-StGB*, 2012, n.º m. 33; ROGALL, “§ 35” en *SK-StGB*, 8.ª ed., Colonia, Carl Heymanns, 2013, n.º m. 33.

³⁹ JAKOBS, “Libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias” en ÍDEM, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid, Civitas, 2004, pp. 116 ss.; ÍDEM, “La omisión: estado de la cuestión” en ROXIN ET. AL., *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 2000, p. 132.

⁴⁰ Sobre la base de considerar que estas acciones están al servicio de las de carácter principal (*Haupthandlungen*), parte de la doctrina opta por la denominación de “acciones coadyuvantes” (*Hilfshandlung*), cfr. KINDHÄUSER, *supra* nota 18, pp. 64 ss.; ÍDEM, *supra* nota 1, p. 151; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlín, Duncker & Humblot, 1993, p. 74.

⁴¹ SÁNCHEZ-OSTIZ, *supra* nota 33, p. 554; VOGEL, *supra* nota 40, p. 74

⁴² Respecto a las acciones “*resultativas*”, cfr. MAÑALICH, *supra* nota 1, 2014, pp. 32 ss.

⁴³ RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Heidelberg, Mohr Siebeck, 1997, p. 227.

supuestos de *Vorverschulden* la apoyatura de la imputación se desplaza a una instancia previa, por lo que las acciones principales pierden gran parte de su gravitación para justificar una pena. En este sentido, la atribución de responsabilidad en casos de provocación de eximentes no se enfoca, por ejemplo, en la acción de desposeer a otro pasajero de su salvavidas para sobrevivir o en la manipulación ignorante de un reactor nuclear (i.e. acciones que producen *inmediatamente* la lesión), sino en una *actio praecedens*,⁴⁴ independiente del comienzo de la tentativa de la acción principal. Por añadidura, el objeto de la imputación en la responsabilidad subsidiaria también se desplaza hacia adelante y deja de importar entonces la infracción de un deber principal.⁴⁵

Este desplazamiento en la imputación se da en favor de un deber *subsidiario*, esto es, de un deber que solamente se convierte en objeto de imputación *en defecto* de la contrariedad a un deber primario de lesión.⁴⁶ Si bien estos deberes subsidiarios no aspiran a evitar la lesión directa de un bien jurídico, sí ofrecen a sus destinatarios razones para omitir conductas riesgosas en sí mismas,⁴⁷ que bajo ciertas condiciones pueden producir una lesión.⁴⁸ Por esta razón, que el foco de estos deberes esté puesto en acciones que *per se* no son (directamente) “lesivas” no obsta a que sean

⁴⁴ JESCHECK/WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5.ª ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1996, pp. 446 s. Por el contrario, HRUSCHKA prefiere distinguir entre *actio (omissio) praecedens* y *actio (omissio) concomitans*, siendo sólo relevante esta última categoría de cara a la imputación extraordinaria (i.e. responsabilidad subsidiaria), cfr. HRUSCHKA, “Ordentliche and außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf - Zur Geschichte and zur Bedeutung der Differenz von actio libera in causa in se and actio libera in sua causa”, en *ZStW*, vol. 96, 1984, p. 689.

⁴⁵ De otra opinión, al menos con respecto al ámbito de la “imprudencia”, ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlín, Liebmann, 1930, p. 337.

⁴⁶ En sentido similar, SÁNCHEZ-OSTIZ, “¿Incumbencias en Derecho Penal? Depende” en *Indret*, 1/2015, p. 7, nota 25, aunque poniendo de relieve acertadamente que no resulta conveniente mezclar entre los deberes complementarios a estas entidades deónticas que funcionan de modo subsidiario.

⁴⁷ Así, respecto al castigo de la imprudencia FEUERBACH, “Betrachtungen über dolus und culpa überhaupt und den dolus indirectus insbesondere” en v. ALMENDIGEN et. al. (eds.), *Bibliothek des peinlichen Rechts, der peinlichen Gesetzgebung und Gesetzkunde*, 2.ª parte, 1804, p. 212.

⁴⁸ Que la acción precedente en estos casos sea *per se* —i.e. con prescindencia de la actuación en estado de defectuosidad— peligrosa, explica que ciertos sectores doctrinales hayan propuesto castigar autónomamente la provocación de la legítima defensa y del estado de necesidad justificante como delitos de peligro. Al respecto, cfr. HRUSCHKA, *supra* nota 17, pp. 361 ss.; el mismo., *JR* 1979, 125 (127 f.); NEUMANN, *supra* nota 34, p. 152; RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, Berlín, Duncker & Humblot, 1994, p. 60; KIEFNER, *Die Provokation bei Notwehr (§ 32 StGB) und Notstand (§ 34 StGB)*, Gießen, manuscrito original de tesis doctoral, 1991, pp. 55 s. Sobre la discusión en torno a la posibilidad de interpretar estos casos como delitos de peligro, cfr. críticamente MONTIEL, “Responsabilidad penal y provocación de eximentes: ¿Una nueva constelación de delitos de peligro?” en FALCONE et al. (dir.), *Autores detrás del autor. Homenaje a Friedrich-Christian Schroeder en sus 80 años*, 2017 [en prensa].

catalogados como deberes de lesión,^{49 50} puesto que el calificador deóntico de la norma va a estar vinculado con la descripción de una acción “*resultativa*” de carácter *mediato*.

b) Los deberes subsidiarios como reglas de conducta, independientes de los deberes primarios

Una de las características más marcadas de la imputación extraordinaria es que la entidad deóntica cuya infracción justifica la reactivación de la imputación es parasitaria de los deberes primarios. Si bien se entiende que las *Obliegenheiten* estarían dotadas de cierta autonomía,⁵¹ no dejan por ello de “vivir de prestado” de las exigencias de comportamiento que aparecen descriptas en los tipos “dolosos” de la parte especial. Desde esta perspectiva, la existencia de las incumbencias solamente estaría justificada por su función de aseguramiento de las normas primarias, en tanto y en cuanto buscan garantizar la capacidad de seguimiento de esas normas.⁵² Así, en tanto reglas *secundarias* que son, solamente existirían como una suerte de derivado de la norma de conducta o de sanción prevista en los tipos penales. Ahora bien, habiendo ya rechazado que la entidad deóntica en cuestión es —en cuanto a su naturaleza jurídica— una *Obliegenheit*, queda todavía pendiente explicar qué vínculo une los deberes subsidiarios con los primarios. Para ello, será necesario volver a lo que dicen los defensores de las incumbencias, respecto a su relación con los deberes que aseguran.

Una de las tesis que más se conoce en el ámbito de esta discusión ha sido defendida por HRUSCHKA, para quien las incumbencias constituyen un derivado del sistema de reglas de conducta, mediante el cual se busca que el ámbito regulatorio de la norma tenga la máxima efectividad posible.⁵³ Esta derivación, sin embargo, no tiene en su sistema un carácter lógico —en

⁴⁹ En esta dirección apunta FRISCH, “Grundprobleme der Bestrafung ‘verschuldeter’ Affekttaten” en *ZStW*, vol. 101, 1989, p. 585.

⁵⁰ En este punto, he modificado mi posición inicial en la que, como consecuencia de no considerar todo el espectro causal de los casos de *Vorverschulden*, me concentré en el primer evento producido mediante la acción precedente, esto es, un estado de peligro (Gefährdung). De allí que haya defendido que el deber subsidiario, en cuanto a su naturaleza, es un deber de peligro (Gefährdungspflicht). Respecto a la anterior posición, cfr. MONTIEL, *supra* nota 30, pp. 608 ss.

⁵¹ Entre otros, KINDHAUSER, “Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit. Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung”, en *GA*, 1994, p. 210.

⁵² HRUSCHKA, “Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit” en KAUFMANN, Arthur *et al.* (eds.), *FS-Bockelmann*, Múnich, C.H. Beck, 1978, pp. 426 ss.; ÍDEM, *supra* nota 17, p. 287; SÁNCHEZ-OSTIZ, “Las incumbencias como normas de conducta” en ŠILAR/SCHWEMMER AUGIER (eds.), *Racionalidad práctica*, 2009, p. 160.

⁵³ HRUSCHKA, *supra* nota 52, pp. 426 ss.

tanto *componente* de las reglas de conducta primaria—,⁵⁴ sino que se destaca más bien por su carácter *sintético*,⁵⁵ esto es, por proceder del *telos* o de la razón subyacente al deber primario.⁵⁶ Con todo, se ha hecho notar acertadamente que el aseguramiento de la máxima efectividad posible de la exigencia primaria de comportamiento no puede constituir el fin perseguido por la misma norma de conducta, sino más bien por la de sanción.⁵⁷ Con otras palabras: la finalidad de una norma no puede ser garantizar su propia validez, sino que para ello se hace imperioso recurrir a otra norma.

La advertencia de esta cuestión explica que la doctrina haya virado por dos caminos distintos hacia el ámbito de la norma de sanción. Así, en el modelo dialogal de NEUMANN, las incumbencias no pretenden guiar el comportamiento de la ciudadanía, sino más bien identificar qué tipos de argumentos pueden presentarse en un proceso penal.⁵⁸ Sin embargo, la posibilidad de entender a las incumbencias como exigencias de comportamiento no es algo que necesariamente quede excluido cuando se toma como origen a la norma de sanción. Precisamente, como advierte KINDHÄUSER, las normas de sanción no sólo deberían entenderse como normas de conducta respecto al aplicador del Derecho, sino también respecto a los ciudadanos. A su entender, este criterio procedente de la norma de sanción orientaría también comportamientos “*en cuanto puede tomar de ellas la medida de la capacidad de acción y de motivación que puede argüir en su propio interés (...)* para excluir la posibilidad de imputar una conducta como hecho punible”.⁵⁹ En este sentido, las incumbencias serían una suerte de “enclave” de las normas de conducta en el “territorio” de las normas de sanción.⁶⁰

⁵⁴ HRUSCHKA, *supra* nota 17, p. 398.

⁵⁵ HRUSCHKA, *supra* nota 17, pp. 398 ss., 294, 287 ss, y 307.

⁵⁶ Respecto a los seguidores de HRUSCHKA en este punto, cfr. JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen*, Berlín, Duncker & Humblot, 1988, p. 46, nota 104; STÜHLER, *supra* nota 32, p. 174; BIEWALD, *supra* nota 35, p. 108; SÁNCHEZ-OSTIZ, *supra* nota 33, pp. 555 ss.; CÓRDOBA, *supra* nota 1, pp. 162 ss. Entiendo que en el ámbito de la *omissio libera in causa* también se defiende una interpretación similar, cfr. DEHNE-NIEMANN, “Omissio libera in causa bei ‘echten’ Unterlassungsdelikten”, en *GA*, 2009, pp. 152 s.

⁵⁷ KINDHÄUSER, *supra* nota 18, pp. 80 y 132; ÍDEM, “§ 32” en KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfried/PAEFFGEN, Hans-Ulrich, *NK-StGB*, 4.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2013, n.º m. 16.

⁵⁸ NEUMANN, *supra* nota 34, p. 268.

⁵⁹ KINDHÄUSER, *supra* nota 18, p. 132.

⁶⁰ Recientemente agrega este autor (KINDHÄUSER, *supra* nota 1, p. 152) que las reglas o deberes de cuidado son, al igual que los deberes principales, enunciados de deber (*Sollenssätze*), pese a lo cual desempeñan una función distinta en la constitución dogmática del hecho punible.

Con todo, tampoco esta última dirección se encuentra libre de interrogantes. Principalmente, resulta extraño afirmar que el sistema de reglas de imputación —ubicado en la norma de sanción— tiene también la pretensión de orientar el comportamiento de potenciales destinatarios. Semejante comprensión resulta difícilmente conciliable con una idea básica y largamente asentada en la teoría jurídica (general)⁶¹ y jurídico-penal⁶² de las normas, según la cual las normas que establecen mandatos o prohibiciones y las que establecen la obligatoriedad o permisión de sancionar el incumplimiento de esos mandatos o prohibiciones están orientados, respectivamente, “al ciudadano” y “al aplicador del derecho”.

De este modo, las dificultades para justificar el carácter parasitario de las *Obliegenheiten* quedan al desnudo. Más bien, los aquí denominados deberes subsidiarios son entidades normativas *independientes* y *originarias*. Son auténticas reglas de comportamiento destinadas a los ciudadanos⁶³ que, como tales, ordenan o prohíben la realización de determinadas acciones.⁶⁴ Históricamente esta posición fue favorecida por FEUERBACH, quien apuntaló los deberes de cuidado como enunciados normativos que, pese a una vinculación *de sentido* con los deberes primarios, gozan de autonomía.⁶⁵ De entrada, los delitos dolosos y culposos representarían dos infracciones de naturaleza distinta.⁶⁶ Para FEUERBACH el castigo de una infracción culposa solamente puede fundamentarse si se acepta que, *independientemente* de la prohibición “*de hacer y querer lo contrario a la ley*”, existe una *obligatio ad diligentiam*, puesto que “*toda infracción [punible] presupone la lesión de una vinculatoriedad (Verbindlichkeit)*”.⁶⁷ En este sentido, la “obligación” o el deber de diligencia

⁶¹ Paradigmáticamente aquí KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho* (trad. Moisés NILVE), 2.ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 2009 [1960], pp. 60 ss.

⁶² Cfr., entre otros, MIR PUIG, *Derecho penal*, 8.ª ed., Buenos Aires, BdeF, 2008, ap. 2, nm. 6 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.ª ed., Buenos Aires, BdeF, 2010, pp. 580 ss.; VOGEL, *supra* nota 40, pp. 27 ss.

⁶³ HRUSCHKA, *supra* nota 17, pp. 294, 287 ss., 307 y 416; KINDHÄUSER, *supra* nota 18, p. 65; SÁNCHEZ-OSTIZ, *supra* nota 33, p. 554; BIEWALD, *supra* nota 35, p. 108.

⁶⁴ De otra opinión, GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2005, p. 109, quien entiende que aquí se pretende de la persona que conserve un determinado estado. De todos modos, resulta poco clara y relevante la distinción, puesto que también cuando un “deber” prescribe el mantenimiento de un determinado estado también está conminando la realización u omisión de una determinada acción, cfr. COX LEIXELARD, *Delitos de posesión*, Buenos Aires, BdeF, 2012, pp. 160 ss., 170 ss. y especialmente 180 ss.

⁶⁵ FEUERBACH, *supra* nota 47, pp. 193 ss.

⁶⁶ Una crítica cáustica de esta posición en BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, Engelmann, t. II-1, 1914, pp. 235 ss.; t. IV, 1919, pp. 499 ss.

⁶⁷ FEUERBACH, *supra* nota 47, p. 209; ÍDEM, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, t. II, Erfurt, Henning, 2.ª parte, 1800, p. 55.

representa una vinculatoriedad autónoma,⁶⁸ cuya infracción fundamenta la atribución de responsabilidad imprudente.⁶⁹

La primera consecuencia del “*independentismo*” es que el deber subsidiario no puede proceder de la norma de sanción, la cual tiene como exclusivo destinatario al órgano de aplicación del derecho. Ahora bien, ello tampoco quiere significar que proceda de las normas primarias de conducta. Es indudable que entre ambos tipos de deberes existe una *relación de sentido*: en definitiva, la existencia de los de naturaleza subsidiaria es lo que hace precisamente que un ordenamiento jurídico deje de ser uno “de papel” y se convierta en otro de efectividad real. Sin embargo, ello no obliga a afirmar que los deberes subsidiarios sean meramente una parte integrante de los primarios,⁷⁰ ni que se deriven lógicamente de ellos. Más bien, debe considerarse que los deberes subsidiarios complementan el sistema de reglas de conducta⁷¹ y además cuentan con sus propias reglas de imputación, asimilables a las correspondientes a la responsabilidad primaria. Ello explica, por ejemplo, que para imponer una pena frente a la realización culposa de un delito sea necesario contar con una disposición legal específica y distinta de la modalidad dolosa.⁷²

Por su parte, el carácter *subsidiario* no convierte a estos deberes en una entidad parasitaria de los deberes primarios. Por ello, los deberes subsidiarios no están pensados en función de garantizar la validez de las directrices de conducta primaria, sino de su propia autonomía en la protección de bienes jurídicos. Esto es: el fundamento de los deberes subsidiarios no descansa en garantizar la validez de otras normas, sino en la protección de bienes jurídicos frente a conductas *mediatamente* lesivas. De ahí que la responsabilidad subsidiaria se fundamente en una *lesividad propia*⁷³ y no en una de carácter derivado. A su vez, el reconocimiento de un nuevo tipo de deber obliga a un desdoblamiento de la teoría del delito y a aplicar sus criterios clásicos de imputación al quebrantamiento de deberes subsidiarios. Como resultado de ello se encontrará una distinción entre la responsabilidad primaria y la responsabilidad “subsidiaria”, según cuál sea la clase de deber

⁶⁸ Respecto de la discusión de aquel entonces sobre el contenido de esta *obligatio*, cfr. PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia en el derecho penal*, Madrid, Atelier, 2012, pp. 47 ss.

⁶⁹ Este modo de entender el vínculo entre el deber primario y el subsidiario encuentra una destacada recepción en la obra de ENGISCH, *supra* nota 45, pp. 336 ss., especialmente p. 346.

⁷⁰ Respecto a este punto de vista, cfr. BINDING, *supra* nota 66, p. 241.

⁷¹ De otra opinión, RENZIKOWSKI, *supra* nota 43, pp. 230 ss.

⁷² ENGISCH, *supra* nota 45, p. 338.

⁷³ SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, Heidelberg, Mohr Siebeck, 1985, p. 358.

infringido. A partir de allí, para que pueda ser hecho responsable penalmente quien ha afectado los bienes jurídicos de terceros mediante un estado defectuoso, será necesario verificar si la conducta que constituye una instancia de aplicación de la descripción del deber subsidiario puede ser vista como algo que el agente *ha hecho y de modo culpable*, es decir, como algo imputable a la acción y a la culpabilidad. Sólo así será más clara la solución de los problemas de imputación en los supuestos de *Vorverschulden* y además se verá garantizado *realmente* el principio de coincidencia.

IV. Palabras finales

Una mirada de conjunto de todo lo expuesto precedentemente permite advertir la relevancia de la doctrina de la ampliación para identificar el momento crucial de la imputación cuando el autor de acción típica es responsable de la aplicación de la eximente que impide castigarlo. Tomando como punto de partida la interpretación de las eximentes, el principal exponente del modelo de la ampliación advierte la necesidad de atender a las características de la *actio praecedens* —en tanto acción autónoma, pero vinculada a la *actio praesens*— para fundamentar la aplicación de la pena. En mi opinión, solamente estaremos en condiciones de reflexionar más claramente la responsabilidad en estos casos cuando la imputación tome debidamente en cuenta a esta acción. De ahí que la exposición crítica y la consideración de los deberes subsidiarios solamente tienen la pretensión de enriquecer los valiosos lineamientos trazados por los defensores del modelo de la ampliación. De darse lugar a la consideración de deberes subsidiarios la remisión a la acción precedente para valorar la inimputabilidad o la justificación de un comportamiento tendría menos costos dogmáticos, al no ser necesario renunciar al principio de coincidencia.

A partir de aquí entiendo que la teoría de las normas debe experimentar una transformación. Tanto la irrupción de los deberes subsidiarios —en tanto entidades normativas autónomas—, como también el reconocimiento de incumbencias de la víctima,⁷⁴ son claros indicadores de la necesidad de complejizar el análisis de las normas de comportamiento en un marco teórico general. Así, el destinatario tradicional de las normas de conductas se vería compelido a seguir no sólo los deberes primarios, sino también los de carácter subsidiario. Pero, además, estas normas que rigen en el sistema *del ciudadano* (en contraposición con el sistema del *aplicador del derecho*) deberían estar orientadas no sólo al potencial delincuente, sino también a la potencial víctima,

⁷⁴ MONTIEL, *supra* nota 30, pp. 611 ss.

imponiéndoles cargas para el mantenimiento de su pretensión punitiva.⁷⁵ Que pueda llegarse a esta conclusión tan relevante para la teoría de las normas debe agradecerse a los esclarecedores aportes que realizan en la actualidad los estudiosos sobre la responsabilidad penal ante la provocación de eximentes.

V. Bibliografía

BERGER, Bernhard, *Allgemeines Schuldrecht*, Berna, Stämpfli Verlag, 2008.

BIEWALD, Gunther, *Regelmäßiges Verhalten und Verantwortlichkeit*, Berlín, Duncker & Humblot, 2003.

BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, Engelmann, t. II-1, 1914; t. IV, 1919.

CHRISTOPHER, Russell, “The Contrived Defense and Deterrent Threat Doctrines: A Reply to Professors Finkelstein & Katz” en *Criminal Law and Philosophy*, n.º 7, 2013, pp. 629-636.

CÓRDOBA, Fernando Jorge, *La evitabilidad del error de prohibición*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

COX LEIXELARD, Juan Pablo, *Delitos de posesión*, Buenos Aires, BdeF, 2012.

DEHNE-NIEMANN, Jan, “Omissio libera in causa bei ‘echten’ Unterlassungsdelikten”, en *GA*, 2009, pp. 150-171.

DIMOCK, Susan, “Actio Libera in Causa” en *Criminal Law and Philosophy*, vol. 7, n.º 3, 2013, pp. 549-569.

ENGISCH, Karl, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlín, Liebmann, 1930.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm von, “Betrachtungen über dolus und culpa überhaupt und den dolus indirectus insbesondere” en v. ALMENDIGEN, Ludwig et. al. (eds.), *Bibliothek des peinlichen Rechts, der peinlichen Gesetzgebung und Gesetzkunde*, 2.ª parte, 1804, pp. 193-244.

⁷⁵ Ver MONTIEL, *supra* nota 30, p. 613, con ulteriores referencias.

—, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, t. II, Erfurt, Henning, 2.^a parte, 1800.

FINKELSTEIN, Claire, “Involuntary Crimes, Voluntarily Committed” en SHUTE, Stephen/SIMESTER, Andrews (eds.), *Criminal Law Theory: doctrines of the General Part*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

FINKELSTEIN, Claire/KATZ, Leo, “Contrived Defenses and Deterrent Threats: Two Facets of One Problem” en *Ohio State Journal of Criminal Law*, n.º 5, 2008, pp. 479-504.

FRISCH, Wolfgang, “Grundprobleme der Bestrafung ‘verschuldeter’ Affekttaten” en *ZStW*, vol. 101, 1989, pp. 538-610.

GÜNTHER, Klaus, *Schuld und kommunikative Freiheit*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2005.

HAAS, Volker, “Die Zurechnung zur Schuld bei Affekttaten” en AMELUNG, Knut/GÜNTHER, Klaus/KÜHNE, Hans-Heiner (eds.), *Festschrift für Volker Krey: Zum 70. Geburtstag am 9. Juli 2010* (citado como FS-Krey), pp. 117-146.

HEINRICHS, Helmut, “§ 241” en PALANDT, Otto (fundador), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 76.^a ed., München, C. H. Beck, 2017, München.

HERZBERG, Rolf, “Gedanken zur actio libera in causa: Straffrei Deliktsvorbereitung als ‘Begehung der Tat’ (§§ 16, 20, 34 StGB)?” en SEEBODE, Manfred (ed.), *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992* (citado como FS-Spendel), Berlín/New York, Walter de Gruyter, 1992, pp. 203-236.

HRUSCHKA, Joachim, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, Berlín, Walter de Gruyter, 1988.

—, “Ordentliche and außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf - Zur Geschichte and zur Bedeutung der Differenz von actio libera in causa in se and actio libera in sua causa”, en *ZStW*, vol. 96, 1984, pp. 661-689.

“Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit” en KAUFMANN, Arthur *et al.* (eds.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978* (citado como FS-Bockelmann), München, C.H. Beck, 1978, pp. 421-436.

JAKOBS, Gunther, “La omisión: estado de la cuestión” en ROXIN, Claus (*et. al.*), *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 129-151.

—, “Libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias” en Ídem, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid, Civitas, 2004, pp. 116-148.

—, *Rechtswang und Personalität*, Paderborn, Schöningh, 2008.

—, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2012.

JESCHECK, Hans-H./WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5.^a ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1996.

JOERDEN, Jan, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen*, Berlín, Duncker & Humblot, 1988.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho* (trad. Moisés NILVE), 2.^a ed., Buenos Aires, Eudeba, 2009 [1960].

KIEFNER, Martina, *Die Provokation bei Notwehr (§ 32 StGB) und Notstand (§ 34 StGB)*, Gießen, manuscrito original de tesis doctoral, 1991.

KINDHÄUSER, Urs, “§ 32” en KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfrid/PAEFFGEN, Hans-Ulrich, *Strafgesetzbuch* (citado como NK-StGB), 4.^a ed., Baden-Baden, Nomos, 2013.

—, “Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit. Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung”, en *GA*, 1994, pp. 197-223.

—, *Gefährdung als Straftat*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1989.

—, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7.^a ed., Baden-Baden, Nomos, 2015.

—, “Zur Funktion von Sorgfaltsnormen” en HEFENDEHL, Roland/HÖRNLE, Tatjana/GRECO, Luís (eds.), *Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014* (citado como FS-Schünemann), pp. 143-156.

LEIPOLD, Dieter, *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*, 8.^a ed., Tubinga, Mohr Siebeck, 2015.

MAÑALICH, Juan Pablo, *Nötigung und Verantwortung*, Baden-Baden, Nomos, 2009.

—, *Norma, causalidad y acción*, Madrid, Marcial Pons, 2014.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal*, 8.^a ed., Buenos Aires, BdeF, 2008.

MOMSEN, Carsten, *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten*, Berlín, Nomos, 2006.

—, “§ 35” en *Beck’scher Online - Kommentar Strafrecht* (citado como BK-StGB), 2012.

MONTIEL, Juan Pablo, “Sobre la relevancia de la distinción entre incumbencias y deberes en la dogmática jurídico-penal. A su vez, reflexiones a propósito del Vorverschulden” en CARNEVALI, Raúl (coord.), *Derecho, sanción y justicia penal*, Buenos Aires, BdeF, 2017.

—, “Obliegenheiten im Strafrecht?” en *ZStW*, vol. 126, n.º 3, 2014, pp. 592-614.

—, “Responsabilidad penal y provocación de eximentes: ¿Una nueva constelación de delitos de peligro?” en FALCONE, Andrés *et al.* (dir.), *Autores detrás del autor. Homenaje a Friedrich-Christian Schroeder en sus 80 años*, 2017 [en prensa].

MUSIELAK, Hans-Joachim/HAU, Wolfgang, *Grundkurs BGB*, 14.^a ed., Múnich, C.H. Beck, 2015.

PAWLIK, Michael, *Person, Subjekt, Bürger*, Berlín, Duncker & Humblot, 2004.

— *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.

PERALTA, José Milton, “Acerca de la función de las escalas penales, las consecuencias de una contradicción normativa y la responsabilidad en virtud de la actio illicita in causa” en *Discusiones*, n.º IX, 2010, pp. 131-160.

- PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *La imprudencia en el derecho penal*, Madrid, Atelier, 2012.
- RENZIKOWSKI, Joachim, *Notstand und Notwehr*, Berlín, Duncker & Humblot, 1994.
- *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Heidelberg, Mohr Siebeck, 1997.
- ROGALL, Klaus, “§ 35” en WOLTER, Jürgen (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* (citado como SK-StGB), 8.ª ed., Colonia, Carl Heymanns, 2013.
- RUDOLPH, Tobias, *Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 2006.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, “¿Incumbencias en Derecho Penal? Depende” en *Indret*, 1/2015.
- , *Imputación y teoría del delito*, Buenos Aires, BdeF, 2008.
- , “Las incumbencias como normas de conducta” en ŠILAR/SCHWEMBER AUGIER (eds.), *Racionalidad práctica*, 2009, pp. 157-161.
- , *La libertad en Derecho penal*, Barcelona, Atelier, 2014.
- , “Teoría del delito, imputación extraordinaria e incumbencias” en LUZÓN-PEÑA, Diego Manuel (ed.), *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 535-562.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, Heidelberg, Mohr Siebeck, 1985.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.ª ed., Buenos Aires, BdeF, 2010.
- SPENDEL, Günter, “Actio libera in causa und kein Ende” en WEIGEND, Thomas/KÜPPER, Georg (eds.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999* (citado como FS-Hirsch), Berlín/New York, Walter de Gruyter, 1999, pp. 379-390.
- , “Actio libera in causa und Verkehrsstraftaten” en *JR*, vol. 4, 1997, pp. 133-137.

STRENG, Franz, “§ 20” en JOECKS, Wolfgang *et al.*, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (citado como MK-StGB), München, C.H. Beck, 2017.

—, “‘actio libera in causa’ und Vollrauschstrafbarkeit - rechtspolitische Perspektiven” en *JZ*, 2000, pp. 20-27.

—, “Das Gesetzlichkeitsprinzip im Bereich der Schuldfähigkeitsentscheidung” en KUDLICH, Hans/MONTIEL, Juan Pablo/SCHUHR, Jan (eds.), *Gesetzlichkeit und Strafrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 2012, pp. 179-194.

—, “El principio de legalidad en el ámbito de la decisión sobre la capacidad de culpabilidad” en MONTIEL, Juan Pablo (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 267-284.

—, “Schuld ohne Freiheit? Der funktionale Schuldbegriff auf dem Prüfstand” en *ZStW*, 1989, vol. 101, pp. 271-334.

—, “Wie weit reicht das Koinzidenkprinzip? Aspekte des Zusammenhangs von Tatbestanmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld” en FAHL, Christian/MÜLLER, Eckhart/SATZGER, Helmut/SWOBODA, Sabine (eds.), *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe: Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag* (citado como FS-Beulke), Heidelberg, C.F. Müller, 2015, pp. 313 ss.

STÜHLER, Hubert, *Die actio libera in causa de lege lata und de lege ferenda*, Ergon, 1999.

VOGEL, Joachim, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlín, Duncker & Humblot, 1993.