

EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVA
Análisis dogmático de su consagración en la Ley
Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del nuevo
Código Penal

Juan Antonio Martos Núñez

Profesor titular de Derecho penal. Universidad de Sevilla

SUMARIO

I. Antecedentes históricos-legislativos de la responsabilidad penal. 1. Introducción. 2. Derecho penal romano. 3. El Derecho penal medieval. 4. La aportación del Derecho canónico. 5. Las Partidas. 6. El Derecho penal de la Monarquía Absoluta. 7.— La Codificación penal española.—II. Los fundamentos científicos de la responsabilidad penal. 1. Introducción. 2. Antecedentes y formulación del «*versari in re illicita*». 3. El «*versari*» en el Derecho Común. 4. El «*versari in re illicita*» en la ciencia y en la legislación penal española. 4.1. Los co-

mentaristas clásicos y el desarrollo del «*versari*». 4.2. El «*versari in re illicita*» en el Código Penal español de 1973. 4.3. El «*versari in re illicita*» en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.—III. El «principio de responsabilidad subjetiva» en el Código Penal de 1995.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS-LEGISLATIVOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

1. Introducción

La Ciencia y la Legislación Criminal revelan la vigencia histórica de la «responsabilidad objetiva», con independencia de la constatación de cualquier otro elemento de la «imputación subjetiva».

En efecto, los principios por los que se castiga el delito, en la sociedad primitiva, son muy vagos, los métodos de aplicación del castigo son impredecibles y variables, gobernados por el azar y la pasión personal más que por cualquier sistema de instituciones fijas. Realmente, los métodos más importantes son un subproducto de instituciones no legales, costumbres, arreglos y sucesos tales como la brujería y el suicidio, el poder del jefe, la magia, las consecuencias sobrenaturales de los tabúes y actos de venganza personal. El delito en la sociedad salvaje sólo puede definirse vagamente; a veces, como afirma Malinowski¹, es una explosión de pasión, otras el quebrantamiento de una prohibición formal, en ocasiones una tentativa contra determinada persona o propiedad (asesinato, robo, asalto) e incluso a veces el dejarse dominar por excesivas ambiciones o la riqueza no sancionadas por la tradición, en conflicto con las prerrogativas del jefe o de algún notable. Las instituciones legalmente efectivas de la sociedad primitiva son más bien formas de acabar rápidamente con un estado de cosas ilegal o intolerable, de restablecer el equilibrio en la vida social y de dar salida a los sentimientos de opresión y de justicia experimentados por los individuos.

Siempre que un hombre es asesinado por gente de otro subclán, existe la obligación del talión, aunque, en la práctica, solamente es

¹ MALINOWSKI, *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, traducción de J. y M. T. Alier, 4.^a edición, ediciones Ariel, Barcelona, 1973, pp. 118 y ss.

obligatorio en los casos de un adulto masculino de cierta categoría o importancia; e incluso entonces se considera superfluo cuando el difunto ha encontrado la muerte por su propia culpa. En otros casos, cuando el honor del subclán exige claramente la venganza, ésta se puede eludir por la sustitución de pago de la sangre («*lula*»). Ésta era una costumbre establecida después de una guerra para concluir la paz cuando se pagaba al otro lado, por cada uno, muerto y herido. Aun en el caso de que se hubiese cometido un asesinato u homicidio, un «*lula*» (pago de la sangre) relevaría a los sobrevivientes del deber del talión («*lugwa*»)².

En el Derecho primitivo, por tanto, regía, como subraya Mir Puig³, el principio de la «responsabilidad objetiva» o «responsabilidad por el resultado», según el cual bastaba la causación de una lesión para que fuese posible la responsabilidad penal, «aunque el autor no hubiese querido dicha lesión ni la misma se debiera a imprudencia». La evolución del Derecho penal se ha orientado hacia la «espiritualización» de la responsabilidad penal, que ya se inició en el Derecho romano y llega a nuestros días, tras el paréntesis germánico de la Edad Media. Actualmente, es doctrina dominante que la pena del delito doloso (querido) debe ser mayor que la del delito imprudente (culposo), y que si ni siquiera concurre imprudencia, porque el sujeto actuó con el cuidado que le era exigible, no cabe imponer pena alguna. Sin embargo, como apunta el referido autor⁴, los vestigios de la «responsabilidad objetiva» han llegado hasta el presente, y hasta la reforma de 1983 el Código Penal español conocía «delitos cualificados por el resultado» que suponían una responsabilidad penal que no requería dolo ni imprudencia, así como algún punto de apoyo para otras manifestaciones del llamado «*versari in re illicita*» que permitía atribuir penalmente las consecuencias fortuitas de un acto inicial ilícito.

Históricamente el círculo de los sujetos pasivos de la pena rebasó con mucho al individuo vivo, imputable, que actúa culpablemente, mediante la práctica de la «responsabilidad colectiva». En su virtud,

² Cfr. p. 141.

³ MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 4.ª edición, PPU, S. A., Barcelona, 1996, p. 97.

⁴ Cfr. p. 98.

la culpabilidad se transmite a cuantos viven bajo el mismo techo. No es todavía individual, porque no existen «individuos», sino miembros de un grupo. Primero, el vengador ataca al enemigo, no en su persona, sino en la de su hijo, totalmente ajeno al hecho. Luego se constituye una colectividad de vengadores que a su vez caen no sólo sobre el culpable, sino también sobre sus parientes. Esta costumbre jurídica peculiar, que hunde sus raíces en necesidades elementales de nuestra vida afectiva, tuvo también un cierto y crudo valor utilitario, puesto que cuando vemos que en Palestina, en la Roma antigua, en la Rusia de Iván el Terrible, y de nuevo en la Rusia del siglo xx, se da muerte al padre y a los hijos, hay que pensar, como advierte Von Hentig⁵, en el imperativo de la venganza de la sangre, que se dirige en primer lugar contra el hijo.

La interpretación sociológica o psicológica de la «responsabilidad colectiva» demuestra que en ella afloran impulsos humanos básicos que, penosamente reprimidos, tratan, en determinadas condiciones, de salir a la superficie. El problema radica en dar prioridad al insustituible «principio de la culpabilidad individual» o en concedérsela al antiguo pensamiento, ilimitado de la intimidación. Con manifiesta infracción del principio de que «no hay pena sin culpabilidad», se construye, sobre la base de la pertenencia a un grupo, una especie de sustitutivo de la culpabilidad, a juicio del mencionado autor⁶. Por otra parte, algunos ordenamientos jurídicos establecen una responsabilidad colectiva de carácter más fáctico que jurídico, haciendo recaer sobre una pluralidad de personas decisiones peligrosas y de graves consecuencias; v. gr., la pena capital de los antiguos israelitas era la lapidación. En ella tomaba parte todo el pueblo, asumiendo así la responsabilidad colectiva inmediata. También, el pelotón de ejecución militar es otro grupo que, interpuesto entre el poder del mando del superior o del tribunal militar y el delincuente, refleja la responsabilidad colectiva.

En el Derecho antiguo, la elevación moral y la depravación del individuo se confunden con los méritos y las faltas del grupo a que per-

⁵ VON HENTIG, *La Pena*. Volumen I: *Formas primitivas y conexiones histórico-culturales*. Traducción y notas por José María Rodríguez Devesa, editorial Espasa-Calpe, S. A., Madrid, 1967, p. 21.

⁶ Cfr., pp. 22 y s.

tenecen, o no son consideradas más que en segunda línea. Si la comunidad peca, su pecado es mucho más grande que la suma de los que cometen sus miembros. El crimen es un acto colectivo y sus consecuencias se extienden a mayor número de personas que las que han tomado parte en él. Además, si el individuo ha cometido un crimen que llama la atención, sus hijos, sus padres, los hombres de su tribu o sus conciudadanos son castigados con él, y alguna vez por él. Sucede así que, como subraya Sumner Maine⁷, las ideas de responsabilidad y de retribución moral parecen más claras en los tiempos muy antiguos que en los menos alejados, porque, como el grupo de familia es «inmortal» y permanece indefinidamente expuesto a los castigos, la inteligencia de los tiempos primitivos no está embarazada por las cuestiones oscuras a que daría lugar el considerar al individuo como completamente aislado del grupo.

La especie griega de una herencia de maldición marca un paso en la transición del antiguo punto de vista a las posteriores explicaciones teológicas o metafísicas. La herencia que el primer criminal dejaba a su posteridad no era ya el peligro del castigo, sino el peligro de cometer nuevos crímenes que lo merecieran; y, de este modo, la responsabilidad de la familia vino a unirse a la nueva forma de pensamiento que limitaba a la persona del criminal las consecuencias del delito.

En los Códigos pre-hamurábicos, aunque en varios delitos aparece un elemento subjetivo como factor material, no existe referencia expresa en el texto de la disposición legal de nociones tales como «intención criminal» o «premeditación», a pesar del hecho de que pueden considerarse como implícitas. Tampoco aparece el concepto de «culpa» y la responsabilidad se basa únicamente, como apunta Drapkin⁸, «en los resultados materiales del hecho». En cambio, las Leyes de Hammurabi tienen en cuenta, a la hora de determinar la punibilidad de un hecho o acción, no solamente el hecho en sí, sino también el daño producido y la intencionalidad del sujeto. Para ser imputable un delito, éste debía ser cometido conscientemente. El suceso causal y la fuerza mayor no eran punibles. Así, por ejemplo,

⁷ SUMNER MAINE, *El Derecho Antiguo. Parte General*, trad. de A. Guerra, Madrid, 1893, reedición de Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1993, p. 90.

⁸ DRAPKIN, «Los "Códigos" pre-hamurábicos», *ADPCP*, 1982, p. 345.

la ley no castigaba a quien en el transcurso de una pelea hería a otro y luego atestiguaba bajo juramento que no había tenido intención de causar daño. En este sentido —y dejando a un lado la «*lex talionis*»— el Código de Hammurabi se diferenciaba notablemente de las leyes anteriores y significaba, en opinión de Lara Peinado⁹, «un paso adelante en la concepción del Derecho penal».

Sin embargo, el referido Código regula numerosos supuestos de responsabilidad objetiva. Así, v. gr., en los casos de «muerte por desplome de una casa», «si un albañil ha edificado una casa para un señor, pero no ha dado solidez a la obra, y la casa que construyó se ha desplomado y ha causado la muerte del propietario de la casa, ese albañil recibirá la muerte» (parágrafo 229). Lo usual era construir las casas de adobes secos al sol, sin el uso de la plomada. Esta circunstancia, unida a la naturaleza endeble del material y a la impericia del albañil, motivaban frecuentes desplomes, ocasionando la muerte del propietario, se aplicaba la pena del Talión, que paradójicamente castigaba a un inocente: «Si es al hijo del propietario de la casa a quien ha causado la muerte, recibirá la muerte el hijo de ese albañil», según disponía el parágrafo 230 del CH. En los supuestos de «muerte por golpes»; «Si ha muerto a causa de los golpes recibidos, el hombre libre jurará “No le golpeé deliberadamente”» (parágrafo 207). En el caso de que la riña hubiese degenerado hasta el extremo de causar una muerte, si ésta había sido involuntaria, el causante debía jurar su no intencionalidad y luego pasar a los herederos de la víctima una indemnización estipulada en media «mina» de plata, esto es, 30 «sicles» (250 gramos).

Por el contrario, «Si un señor ha golpeado a la hija de otro señor y motiva que aborte, si esta mujer muere, su hija recibirá la muerte» (parágrafos 209 y 210). La dureza de esta ley da a entender que los golpes han sido intencionados y que si bien no buscaban la muerte de la mujer, la gravedad de los mismos la motivaban finalmente tanto en las leyes asirias como en el Éxodo (22-23), se aplica para este mismo caso la Ley del Talión, si bien en ellas el castigado a muerte es el autor de los golpes y no su hija, como se legisla en el CH. En los casos de «muerte por malos tratos», «Si la prenda, en la casa del em-

⁹ LARA PEINADO, *Código de Hammurabi*, Editorial Nacional, Madrid, 1982, pp. 68 y ss.

bargador, ha muerto apaleada o a consecuencia de malos tratos, el propietario de la prenda lo probará contra su mercader, y si la prenda era el hijo de un señor darán muerte al hijo del mercader, y si era un esclavo del citado señor, el mercader pesará un tercio de «mina» de plata; además, perderá todo lo que haya prestado, según establece el parágrafo 116 CH¹⁰. Finalmente, en los supuestos de «muerte por operación», «Si un médico ha llevado a cabo una operación de importancia en un señor con una lanceta de bronce y ha causado la muerte de ese señor o si ha abierto la cuenca del ojo de un señor con la lanceta de bronce y ha destruido el ojo de ese señor, se le amputará su mano», según prescribe el parágrafo 218 CH. Lógicamente, a la vista de esta legislación tan radical, los médicos intervenían únicamente en casos muy claros de alcanzar éxito. Asimismo esta legislación motivó que la medicina interna y la cirugía alcanzasen un mínimo desarrollo en Babilonia.

También en la China Imperial, para la estabilidad del Gobierno, se reputaba fundamental el principio de la «responsabilidad colectiva», en cuya virtud la población se subdividía en unidades de cinco o diez familias y, dentro de ellas, cada individuo es igualmente responsable por las faltas cometidas por cualquier otro miembro integrante de su unidad y era igualmente castigado si no informaba oportunamente a las autoridades de lo que había sucedido. Por tanto, las corrientes legalistas dejaron una huella imperecedera en la legislación china con su concepto de responsabilidad de grupo, especialmente en los casos de traición y otros similares¹¹.

¹⁰ Se trata de la primera aplicación *stricto sensu* de la Ley del Tali3n, la cual aplicaban los babilonios para la reparaci3n de los da1os que pod3a recibir un hombre libre. Este principio, que era s3ntesis y principio fundamental del Derecho mesopot3mico, consist3a en devolver id3ntico da1o al ofensor. Mediante esta ley se daba cumplimiento a los dos aspectos del delito: el jur3dico, castigando los delitos sociales a fin de mantener el respeto mutuo y la paz p3blica, y el individual, restituyendo a cada cual aquello en que fue perjudicado y d3ndole satisfacci3n en aquello en que fue ofendido. Con el Tali3n se satisfac3a el instinto de venganza, determinando a un tiempo que la pena no excediera de los l3mites de la ofensa, pero no se obten3a en cambio ninguna indemnizaci3n. Poco a poco la Ley del Tali3n fue desapareciendo, siendo sustituida por la compensaci3n econ3mica proporcional al da1o causado.

¹¹ Vid. DRAPKIN, «Proleg3menos al estudio de Derecho penal en China Imperial», *ADPCP*, 1982, pp. 587 y ss.

Por consiguiente, en casi todos los pueblos se puede afirmar, según Pereda¹², que nace el Derecho penal con carácter objetivo; es decir, la responsabilidad surge por el mero hecho o resultado criminal, prescindiendo del aspecto subjetivo del delincuente. Se ha matado a un hombre; se sabe quién es el agente y, sin más, se le aplica la pena. Que fue sin querer, que era un sonámbulo, un loco, que fue pura fatalidad, contra su voluntad: no importa. Hay un hombre muerto por otro, y éste debe sufrir la pena. El análisis psicológico es fruto refinado del espíritu humano: primero se vive hacia afuera, se ve lo exterior con mirada sencilla y espontánea, y es natural, por tanto, que a ese exterior se acomode la vida jurídica y muy particularmente la Administración de Justicia.

Luego vendrá la reflexión, el análisis psicológico, el estudio de la trascendencia de lo interior en el obrar humano, y poco a poco irá pasando al primer plano, para el estudio de la responsabilidad, lo que antes ni se tenía en cuenta; y obligará a declarar completamente libre de responsabilidad penal, a pesar del resultado dañoso al que ha obrado impulsado por fuerzas interiores o exteriores que han violentado su voluntad.

He aquí, pues, un caso típico de pura «responsabilidad objetiva»:

«Cometiste casualmente un homicidio de manera que a ninguno querías matar, ni herir, llevado de la ira, ni con vara ni con hierro, ni con instrumento alguno de azotar, sino ibas sencillamente a cazar y quisiste asaetear a una fiera y de manera imprevista y sin quererlo, ni caer en la cuenta mataste a un hombre, en vez de matar a una fiera...»¹³

Parece claro, pues, que el Derecho primitivo anuda la responsabilidad, no a una culpa precedente, sino a la mera causalidad material, es decir, que impera el principio de atenerse a las resultas o de la «*Erfolgshaftung*» en el que van haciendo mella las excepciones, pri-

¹² PEREDA, «Vestigios actuales de la responsabilidad objetiva», *ADPCP*, 1956, pp. 213 y ss.

¹³ Citado por PEREDA, cfr. p. 214.

mero de la imputabilidad y luego de la culpabilidad, hasta que el término del ciclo, de modo inverso, se caracteriza por el predominio de la culpabilidad en el que también perviven excepciones. En consecuencia, el elemento objetivo, el daño desempeña una función preponderante para la determinación del concepto de delito en los sistemas penales escasamente desarrollados. En ellos, delito será toda producción antijurídica de un resultado dañoso; este elemento de hecho, el resultado, es el decisivo: «*Le fait juge l'homme*»; «*Die tat tötet den Mann*», rezan dos antiguos refranes jurídicos que expresan gráficamente este principio, y a ese mismo elemento de hecho externo va ligada la responsabilidad, que será, por tanto, responsabilidad por el resultado; lo que no significa que se desatienda el elemento volitivo y pretenda sancionarse la falta de voluntad culpable, sino que ésta se presume tras el hecho y se considera el resultado dañoso como la expresión sensible de la voluntad criminal.

Así, en el Derecho germánico la primitiva concepción del delito aparece basada sobre la responsabilidad por el resultado. A este elemento de hecho se ligó la responsabilidad jurídico-penal que se presenta inicialmente como «*Erfolgshaftung*» y no como «*Verschuldungshaftung*», responsabilidad por la culpa. De este resultado dañoso se deducía sin más la existencia de la voluntad nociva. La responsabilidad por el resultado se atenúa en los Derechos germánicos cuando comienza a tomarse en consideración, inicialmente de modo tipificador, el elemento volitivo; surge entonces frente al «*Willenswerk*», hecho querido, la figura de los «*Ungefährwerke*», hechos típicos, en que, de acuerdo con la conciencia popular, se excluía de antemano la existencia de la mala intención en el autor, sin que la constatación de esta falta de voluntad debiera realizarse en el caso concreto. En el primitivo Derecho germánico falta una teoría de la culpabilidad. La consideración especial de los «*Ungefährwerke*» se reflejaba en las consecuencias que de ellos se derivaban; a saber: no originaban ruptura de la paz ni perseguía al autor la venganza de la parte ofendida, o era en todo caso redimible por una compensación pecuniaria, cuya importancia varió según las épocas. El período Franco presencia una evolución en el tratamiento penal de los «*Ungefährwerke*»: para evitar que bajo la forma de un hecho típicamente fortuito pudiera encubrirse la intención dolosa, se establece el requisito de la «*Verklärung*», por la cual debía probar el autor en el caso concreto el carácter casual del hecho y la ausencia de mala

intención. El momento subjetivo adquiere, pues, una importancia primordial¹⁴.

2. Derecho penal romano

En el Derecho penal romano, el concepto de delito requiere la existencia de una voluntad contraria a la ley en la persona capaz de obrar. Este principio fundamental del Derecho penal ya desarrollado fue desconocido en el Derecho penal de los primeros tiempos; entonces se cuestionaba sobre el hecho en sí, antes que sobre el estado del alma en que el mismo tenía su base. La antigua concepción de que la muerte dada a un hombre origina una deuda que debe ser reparada, haya tenido el autor intención de causarla o no la haya tenido, no había desaparecido todavía completamente en el momento en que comienzan nuestras noticias históricas, o sea en el Código de las Doce Tablas, pero estaba muy en decadencia. Con respecto a las lesiones corporales y al daño causado en las cosas, parece que, no existiendo culpabilidad, no había tampoco responsabilidad, y lo propio debe decirse sin la menor duda, según Mommsen¹⁵, del homicidio. Es bien seguro que el citado Código disponía, contra lo mandado en las prescripciones antiguas, que cuando el hecho se hubiese realizado sin intención, tuviese lugar la expiación religiosa, pero que no se impusiese pena alguna. Las posteriores leyes penales tomaban por base, absolutamente, la voluntad antijurídica del agente.

El fundamento ético de dicha voluntad, sin la que no podía darse delito ni pena, podía intervenir, ora bajo la forma de «ofensa intencional a la ley moral y a la ley del Estado» («*dolus*»), bien bajo la forma de «descuido o negligencia culpable» («*culpa*»), en la observancia de las mismas. La ofensa intencional de la ley moral y de la ley del Estado se individualizaba, con arreglo a cada hecho concreto, como propósito («*animus*») de matar, robar, etc., según se hallasen determinados los elementos constitutivos de cada clase de hechos. Es-

¹⁴ Vid. ORLANDIS, «Sobre el concepto de delito en el Derecho de la Alta Edad Media», *AHDE*, tomo XVI, 1945, pp. 114 y ss., núms. 6 y 11.

¹⁵ MOMMSEN, *Derecho Penal Romano*, trad. de P. Dorado, editorial Temis, Bogotá, 1976, pp. 60 y ss.

ta voluntad delictiva se denominaba «astucia», «*dolus*», reforzada, generalmente por el adjetivo «mala», «astucia mala», «*dolus malus*», ejercida con conciencia de la injusticia. Con estas palabras, en sentido estricto, se indicaban los actos contrarios a la ley, ejecutados conscientemente, pero sin violencia; y empleándolas en sentido amplio, abarcaban también todos los actos contrarios a la ley, ejecutados conscientemente, incluso los practicados con violencia. Bajo la denominación de «*dolus*» se comprende la violación de la ley moral, lo mismo en el Derecho civil que en el Derecho penal, pero sólo en este último orden es donde esa violación sirve de fundamento a una acción o demanda.

No obstante, la ley moral podía también ser violada sin que el sujeto tuviera voluntad de violarla; bastaba con el que el agente ejecutara aquellos actos que una previsión inteligente enseña que pueden o que tienen necesariamente que resultar nocivos para una tercera persona. El perjuicio ocasionado por semejantes actos, productos del descuido y de la imprudencia, era una falta pequeña, pero en todo caso una falta ética que daba lugar a la punibilidad, lo propio que cualquier otro delito, mientras que la omisión de un acto provechoso para una tercera persona, aunque podía ser también contrario a la ley moral, no era considerado como delito por la legislación del Estado. En el Derecho antiguo, la persecución de la citada falta se hacía mediante el procedimiento penal privado, por causa de una lesión corporal causada a un hombre libre y por causa de un daño en los bienes, hechos que se denominaban «*iniuria*»¹⁶, sin distinguir al efecto entre la ofensa prevista y la no prevista, pero evitable. Posteriormente, el concepto de lesión corporal causada a un hombre libre, por una parte se hizo extensivo a toda lesión personal, y por otra parte se limitó a las lesiones intencionales exclusivamente, con lo que se formó con este delito una figura especial e independiente, que fue la «*iniuria*»; mientras que de otro lado, con las lesiones corporales no intencionales y con los daños causados en las cosas, bien fueran causados con intención o sin ella, se formó una segunda figura de delito, el «*damnum iniuria*», siendo de advertir que el fundamento ético que bastaba para servir de base a este delito, o sea, la culpa de naturale-

¹⁶ Vid. BARBERO SANTOS, «Honor e "iniuria" en el Derecho Romano», en *Estudios de Criminología y Derecho Penal*, Universidad de Valladolid, 1972, pp. 303 y ss.

za criminal que ocupaba el lugar de la intención, solía denominarse culpa aquiliana, para distinguirla de la culpa contractual, esto es, de la responsabilidad dimanante de los contratos¹⁷.

Sobre estos fundamentos científicos parece evidente que en el Derecho penal romano nadie podía ser condenado si, previamente, no se había demostrado su participación, voluntaria o imprudente, en la comisión de un delito contra la ley moral o la ley del Estado romano. Consecuentemente, v. gr., el Proceso de Cristo¹⁸ revela una suerte de «responsabilidad objetiva», en tanto que el representante de la Ley romana, el «*praefectus*», Lucio Poncio Pilato, proclamó la inocencia de Jesús. A juicio del gobernador y conforme a la «*Lex Iulia*», promulgada por Julio César, Jesucristo no había atentado contra la majestad del emperador, ya que la definición del «*crimen maiestatis*» que daba la citada Ley romana era tan amplia que incluía todo aquello que el emperador o su representante estimase nocivo para la autoridad de Roma. Por tanto, el Procurador convocó a los príncipes de los sacerdotes, a los magistrados y al pueblo, manifestándoles:

«Me habéis traído a este hombre como alborotador del pueblo, y habiéndole interrogado yo ante vosotros, no hallé en Él delito alguno de los que alegáis contra Él. Y ni aun Herodes, pues nos lo ha vuelto enviar. Nada, pues, ha hecho digno de muerte. Le corregiré y le soltaré» (San Lucas, 23, 13-16, y San Juan, 19, 1).

En suma, Jesucristo no obtuvo la tutela efectiva de los jueces y tribunales que conocieron su causa; estuvo indefenso, fue inducido a declarar contra sí mismo y a confesarse culpable, con manifiesta infracción de los derechos humanos consagrados internacionalmente, así como en nuestra Ley Fundamental¹⁹.

Por otra parte, en el Derecho penal romano únicamente las muertes voluntarias caían bajo la acción de la «*Lex Cornelia*», dada por Sila. De las muertes involuntarias culposas y de los incendios culposos,

¹⁷ Vid. MOMMSEN, cfr. pp. 61 y ss.

¹⁸ Vid. MARTOS NÚÑEZ, «El Proceso de Cristo: Aspectos Jurídicopenales y procesales», *RDPC*, n.º 4, 1994, pp. 595 y ss.

¹⁹ Vid. MARTOS NÚÑEZ, cfr. pp. 626 y ss.

la Jurisprudencia romana, si bien no los incluyó en la materia propia de la Ley Cornelia, sin embargo los tuvo muy presentes al estudiar ésta. La índole de los motivos hacía que fuesen moralmente diversos los homicidios, y estas diferencias morales las tuvieron en cuenta muchas veces, lógicamente, los magistrados, los Tribunales del pueblo y de los jurados, no solamente para hacer las pertinentes declaraciones de culpabilidad, sino también para graduar la medida de la pena, aunque siempre dentro de los límites consentidos por el Derecho vigente. En el caso de que el aborto hubiese originado la muerte de la mujer, se imponía la pena capital. Según el Derecho de las Doce Tablas, se consideraba como delito privado, además de la privación de la propiedad, o sea el «*furtum*», el daño causado a alguien en su cuerpo o en sus cosas, daño que se concebía como «*iniuria*». La Ley Aquilia, por su parte, consideraba como daños si se trataba de seres vivos, la muerte de ellos, estimando los jurisconsultos como muerte todo hecho que diese origen a ella, haciendo incluir en el horizonte de los hechos comprendidos en la ley todo acto manual que produjese daños: el herir, el ensuciar, el llevar los objetos a algún sitio de donde fuera imposible readquirirlos; v. gr., tirándolos al agua. Particular relieve alcanza la punibilidad del médico ignorante o descuidado que producía daños con su impericia o negligencia. En este delito se consideraba que existía el elemento de la culpabilidad moral, no tan sólo cuando el agente hubiera causado el daño de propósito e intencionadamente, sino también cuando causara por inadvertencia otros que hubiera debido prever; por consiguiente, respondía, no solamente cuando hubiese obrado con mala intención, con «*dolus*», sino también cuando lo hubiera hecho sin intención, o sea con «*culpa*» (aquilia).

Asimismo, existían una serie de acciones derivadas de delitos, las cuales no caían dentro del círculo de los daños a la propiedad sancionados por la Ley Aquilia, pero que, sin embargo, eran consideradas y sentenciadas de un modo más o menos análogo a las aquilianas. Eran, entre otras, las siguientes:

1.º) «*Homicidio culposo de hombres libres*». Según la Ley de las Doce Tablas, cuando la muerte dada a un hombre libre no pudiera ser castigada como homicidio, solamente daba lugar a imponer por ella una expiación de carácter religioso, ya que, de una parte, había quedado postergada y vencida la antigua constitución y organización

social basada en la familia, y, de otra, en esta época ya se había abolido la venganza de sangre. Posteriormente, el Derecho norario o de los magistrados dispuso que en caso de homicidio, no doloso, sino culposo, si éste hubiera sido causado por un animal fiero que indebidamente tuviese alguna persona, el autor del mismo debía ser condenado a pagar por vía de pena una indemnización de 2.000 sestericios; indemnización que subía a 5.000 sestericios si el homicidio hubiera provenido de haber tirado o arrojado alguna cosa que mata-
ra a la víctima.

2.º) *Lesión corporal de hombres libres.* Las lesiones corporales causadas culpablemente a un hombre libre, y que no pudieran ser consideradas según la ley correspondiente como tentativa de homicidio, eran castigadas por el Derecho de las Doce Tablas como caso de injuria, siendo probable que el resultado fuera el mismo tanto si hubieran sido producidas con intención como sin ella.

3.º) *El incendio doloso.* Era incluido entre los delitos de homicidio, por el peligro que generaba para la vida humana, mas esto no impedía que se le estimara también, en general, como caso de daños, con tanto mayor motivo cuanto que la acción de homicidio no garantizaba ninguna indemnización a aquellos que hubiesen sido perjudicados por el incendio. Por consiguiente, en el Derecho penal romano, el incendio se consideraba como delito doble, según que ofreciera peligro de muerte o sólo daño en la propiedad; para considerarlo del primer modo era preciso que se hubiese realizado con dolo, mientras que para considerarlo del segundo solamente se exigía la existencia del incendio en general²⁰.

En suma, el Derecho penal romano superó el principio de la ciega responsabilidad por el resultado hasta llegar a considerar el «*dolus*», en la última fase de la evolución, como elemento esencial. En cambio, el conocido objetivismo germánico hizo que su Derecho permaneciera estancado en la responsabilidad por el fortuito. Ello explica, según Díaz Palos²¹, que al entrecruzarse las dos tendencias se produjeran figuras híbridas, algunas de las cuales permanecen más o menos larvadas. Tales son: el «*versari in re illicita*» y el «*dolus indi-*

²⁰ Vid. MOMMSEN, cfr. pp. 388 y ss.

²¹ DÍAZ PALOS, «Responsabilidad penal objetiva», *RGLJ*, 1981, vol. 1, p. 506.

rectus» del Derecho común. Por el contrario, la segunda especie de culpabilidad, la «culpa», por su mayor sutilidad, puede decirse que carece de una firme tradición jurídica como categoría general, hasta el punto de que la «*Lex Aquilia*» refirió los grados de culpa al campo civil. En materia penal, es más que dudoso, a juicio del mencionado autor, que se admitiesen delitos por mera culpa. Y es sintomático que la culpa o imprudencia llegase a las puertas mismas de la Codificación como un cuasi-delito. La huella de una tal concepción se percibe aún en el Código Penal vigente en España.

3. El Derecho penal medieval

Muy raras son las huellas que se encuentran en nuestras fuentes de una aplicación directa del principio de la responsabilidad por el resultado, pues, según Orlandis²², faltan testimonios de su vigencia en ordenamientos jurídicos locales, incluso los más remotos, y sólo a través de algunos raros documentos podemos encontrar noticias de su permanencia en la vida práctica. En cambio, más numerosas son las noticias que, en supuestos de este género, excluyen expresamente la existencia de responsabilidad; las fuentes enumeran una serie de hipótesis consideradas típicamente fortuitas, y así van detallando que no corresponde pagar «homicidio» por la muerte del hombre ahogado en río, en pozo o de aquél sobre quien cayó árbol o muro. Otras fuentes, sintetizando la idea, dicen que no debe pagarse por las muertes que no ocasionó mano de hombre, por las producidas «*sine manuum injectione*». La responsabilidad viene, por tanto, excluida en los casos típicos en que debía fundarse únicamente sobre el resultado; pero el mismo detalle con que esta exclusión se realiza, si bien prueba la no subsistencia, al menos consagrada jurídicamente, de aquella responsabilidad, no deja de ser, al mismo tiempo, un evidente indicio de su efectividad pasada. Mas no son estas exclusiones de la responsabilidad en supuestos típicamente fortuitos la mejor prueba de que aquélla no se fundaba ya en el puro resultado. Las noticias de las fuentes de nuestra Alta Edad Media presentan, por lo general, la responsabilidad por el resultado como un estadio de la evo-

²² ORLANDIS, cfr. p. 115.

lución jurídica superado ampliamente: el elemento subjetivo ha conseguido una importancia decisiva en el concepto del delito, y los textos reflejan claramente este fenómeno al dar una relevancia siempre mayor a la voluntad del autor, a los móviles que le han inducido a obrar en el caso concreto. La falta de voluntad criminal, en sentido genérico, aparece en algunas fuentes como circunstancia atenuante: esta idea expresa al hablar de heridas causadas «*absque voluntate*», de homicidios que no se ocasionaron «por sana o por mala voluntad»; la «*caloña*» que por aquéllas debía pagarse era muy inferior a la normal, mientras que los homicidios involuntarios no acarreaman, generalmente, más sanción que la composición pecuniaria, sin el acostumbrado séquito de la «*inimicitia*» y la multa a la autoridad pública.

Atenuantes o eximentes considéranse también ciertos casos concretos en que se dan tales circunstancias que no cabe presumir la acción como plenamente voluntaria; así sucede con las heridas causadas en juego y, especialmente, en las violencias contra las personas que se ocasionaron en reyerta: la lucha, la «*báraia*» supone falta de frialdad en la decisión y de completa libertad en el proceder y constituye una circunstancia que se toma muy en cuenta en algunas fa-
zañas del Libro de los Fueros. Por consiguiente, el elemento subjetivo fue factor fundamental para la determinación del concepto del delito. La premeditación, la perversidad de sentimientos que revela el «*conseio*», el «*dolus*», determina la gravedad cualificada del delito. La diferenciación entre hecho doloso y voluntario se realiza en las legislaciones bárbaras bajo la influencia del Derecho romano-canónico; la finalidad que persigue es hacer la pena proporcionada a la gravedad del hecho y su prevalencia se afirma paulatinamente a medida que se atenúa el sistema de la responsabilidad por el resultado.

Por otra parte, así como el homicidio era la causa más frecuente y regular de la «*inimicitia*» entre el autor y la parte ofendida, fueron las lesiones y heridas los delitos por los que con más constancia se aplican en las fuentes, penas inferiores y, especialmente, económicas. La graduación de la importancia de estos delitos realizase con criterio fundamentado, esencialmente, sobre el elemento objetivo; es éste, sin duda, uno de los aspectos de nuestro sistema penal de la Alta Edad Media en que más tenazmente influyen los principios de la res-

ponsabilidad por el resultado. Las circunstancias externas del hecho son el factor determinante de su mayor o menor gravedad y para fijarlas acuden las fuentes a las más variadas distinciones; considérase a veces el modo como se cometió el delito o las armas empleadas; otras fuentes siguen distintos criterios: medida de gravedad de la lesión era en algunas el que ocasionara o no derramamiento de sangre; en otras, que el agredido hubiera caído o no, y nuevos criterios son todavía, que el arma hubiera o no atravesado el cuerpo del herido y aun la parte del cuerpo que hubiera sufrido la lesión. A fin de determinar, conforme a tales criterios, la gravedad del delito en el caso concreto, establecen algunas fuentes una formalidad especial, el «apreciar» o «aprobar» la herida o lesión.

Finalmente, la responsabilidad del propietario por los daños que causaran sus animales y cosas, se basa en la idea de la responsabilidad por el resultado. En efecto, el daño se juzga, según ella, como el factor de máxima relevancia, mientras no se aprecian aún, al menos en todo su alcance, los elementos subjetivos determinantes de la voluntariedad del hecho. Por tanto, era preciso, ante la existencia de un daño real, de un delito, derivar las consecuencias que el hecho en sí originara, y a nadie podía alcanzar con más razón que al propietario, a quien la cosa estaba ligada del modo más íntimo. Que aquél fuera o no culpable del daño era circunstancia hasta cierto punto indiferente para que le correspondiera una responsabilidad. «Toda cosa que mate a hombre debe homicidio»; y este principio no sufre excepción alguna. Sin embargo, como apunta Orlandis²³, son muy raros en nuestras fuentes los testimonios de una aplicación estricta de los principios de la responsabilidad por el resultado y, concretamente, en los supuestos de daños originados por cosas. El criterio más difundido y que corresponde a un ulterior estadio de la evolución jurídica fue el de exigir en el propietario de la cosa un determinado grado de culpa o negligencia para que pudieran imputársele los daños por ella ocasionados. Así, por ejemplo, quien debiera derribar árbol o pared estaba obligado a dar aviso a los que se hallaren en las cercanías para que se pusieran a seguro, y de no hacerlo convertíase en responsable de las lesiones o muertes que se pudieran originar.

²³ Cfr. p. 115.

4. La aportación del Derecho canónico

En materia de responsabilidad criminal, la ideología bíblica supone un avance que permite el paso de la responsabilidad del grupo o clan para la venganza del delito, a la responsabilidad individual, que dará lugar a que pueda considerarse la subjetivización de los hechos delictivos. La actuación de la Iglesia, influida por la concepción bíblica, fue decisiva para establecer la responsabilidad penal individualizada, inaugurando así una nueva Criminología. El texto del profeta Ezequiel pone de manifiesto el salto social que se ha producido:

«Y si dijerais: ¿por qué no ha de pagar el hijo la iniquidad del padre? Pues porque el hijo hizo juicio y justicia y guardó mis mandamientos y los puso por obra, y de cierto vivirá. El alma que pecare, ése morirá, el hijo no llevará sobre sí la iniquidad del padre, ni el padre la del hijo, la justicia del justo será sobre él, y sobre él será la iniquidad del malvado» (Ezequiel, 18, 19-20).

El referido texto supone la desintegración del grupo, con obligación de reparar el delito, y el reconocimiento del individuo como unidad primaria de la responsabilidad, por lo que, Goti Ordeñana²⁴, «podemos considerarlo como el punto de arranque del actual sistema del Derecho criminal». Los caracteres que fueron elaborándose en la formación del Derecho canónico criminal decretal, y que aún están influyendo en la Ciencia penal actual, son, básicamente, los siguientes:

1.º) La «*aequitas canónica*» como principio informador que, con mayor o menor consciencia, está vigente tanto en la creación como en la aplicación del Derecho penal, y que consiste en la pretensión de aplicar el ideal de justicia a los casos concretos. La tendencia a la delimitación de las figuras delictivas, la inclinación a estimar el elemento de culpabilidad, la consideración de las circunstancias y la orientación a la valoración de las penas como medicinales y vindicativas, son consecuencia de este principio, es decir, del intento de apli-

²⁴ GOTI ORDEÑANA, «Deuda de la Ciencia penal y la Criminología al Derecho Canónico Medieval», en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona*. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain, San Sebastián, 1989, pp. 215 y ss.

car una justicia teniendo en cuenta la lesión social, pero acomodándola a la persona del delincuente.

2.º) El «*estudio del delincuente*». Constituye el factor más interesante del Derecho criminal canónico, cuya importancia consiste especialmente en el hecho de haber acentuado enérgicamente su oposición a la concepción objetivista del delito, idea propia del Derecho germánico, dando un alto relieve al elemento subjetivo del delito. Por la influencia de la tradición bíblica en los Santos Padres, la primera doctrina canónica comienza atribuyendo la responsabilidad del hecho delictivo a quien lo haya cometido, sin que se pueda achacar a los hijos los delitos de los padres o viceversa, rompiendo así el fundamento de la venganza privada. Más tarde se dedicarán a la exposición de los principios de la imputabilidad de los hechos delictivos en sus vertientes: de la causalidad física y de la responsabilidad moral y jurídica. El estudio de la responsabilidad lleva al examen del estado psicológico del hombre, pues se puede dar el caso del dolo, culpa o simple accidente («*casus*»). Esto conduce al análisis de las facultades intelectivas y volitivas, y a las causas que constituyen los vicios de la actuación de la persona, como el estado de locura, ignorancia, negligencia o expresa voluntad de causar daño²⁵.

Por otro lado, se atribuye el origen del «*versari*» al Derecho canónico, pero, como observa Díaz Palos²⁶, a primera vista, no deja de extrañar que este Derecho, que tanta influencia ejerció en el tránsito del sistema objetivo al subjetivo, pudiera dar pie a la infiltración del denostado principio. Parece, pues, que existe una confusión que Kollmann en Alemania, Schiappoli en Italia y Pereda en España han venido a clarificar. Y es que la imputación de homicidio, aun fortuito, hacía indigno al clérigo del oficio divino, le hacía incurrir en irregularidad canónica, cosa muy distinta de las penas seculares. En realidad, el Derecho canónico contrapuso «*dolus*» y «*casus*», englobando en el fortuito supuestos que hoy serían netamente culposos, lo que es comprensible si no se conocía en aquella etapa jurídica una categoría general y precisa de culpa. Ciertamente que otros supuestos no eran siquiera culposos y se imputaban por las Decretales como «*homicidium causale*» por obrar el agente en cosa ilícita. Son justamen-

²⁵ Vid. GOTI ORDEÑANA, cfr. pp. 223 y ss.

²⁶ Cfr. pp. 506 y ss.

te estos casos, aunque minoritarios, los que operaron la traslación al Derecho de los prácticos en conjunción con la idea del «*dolus indirectus*» (muy distinto también al «*voluntario in alio*» de los teólogos españoles, en el que la voluntad se dirige no al efecto, sino a la causa que lo produce), acabándose por consumir el proceso objetivador: el carácter ilícito de la acción, unido al carácter probable de la misma en orden a la causación del resultado, con independencia de la efectiva previsión del sujeto, oscurecieron el carácter subjetivo del dolo que más tarde se reivindica.

5. Las Partidas

Las Partidas distinguen tres clases de homicidio, el que se lleva a cabo torticeramente, es decir, el homicidio doloso; el que se comete con derecho y el que acaece por ocasión. La Ley 2.^a Tit. 8.^o de la Partida 7.^a establece la disposición general: «Matando algún ome o alguna muger a otro a saviendas debe aver pena de omicida, quer sea libre, o siervo el que fuesse muerto», salvo si lo mata en defensa propia. El homicidio casual es aquel que se produce por ocasión «non lo queriendo fazer», y queda igualmente exento de toda sanción. La ley 4.^a pone incluso varios ejemplos: el que corre caballos por un lugar que fuera acostumbrado para correr y se atravesara algún individuo y lo matara; el que corta árbol o construye una casa y avisa previamente a los que allí pasaran para que se resguardasen. Pese a ello, si alguna persona resultara muerta por el caballo, la caída del árbol o una madera o teja de la casa, el homicida debe jurar que la muerte fue ocasional y, además, debe probar con hombres buenos que no había enemistad con el muerto²⁷.

Las Partidas contemplan igualmente los homicidios culposos, cuyos autores merecen la pena de destierro durante cinco años, «porque non pusieron, y tan gran guarda como devieran, o fizieron cosas en ante, porque viniera la ocasión»²⁸. En la ley 5.^a se recogen algunos supuestos: el que corta árboles o construye una casa cercanos a una calle pública y no avisa previamente del peligro, el que corre caballo

²⁷ Partidas, 7, 8, 4.

²⁸ Partidas, 7, 8, 5.

por lugar no acostumbrado; el que empuja jugando y de la caída resulta la muerte, el que sabiéndose sonámbulo no apercibe a los que duermen con él y tomando las armas mata, y el que, tras embriagarse, da muerte a otro²⁹.

Ley aparte dedican las Partidas para las muertes ocasionadas por negligencia o impericia de médicos o cirujanos «porque no son tan sabidores». La sanción para estos homicidios es la misma que en la ley anterior: destierro de cinco años en una isla, pero si el muerto resulta ser esclavo, debe pagar su precio al señor. Igual sanción se establece para quien da a una mujer medicina con el fin de que conciba y ésta le cause la muerte, siempre y cuando se pruebe que no medió dolo, en cuyo caso se aplica la pena de homicidio. Las Partidas hacen también extensivas las sanciones de esta ley a los boticarios que sin licencia de médico diesen sustancias venenosas de las que resultare la muerte, a los que no duda en señalarles la pena de homicidio³¹.

Se debe en gran parte a nuestros clásicos el cambio completo al concepto espiritualista de la responsabilidad. Así, Antonio Gómez³¹ en su obra *Variae Resolutiones* afirma lo siguiente: «Con toda la razón del mundo repruebo el parecer de Pablo de Castro, para quien no es reo de muerte, sino de pena arbitraria más leve, el que, pretendiendo solamente azotar o injuriar, y de ninguna manera matar, sin embargo, mata a la víctima con un palo u otro instrumento semejante; y lo repruebo, aunque haya protestado antes el criminal que realmente no quería matar y se deduzca esa falta de voluntad de la misma clase y cualidad de los instrumentos elegidos. Ciertamente esa sentencia y conclusión es abiertamente falsa, y así la repruebo, y tengo la contraria. “*Tenetur poena mortis*”, reo es de muerte y no se debe atender ni considerar la cualidad de los instrumentos empleados..., ni si usa de medios de suyo aptos, como si son ineptos e inadecuados...».

Por su parte, Covarrubias³² afirma que «hay homicidio voluntario no tan sólo cuando el que mata explícitamente tiende a la muerte y

²⁹ Partidas, 7, 8, 5.

³⁰ Partidas, 7, 8, 6.

³¹ Citado por PEREDA, cfr. p. 215.

³² Ídem, p. 216.

quiere matar, sino también cuando su voluntad tiende a un acto del que "*per se*" se sigue la muerte; pues la voluntad del que obra mal se dirige a aquello que se hace y a todo lo que de ello se sigue no meramente "*per accidens*" o accidentalmente. Vaya un ejemplo: el que hiere a Sempronio con mala voluntad queriendo injuriarle y que quede con el rostro marcado con una cicatriz, pero de ningún modo matarle, si se le fue la mano y le hiere gravemente y sobreviene la muerte, no ha duda: se trata de un homicidio voluntario».

Suárez¹¹ le sale al paso y le dice a Covarrubias que está muy lejos de ser cierta su afirmación porque «El homicidio que se sigue de una acción que no fue conocida como occisiva ni mucho menos como tal querida, no se puede decir directamente voluntario, porque la voluntad no tiende directamente al homicidio; y lo confirmo porque repugna que un resultado pueda ser al mismo tiempo directamente voluntario y directamente no querido; ahora bien: en ese caso, no sólo no se pretende matar, sino que se intenta el no matar y moderar la acción de modo que no se mate; luego aunque realmente resulte un homicidio, no se puede decir que voluntariamente querido».

Y vuelve sobre el tema al considerar el caso del que manda por ir a azotar a otro injustamente, pero advirtiéndole que no se le mate, y dice así contra el mismo Covarrubias que hallaba en este caso homicidio voluntario en el mandante. «Juzgo más cierto —dice Suárez— que ahí se da un homicidio casual. De dos modos puede darse este fatal resultado en la práctica. Primero, cuando aun siendo injusto el mandato de azotar y herir al otro, sin embargo, pone en evitar la muerte el mismo cuidado que pondría si se tratase de un castigo justo: es decir, se lo encomienda a un hombre de confianza, señala los instrumentos y le indica cómo se los ha de usar. En tal caso, delante de Dios, no es ni directa ni indirectamente voluntario el homicidio... Pero si se manda sencilla y absolutamente golpear, sin limitar el mundo, ni instrumento, aunque verbalmente se diga que no lo mate, entonces intrínsecamente influye alguna voluntad indirecta, ya el homicidio es menos casual, pero aun entonces se debe distinguir del "*simpliciter voluntarium*"... a no ser que sean tales las circunstancias y los medios empleados, tal su eficacia inmediata, que la muerte sea

¹¹ Ídem, pp. 216 y ss.

la consecuencia más lógica, pues en tal caso querer esa causa es querer ese efecto... El que quiere absolutamente herir con una espada, dando tajos en cualquier parte del cuerpo, y de ese modo mata, claro está que tal homicidio es voluntario... Mas si aunque fuera con la espada, procura todavía no herir en parte alguna peligrosa, entonces, aunque acaezca el morir, esta muerte no es intencional, no se podría, por tanto, hablar de homicidio voluntario».

Sin embargo, el punto de partida del tratamiento sistemático del homicidio es, sin lugar a dudas, la obra de Alberto Gandino³⁴, para quien la punibilidad gira en torno al «*animus*» del autor, por lo que las sanciones han de ser graduadas en atención a aquél, siendo distintas para el homicidio voluntario, menor para el caso del homicidio en riña o bien si «*animum occidendi non habuit, allevianda est eius pena, quia magis casu quam animo hominem occidit*»; el sujeto entra dentro de la aplicación de la «*Lex Cornelia*». Pero Gandino iba mucho más lejos que un mero análisis descriptivo, ya que busca el fundamento de la punibilidad en los casos en los que no hay dolo. Al mismo tiempo intenta establecer unos principios de carácter general para una correcta aplicación de las normas y de la pena. En consecuencia, fundamento y condición de la punibilidad es para Gandino la voluntariedad de la acción, ya sea dolosa o culposa. No obstante, debe existir, además, un nexo entre la acción y el evento, una relación de causalidad, por lo que sostiene que la muerte del herido causado por la acción del homicida es atribuible a éste cuando depende de las lesiones, pero no cuando la muerte es causada por otras alteraciones independientes de las lesiones, porque tuvieron una cura insuficiente o por error del médico; en este caso el agente sólo respondería de las lesiones corporales³⁵.

6. El Derecho penal de la monarquía absoluta

En la Edad Moderna, la mayoría de los autores coinciden en distinguir claramente el homicidio doloso, el homicidio culposo y el ho-

³⁴ Vid. MONTANOS FERRÍN/SÁNCHEZ-ARCILLA, *Estudios de Historia del Derecho Criminal*, Madrid, 1990, pp. 240 y ss.

³⁵ GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, «De homicidiariis», 20 a 23, pp. 300 y ss., citado por MONTANOS FERRÍN/SÁNCHEZ-ARCILLA, cfr. p. 241, n. 492.

micidio casual. El homicidio doloso es aquel que «*committitur ex voluntate ac animo occidentis*». En principio todo homicidio se presume que se ha llevado a cabo con dolo y a propósito en base al texto de la «*Lex Cornelia*» y a las glosas y comentarios de Accursio, Cino de Pistoia y Baldo, entre otros; por lo que la prueba en contrario recae siempre sobre el homicida. Sin embargo, la prueba de la existencia del «*animus occidendi*» presenta mayores problemas; de ahí que, si no existen claros signos externos, se acuda necesariamente a la presunción de que el autor tenía un ánimo deliberado de matar.

El homicidio culposo, por su parte, es aquel que se comete contra la voluntad del autor y, por tanto, no existe ánimo ni voluntad de matar. Todos los autores coinciden en que la culpa, en contra de lo que sucede en los contratos, bajo ningún concepto se puede equiparar al dolo. Paralelamente, la doctrina sostiene que, dada la ausencia de dolo, para los homicidios culposos no se puede aplicar la pena capital correspondiente a aquéllos en los que ha mediado dolo, por lo que se ha de aplicar otra pena inferior que queda al arbitrio del juez, quien decide si se trata de culpa lata, leve o levísima. Según la gravedad de la culpa, los jueces pueden llegar a imponer incluso castigo corporal —nunca muerte— o simplemente resarcir por la estimación de daños.

El homicidio casual es aquél «*in quo nec dolus nec ulla culpa intervenit*», es decir, es el homicidio producido por caso fortuito y como tal carece de sanción punitiva³⁶.

Durante los siglos xvi, xvii y xviii, los elementos integrantes de la noción de delito son los siguientes: El religioso o moral (pecado), el social (daño común) y el de ofensa personal. Todos ellos en equilibrio inestable a lo largo de esos tres siglos. La importancia concedida a los dos primeros supuso un cambio notable desde el siglo xvi hasta la Ilustración. Y la tensión entre el «*ius puniendi*» privado y el estatal se mantuvo también siempre viva, sobre todo hasta mediado del siglo xviii. En efecto, Felipe V aludía en su pragmática de 1716 al «detestable uso de los duelos y desafíos» y censuraba a quienes desafiándose «tratan de buscar por sí la satisfacción que debieran solicitar recurriendo a mi real persona o a mis ministros». En 1723 insistía

³⁶ Vid. MONTANOS FERRÍN/SÁNCHEZ-ARCILLA, cfr. pp. 242 y ss.

el mismo rey en esta prohibición y declaraba que «para que no queden sin castigo las ofensas y las injurias que se cometieren y para quitar todo pretexto de sus benganzas», había resuelto «tomar sobre mí y a mi cargo la satisfacción de ellas»³⁷. Entre los delitos «en daño común» los más abundantes y peligrosos eran los homicidios «*lato sensu*». Las «muertes violentas» o los simples homicidios abundaron más que nunca en las ciudades castellanas a lo largo del siglo xvii. En los períodos de crisis económica, de decadencia política y de marasmo social como el de entonces, las ciudades, abarrotadas de vagabundos, pícaros, gitanos y gentes sin trabajo posible ni comida cierta, y también de nobles ociosos y violentos, son focos de delincuencia endémica. En consecuencia, Felipe III proveyó en mayo de 1609 una Cédula real «para el buen gobierno y policía de la Corte»; sin embargo, son numerosas las pendenencias nocturnas con heridas o muertes, cuyos autores —amparados en la oscuridad, en el silencio de los cómplices y en el espíritu de venganza privada que abrigaban los ofendidos— solían quedar impunes por la justicia. Las referencias concretas a homicidios simples, o en riña, o a auténticos asesinatos, son muy numerosas. Por tanto, el homicidio fue un delito corrientísimo, y de modo preferente por cuestiones sexuales, o como delito concurrente con otros contra la propiedad³⁸.

Salvo excepciones, puede sentarse el principio general de que la teoría, las leyes y la práctica judicial coinciden en vincular la pena al autor de los actos humanos definidos como delitos. Se es delincuente por la ejecución voluntaria de los actos que la ley considera como delictivos. Los casos de responsabilidad por el resultado o por actos no humanos, y los de responsabilidad colectiva, son poco frecuentes. Generalmente, la pena se impone al autor consciente y voluntario, o al menos culposo, del delito. El delincuente responde por lo que él mismo hizo; no obstante, a veces las consecuencias de la pena afectaban no sólo al delincuente, sino a terceras personas inocentes en relación con el delito. Así, v. gr., los casos de responsabilidad colectiva implicaban otras tantas quiebras del «principio de responsabilidad penal personal por actos propios». Hubo varios, todos ellos de

³⁷ Vid. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta (Siglos XVI-XVII-XVIII)*, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1969, p. 78.

³⁸ Vid. TOMÁS Y VALIENTE, cfr. pp. 244 y ss.

clara significación política. Por ejemplo en 1492 los Reyes Católicos deciden la expulsión de los judíos, en base a que, según la Pragmática real, los judíos hacían labor de proselitismo intentando atraer a los cristianos a su religión y, además, algunos de ellos cometían delitos contra la fe católica. Consecuentemente, sentada esa culpabilidad de algunos judíos, como proselitistas y autores de delitos contra la fe, los Reyes Católicos defienden como justa, eficaz y oportuna la expulsión colectiva³⁹.

En las leyes, en la doctrina y en la práctica se distingue claramente entre dolo, culpa y caso fortuito en relación con la responsabilidad penal. Suele tratarse de estos problemas al regular legalmente o estudiar doctrinalmente el delito de homicidio. El dolo se caracteriza por la voluntariedad, por la malicia: «*Dolusque voluntati, culpa ignorantiae attribuitur*». «*Culpa autem sic discernitur a dolo, quoniam dolus procedit ex hominis malitia, culpa ex hominis imprudentia socordia vel negligencia*». Es también principio comúnmente admitido el de que sólo a quien delinquirió dolosamente se le puede imponer la pena legal ordinaria. La culpa puede ser lata, leve y levísima; tales formas de culpa difieren entre sí sólo ...titamente, por lo cual es lícito hablar de grados, pero no de clases o especies de culpa. A la culpa lata se le llama negligencia, y a la leve y levísima, desidia.

En el homicidio se presume siempre el dolo, de modo que quien alegue en su favor la culpa o el caso fortuito debe probarlo. El homicidio voluntario es aquél que se comete «*dolo malo et animo occidendi*». Ahora bien, suele ampliarse el concepto de voluntariedad hasta incluir dentro del homicidio voluntario el preterintencional. Cuando alguien hiere a otro voluntariamente pero sin ánimo de matar, si la víctima muere, el homicidio es considerado voluntario. En la práctica se reconoce el homicidio casual y la vigencia de la doc-

³⁹ Los citados Monarcas argumentaban lo siguiente: «Y porque cuando algún grave y detestable crimen es cometido por algunos de algún Colegio o Universidad, es razón que el tal Colegio o Universidad sea disuelto y aniquilado, y "los menores por los mayores, y los unos por los otros sean punidos", y aquellos que pervierten el bien y honesto vivir de las ciudades y Villas por contagios que pueden dañar a los otros sean expelidos de los pueblos, y aun por otras más leves causas que sean en daño de la República, quanto más por el mayor de los crímenes y más peligroso y contagioso como lo es éste...». *Vid.* TOMÁS Y VALIENTE, cfr. pp. 302 y ss.

trina del «*versari in re illicita*»⁴⁰. En los casos de «homicidios preterintencionales», el juez debía imponer, según la doctrina, pena arbitraria menor que la legal ordinaria, calibrándola según su criterio personal⁴¹. Sobre la distinción entre el homicidio doloso y el homicidio preterintencional, se sostiene que:

«El ánimo de herir no siempre lleva consigo el de matar; mas para no suponer éste en quien conste haber tenido aquél, ha de haber muy claros argumentos que destruyan la presunción de lo primero, que naturalmente nace de lo segundo quando no sólo se le ve herir sino matar hiriendo. Porque siendo la intención de aquellas cosas que pasan en el interior del hombre, y que no hay averiguarlas por testigos, o se habría de estar a lo que dixese de la suya cada delincuente (que tanto sería como dar a todos los malhechores carta de impunidad), o ha de deducirse de sus hechos por racionio y meras presunciones: entre las quales ninguna hay más natural y más fuerte que la de quien quiere la causa, quiere también sus efectos ordinarios»⁴².

⁴⁰ Así sucedió en Madrid con motivo de una muerte accidental ocurrida la víspera del día de la Virgen de Agosto. Los Mayordomos de la Hermandad de la Santa y Vera Cruz y de Nuestra Señora de Gracia estaban celebrando en la Iglesia y en la calle la fiesta de la Asunción; con este motivo dispararon cohetes, para lo cual tenían licencia gubernativa por escrito. Un cohete espantó a los caballos de un coche que estaba parado en la plazuela de la Cebada; salió el coche con los caballos desbocados, y en la calle atropelló y mató a un niño de siete años. Citado por TOMÁS Y VALIENTE, cfr. pp. 311 y ss.

⁴¹ Así, en un homicidio ocurrido en Badajoz, según se desprende de los autos el reo golpeó en pendencia a la víctima sin intención de matarlo y lo llevó luego él mismo a casa de un cirujano para que lo curase, haciendo todo lo posible para evitar que sobreviniera la muerte, en la sentencia, el Alcalde Mayor, atendiendo a este comportamiento del reo, le impuso solamente cinco años de presidio, es decir, pena arbitraria menor que la legal. Citado por TOMÁS Y VALIENTE, cfr. p. 315.

⁴² De este modo razona la Sala de Alcaldes de Casa y Corte en 1806, en un proceso por muerte violenta y alevosa, en el que el reo afirmó que sólo había querido herir a la víctima, exactamente, «señalarla en la cara» con un cuchillo, hiriéndola en el pecho con tal fuerza que penetró el cuchillo a la profundidad de seis o siete dedos... El reo fue condenado a muerte pues el dolo y la alevosía eran patentes. Citado por TOMÁS Y VALIENTE, cfr. pp. 316 y ss.

7. La Codificación penal española

El «Código Penal de 1822» distingue entre el homicidio simple y el homicidio premeditado. El homicidio simple es el cometido dolosamente pero sin premeditación. El legislador dulcificó la sanción para este tipo de homicidios en comparación a la pena capital que disponía la «Novísima Recopilación», en cuanto que el homicida cumplirá de quince a veinticinco años de obras públicas⁴³. Existe homicidio premeditado cuando se lleva a cabo la acción voluntariamente, con intención de matar y claro designio de cometer el delito⁴⁴. Se considera que hay siempre premeditación en el homicidio voluntario, a pesar de que el previo designio de cometerlo se haya formado con una condición o con alguna diferencia en cuanto al modo de ejecutar el delito, aunque se haya formado el designio con relación a otra persona o persona indeterminada y aunque con anterioridad al delito no existiera intención de matar, sino de maltratar, y al tiempo de ejecutar el delito se unen al autor la espontaneidad y la intención de dar la muerte⁴⁵. No obstante, el homicidio voluntario no se considera premeditado, entre otros casos, «cuando de las circunstancias del suceso —clase y lugar de las heridas, golpes, instrumentos, etc.— resulte que el homicida, aunque se propusiera herir o maltratar, no tuvo intención de darle muerte»⁴⁶.

El legislador de 1822, conforme a lo dispuesto anteriormente en la «Novísima Recopilación», estableció por una presunción *«juris et de jure»* que hay siempre intención de matar en aquel que espontáneamente y a sabiendas disparase contra otro con arma de fuego o viento⁴⁷.

⁴³ El artículo 618 del CP de 1822 disponía lo siguiente: «Cualquiera otro que mate a una persona voluntariamente y con intención de matarla, aunque sea sin premeditación, sufrirá la pena de quince a veinte y cinco años de obras públicas, excepto en los casos de que tratan los dichos artículos 619 hasta el 624 inclusive».

⁴⁴ «Los que maten a otra persona voluntariamente, con premeditación, y con intención de matarla, no siendo por orden de autoridad legítima, sufrirán la pena de muerte. Es homicidio voluntario el cometido espontáneamente a sabiendas y con intención de matar a una persona, siendo indiferente en este caso que el homicida dé la muerte a otra persona distinta de aquella a quien se propuso hacer el daño», según establecía el artículo 605 del CP de 1822.

⁴⁵ Código Penal de 1822, art. 606.

⁴⁶ Código Penal de 1822, art. 608.

⁴⁷ Ídem.

Nuestro primer Código Penal recogió también, a su vez, la figura del «homicidio preterintencional», estableciendo que «el que mate a otro sin intención de matarlo, pero con la de maltratarle o herirle, será reo de homicidio involuntario, y sufrirá la pena de ocho a catorce años de obras públicas, con destierro perpetuo del lugar del delito, y veinte leguas en contorno. Si lo hiciere de este modo, pero con algunas de las circunstancias que constituyen el asesinato, se le impondrá la pena de catorce a veinte y cinco años de obras públicas, con infancia e igual destierro», según disponía el artículo 626 de dicho texto legal.

Asimismo, era reo de «homicidio culposo o negligente» «el que por ligereza, descuido, imprevisión, falta de destreza en el manejo de alguna arma, equivocación, contravención a las reglas de policía y buen gobierno, o por otra causa semejante que pueda y deba evitar, mate involuntariamente a otro, o tenga aunque involuntariamente la culpa de su muerte, sufrirá un arresto de tres meses a dos años, y otros dos años más de destierro del lugar del delito, y veinte leguas en contorno», conforme declaraba el artículo 627 del Código Penal de 1822, finalmente, el «caso fortuito» se regulaba en el artículo 628 del referido Código, de tal modo que «si el homicidio involuntario fuese puramente casual, y de una manera irremediable por parte del autor, no tendrá éste responsabilidad ninguna».

En cuanto al delito de abandono de familia o «*expositio*», el Código Penal de 1822 —si del abandono en soledad o lugar retirado resultaba la muerte del niño— en su artículo 693 introducía una importante novedad con respecto a lo establecido en el Fuero Real, en cuanto que a los expositores se les condenaba a la pena de catorce a veinte años de obras públicas; si los que abandonaban eran los mismos padres, los encargados de la lactancia o educación, el Código Penal de 1822 consideraba menos grave la conducta en cuanto que la sanción se reducía a diez años y deportación. Ciertamente, el cambio no ha podido ser más sustantivo, ya que, como señalan Montanos Ferrín/Sánchez Arcilla⁴⁸, frente a la pena capital que imponía el texto alfonso, el legislador de 1822 ha reducido el castigo a la prisión; frente a la indistinción de autor que hacía el Fuero Real («todo home

⁴⁸ Cfr. p. 141.

que desechare niño...»), el artículo 693 distingue entre los padres y personas allegadas (encargados de la lactancia y educación) y los individuos totalmente extraños.

Por otro lado, el «Código Penal de 1848», en su artículo 324 (art. 333 de la Reforma de 1950) hace un tratamiento conjunto del asesinato u homicidio cualificado y del homicidio simple. Los homicidios en los que no hayan concurrido alguna de las circunstancias del asesinato, se castigan con la pena de reclusión temporal. El tratamiento del homicidio en riña o pelea se ve muy simplificado: al autor del homicidio se le aplica la pena del homicidio simple; pero en el caso de «no constar el autor de la muerte, pero sí los que causaron lesiones graves al ofendido, se impondrá a todos los que hubieren ejercido violencias en su persona, la pena de prisión menor»⁴⁹. Por el contrario, el Código Penal de 1848 y, posteriormente, los reformados de 1850, 1870 y 1932, parten de la construcción de una figura básica, la del abandono, con una cualificación construida sobre el peligro para la vida del niño que pudiera resultar de la exposición, o del resultado de muerte de la misma. Por su parte, el «Código Penal de 1870» tipifica como homicidio la muerte de un hombre por otro sin hacer ninguna alusión a la intencionalidad. No es, por tanto, necesario un dolo perfecto para que el delito de homicidio exista: basta el dolo de ímpetu o el dolo indeterminado (aquel que supone y resulta del empleo y uso de medios que natural o probablemente pueden producir la muerte de un hombre). Bajo el punto de vista de la intencionalidad cabrían toda una gama de situaciones que van desde la culpa, pasando por el dolo preterintencional y el dolo indeterminado hasta llegar al dolo determinado.

Por primera vez, el «Código Penal de 1932» regula el delito de aborto con resultado de muerte para la madre, en cuyo caso se agravaban las penas a su grado máximo. En efecto, «cuando a consecuencia del aborto, resultase la muerte de la mujer embarazada, se impondrán las penas respectivas en su grado máximo, siempre que hubiere mediado imprudencia y no correspondiere mayor pena, conforme al artículo 558», según proclamaba el párrafo tercero del art. 417 del aludido texto legal.

⁴⁹ Código Penal de 1848, art. 325 (Reforma 334).

II. LOS FUNDAMENTOS CIENTÍFICOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

1. Introducción

El aforismo del «*versari*» del que quieren hacer derivar todos los actuales vestigios de responsabilidad, se anuncia así: «*Versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*». O sea, que quien se dispone a obrar en cosa no permitida o ilícita debe responder de todas las consecuencias, aun de las puramente fortuitas. Por ello se dice también: «*Qui versatus est in re illicita tenetur etiam pro casu*». La consecuencia es que la culpabilidad no cubre el resultado punible, o al menos sus últimas derivaciones más graves, y que el único límite vendría impuesto por la causalidad material.

Lo que constituye la propia razón de actuar del Derecho punitivo es, como subraya Huerta Ferrer⁵⁰, la existencia de una voluntad externa que lesiona el orden jurídicamente asegurado y protegido, pues solamente si el hecho externo, la lesión, se corresponde con el estado anímico del agente (juicio subjetivo) puede afirmarse la responsabilidad de éste. Por consiguiente, el presupuesto objetivo resulta siempre necesario, pero su valoración es la que puede ser diversa según se configure el Derecho penal. Así, la Escuela clásica puso el fundamento de la responsabilidad en la voluntad inteligente y libre del hombre, externamente manifestada; la «*causalità física*», es decir, la relación externa del hecho con el actuar mismo, fue por ello estimada necesaria —y junto con ella la «*causalità psicológica*»— para la existencia del delito⁵¹. Paralelamente, este papel que el nexo causal ha de desempeñar como base de la imputación adquiriría rango predominante y su más firme fundamentación en la «teoría de las normas» y la con ella conexiónada teoría de la retribución jurídica; la construcción del delito descansa precisamente en su concepto de producida o, al menos, iniciada violación de la norma, violación por la que se transforma el derecho subjetivo del Estado a la obediencia

⁵⁰ HUERTA FERRER, *La relación de causalidad en la Teoría del Delito*, Madrid, 1948, pp. 225 y ss.

⁵¹ Vid. CARRARA, «Omicidio colposo», *Opuscoli*, vol. III, p. 54, y *Programma*, Parte General, vol. I, párrafos 54, 55 y 56.

en derecho a la imposición de la pena. Así, Binding⁵² sostiene que «la mayor y más importante parte de las Normas prohíbe la violación de derechos o bienes jurídicos y el consumado delito intencional de lesión es históricamente la forma básica del delito simple»; ahora bien, este elemento de «lesión» es necesario, pero no suficiente, pues, como apunta el citado autor, «de las consecuencias producidas de una acción no se puede inducir la voluntad de quien ha realizado la acción misma».

La relación causal aparece, así, dentro de toda consideración «sintomática» del delito, en cuanto es el único criterio que puede servir de apoyo para decidir sobre la significación de la intención o dirección de la voluntad del autor. No obstante, si es cierto, en general, que el criterio objetivo ha de jugar siempre un papel relevante como base de la imputación, es, asimismo, indudable que este criterio adquiere importancia destacadísima en aquellos casos en que la fijación de la voluntad se ve dificultada, e incluso impedida. Precisamente en aquellos supuestos en que más difícil resulta probar la voluntad y es por ello especialmente decisiva la afirmación causal, es donde aparecen más típicamente configuradas las dificultades de llegar a ésta. Se trata en ellos, regularmente, de un primer resultado verdaderamente intencional, pero al que sigue otro más grave y que no es directamente querido o respecto del que por lo menos resulta muy problemático probar la intención. El problema latía ya tanto en el Derecho romano como en el germánico y dio origen a la doctrina del «*versari in re illicita*», en torno a la cual se agrupan conceptos que constituyen uno de los aspectos capitales de la teoría del Derecho común.

2. Antecedentes y formulación del «*versari in re illicita*»

El elemento subjetivo del delito jugó un papel importante en el Derecho romano, el cual, tras una larga evolución, llegó a distinguir dos formas del mismo: el dolo y la culpa. Este elemento subjetivo se presentaba frecuentemente como conciencia o intención del daño

⁵² BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, Parte Especial, I, 2.^a ed., Leipzig, 1902, p. 9, y *Normen*, II, p. 812.

(«*dolus*», «*dolus malus*», «*sciens dolo malo*»), en cuyo caso daba lugar a una pena pública, o en la forma históricamente posterior de la culpa, que comprendía, también, la imprudente confianza en la no producción del resultado verosímil y que determinaba una «*castigatio*» como sanción disciplinaria o de política. Por consiguiente, en el Derecho penal romano los conceptos de «*dolus*» y «*culpa*» se presentan como diversas manifestaciones de la relación establecida entre el hecho y el estado anímico del agente. El primero, en un estricto sentido técnico-jurídico, corresponde, al «*Absicht*» alemán, a nuestra intención o propósito. La culpa, con su pena «*ex lege Aquilia*», más bien resarcimiento, es un indudable antecedente de nuestra imprudencia. Ferrini⁵³ ha demostrado que en el «*hominem occiderit*» de la «*Lex Cornelia*» se halla sobreentendido en el «*animus occidendi*», y así cuando éste falla se castiga tan sólo por el resultado intencional o, si éste no es punible, por el posterior en tanto que culposo. Así, en aquellos casos en que no existe o no se prueba el «*animus occidendi*» no puede aplicarse la «*Lex Cornelia*», y tan sólo se castiga «*extra ordinem*» con penalidad más leve.

Sin embargo, en la práctica fue necesario juzgar casos en que el resultado probable de un hecho del sujeto no se manifiesta claramente como propuesto. Así surge el concepto de «*casus*», que abarca todo aquello que excede de la intención; ordinariamente no puede negarse en estos supuestos la culpa más o menos grave del agente, y de ahí la equiparación del Digesto: «*Casu idest negligentia*», que formula una amplia excepción a la regla general de no responsabilidad por el caso. Pero, en otras ocasiones, no se habla de culpa alguna, o, a lo sumo, habría que presumirla de la simple actuación ilícita originaria.

En el Derecho germánico, por su parte, el delito («*Missetat*») es toda producción o causación antijurídica de un resultado dañoso; y ligándose a él la responsabilidad jurídico-penal aparece como típica responsabilidad por el resultado («*Erfolgshaftung*») o responsabilidad por la causación («*Verursachungshaftung*»). Es evidente la íntima ligazón entre el resultado dañoso y la intención, de tal forma que

⁵³ FERRINI, *Diritto penale romano. Teorie generali*, Milano, 1899, pp. 98 y ss. Del mismo autor, «*Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*», en la *Enciclopedia de Pessina*, vol. I, pp. 48 y 58.

su expresión sensible se veía ante todo en la acción dañosa. El Derecho penal se halla ligado al hecho; de ahí la impunidad originaria de la tentativa y de la instigación en sí no dañosa, pues era siempre el daño producido y también la forma de su causación lo que llevaba a afirmar o negar la voluntad, mediante una presunción objetiva. Se distinguía entre los «*Übelthaten*», supuesto de hecho en que se presume la intención dañosa, y los «*Ungefährwerke*» que encierran tanto el caso como la imprudencia. La intención en los primeros se manifestaba exteriormente en el hecho o en la misma conducta del autor; para estos hechos se suele emplear la raíz que originó la palabra «*Gefährde*», raíz que en alemán actual indica riesgo o peligro. Palmariamente se ve, por tanto, cómo una estimación objetiva de peligro era en todo caso la regla para decidir sobre la voluntad. De un examen de las fuentes pueden extraerse ejemplos en los que las características exteriores (forma de la producción del resultado, etc.) servían, por ejemplo, en las lesiones que conducían a la muerte, para tratarlos como «*Übelthaten*», afirmándose, por tanto, el elemento subjetivo sobre la base del peligro externamente manifestado. Bastaba así la voluntad indeterminada de causar un mal al adversario para la existencia del homicidio⁵⁴.

El Derecho canónico no contiene principios generales sobre el elemento subjetivo del delito y concretamente sobre el dolo; los canonistas resolvían las cuestiones prácticas que la vida del Derecho presentaba siguiendo en un todo aquellas reglas que ofrecía el Derecho romano. Sin embargo, se atribuye a la doctrina canonista la formulación de un principio que había de desempeñar un papel fundamental en el desarrollo posterior y formación de la teoría del dolo, llegando incluso a mantenerse vigente en nuestros días: el de que, cuando una determinada consecuencia de la conducta del sujeto sea de imputar a éste bajo la forma del dolo, a él mismo débense referir todas las ulteriores consecuencias enlazadas con aquella primitiva acción, hayan sido o no queridas por el agente: «*Versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*». En tales términos aparece por vez primera, en la «*Summa Decretalim*» de Bernardus Papiensis, entre 1191 y 1198. Sí es cierto que el sentido que se le atribuye al «*versari*» constituiría una derogación absoluta de todos los

⁵⁴ Vid. HUERTA FERRER, cfr. p. 238.

principios mantenidos hasta entonces sobre la culpabilidad, ya que frente a las necesidades de la práctica, se afirma desde ahora como un principio de carácter general que puede perfectamente prescindirse de una exigencia de consciencia y voluntad dirigidas, en todo caso, a la consecución de un determinado resultado. Esta afirmación, contraria al espíritu humanitario de la Iglesia y sobre todo a la ubicación por ésta del centro de gravedad del delito en la intención y no en el resultado, ha sido criticada por la doctrina comunista mediante un sólido estudio de las fuentes mismas que demuestran muy frecuentemente la no punición de las consecuencias más graves, derivadas directamente de la acción realizada por el agente, pero que han sobrepasado el fin que éste se proponía mediante la realización de la acción delictiva. Esto se hallaría más de acuerdo con la fundamentación jurídica dada por la Iglesia a la pena. Ciertamente, se trata siempre de una justa retribución, de una necesidad moral y jurídica de separar el daño causado por el delito; mas todo ello con un fin primordial: el de la enmienda del delincuente.

Kollmann⁵⁵ ha demostrado, no obstante, cómo el «*versari in re illicita*» no tuvo nunca el carácter de «principio general de la imputación jurídica», sino que tan sólo se refería a un problema muy distinto: el de la consideración del homicidio como fundamento de «irregularidad»; lo único que afirmaba era, según esto, que quien fue homicida no tan sólo intencional o por imprudencia, sino aun cuando la muerte ocurrió como consecuencia inesperada de su acción, allende de todo propósito o previsión e interviniendo de alguna forma el «fortuito», es considerado indigno para la celebración del oficio divino e incurre, por tanto, en irregularidad para la recepción del Sacramento del Orden sacerdotal. Cosa distinta es el traslado de esta ampliación del concepto de «homicidio» para un supuesto concreto⁵⁶, al campo general de la responsabilidad penal, en lo que nada tuvo que ver el espíritu de la Iglesia.

⁵⁵ KOLLMANN, «Die Lehre vom *versari in re illicita* im Rahmen des Corpus Juris Canonici», *ZstW*, tomo 35, 1925, pp. 46 y ss.

⁵⁶ Con este carácter aparece, por ejemplo, en las *Decretales* de Gregorio IX, libro V, tít. XII, «De homicidio voluntario vel casuali», desde el punto de vista de las «irregularidades», es decir, más bien como materia propia de Derecho administrativo canónico que del verdadero Derecho penal. *Vid.* HUERTA FERRER, cfr. p. 243, n. 38.

3. El *versari* en el Derecho común

Era evidente que quien tuvo «*animus occidendi*» obró con «dolo»; sin embargo, la claridad y sencillez de esta regla se quiebra en la práctica cuando es necesario probar aquél. El carácter ligado de la prueba oponía una fuerte resistencia a la demostración del «*animus*». Como posible solución del conflicto los prácticos italianos elaboraron la doctrina sobre el llamado «*dolus praesumptus*», el cual, en contraposición al «*dolus verus*» —el plenamente probado—, se basaba en indicios aislados, no definitivos y contra los cuales estaba, por consiguiente, abierta la contraprueba para el imputado. En la doctrina gozó de notable consideración el estudio de la calidad e índole de los medios usados por el sujeto, en orden a la configuración de los fundamentos del «*dolus praesumptus*». A pesar de ello, el dolo supuesto no aportó tampoco en la práctica italiana ninguna solución definitiva al problema de la prueba, ya que paralelamente prevalecía el principio de que la «*la poena ordinaria*» tan sólo correspondía al dolo estrictamente probado, siendo así de castigar el presunto únicamente con pena extraordinaria. Y esta atenuada punición se hallaba en la práctica muy cerca de la pena correspondiente a la «*culpa lata*». Se hizo necesario, por tanto, buscar por otros caminos una base más firme que hiciera efectiva esta ampliación del «*dolus*».

Un primer camino para alcanzar esta decisiva ampliación lo ofrecía la doctrina de Bartolus, según la cual y en base a un juicio puramente objetivo, es de atribuir al autor toda consecuencia del hecho por él realizado de propósito, que haya de reputarse como necesaria o aun probable. Consecuentemente, la doctrina italiana de la imputación en su forma más grave, representada por Bartolus, renunciaba plenamente a toda referencia a la voluntad del autor; se trata tan sólo de una razón de política criminal al castigar estos hechos también con «*poena ordinaria*», a sabiendas de que el autor no tuvo «*dolus*», pero aplicándola «*ac si habuimet animus occidendi*». Sin embargo, aquí no existe una verdadera ampliación conceptual del dolo, sino, como afirma Huerta Ferrer⁵⁷, del ámbito de aplicación de la «*poena ordinaria*», soslayando los obstáculos del Derecho de prueba. El segundo de los caminos usados consistió en un acogimiento ple-

⁵⁷ Cfr. p. 252.

no del principio canónico según el cual, «*qui versatus est in re illicita tenetur etiam pro casu*». Dicho principio ofrecía, pues, un recurso magnífico para resolver el problema mediante su conversión en principio general de la imputación jurídico-penal. La imputación del segundo resultado se lograba, pero era preciso encontrar un título de esta imputación. La primera tentativa para ello fue transformar el concepto del «*dolus*» como relación de la voluntad del agente con un resultado específicamente determinado, entendiendo que si ésta es su forma normal de aparición, no excluye, sin embargo, el carácter también doloso de aquel querer humano «que lo es en general»; por tanto, no resulta excluido cuando en el caso concreto se haya producido un resultado delictivo que es distinto del que fue más claramente pensado y querido por el autor: «*et licet non in ea specie fuit, tamen dolosus in genere videretur*». Surge así el «*dolus generalis*», que apenas tuvo significación alguna en la doctrina de la época. En cambio, ofrece una gran importancia el «*dolus indirectus*» formulado por Diego de Covarrubias, el cual se apoyó en la doctrina de la voluntad indirecta de Santo Tomás de Aquino. También aquí se establecía una verdadera ampliación del «*dolus*», pero la diferencia fundamental respecto a la posición del «*dolus generalis*» radica en que aquí, más ambiciosamente, se pretende establecer una verdadera relación de voluntad, incluso con el resultado producido «*in specie*». Para ello se parte de la base de que «en el querer de la causa descansa mediatamente el querer del resultado»⁵⁸, pero tan sólo de aquel resultado que normalmente acostumbra a sobrevenir como consecuencia.

Por su parte, Carpzov refirió expresamente al sujeto, sobre la base de un elemento normativo, aquella consideración objetiva del resultado como necesario o muy posible. El sujeto, al menos, «debiera haber previsto» el resultado; no se atreve a exigir más, pero, con ello, ya se vislumbra el camino que en lo sucesivo recorrerá la doctrina

⁵⁸ HUERTA FERRER advierte aquí claramente la relación de estas doctrinas edificadas sobre el «*versari*» con el problema del nexo causal. Precisamente esta cuestión venía a cortar las injustas consecuencias a que hubiera podido llevar la idea de que en el querer de la causa se encuentra ya el del resultado, excluyendo del concepto de éste toda idea de fortuito; es decir que tan sólo existía «resultado» y, por tanto, «querer» del mismo cuando surgía naturalmente, «*per se*», del antecedente, y no por un proceso del todo casual y fortuito. Cfr. p. 255, n. 12.

sustituyendo el juicio objetivo por el subjetivo y entrando de nuevo en los verdaderos límites del juicio de culpabilidad.

Este deseo de volver a lo subjetivo aparece más claro en Leyser, para quien también aquél que quiso herir a su contrario sin intentar la muerte debe ser castigado con la pena ordinaria por razón del «*animus indirectus*»: mas éste lo consideraba probado por la conducta externa. Aparece aquí, sin embargo, una idea valiosísima: la del consentimiento, que va a jugar un papel fundamental en la posterior evolución y hasta en nuestros días. Por otra parte, el citado autor sustituye la simple idea del «*versari in re illicita*» por la «*voluntas nocendi*» en el sentido de que no basta una mera actuación en el terreno de lo ilícito —pues en base a ella sería suficiente una simple infracción de las ordenanzas para fundamentar la ulterior pena de muerte por el homicidio—, sino que es precisa una concreta voluntad de dañar como base. Por otro lado, Boehmer sostiene que el «*dolus*» es la voluntad especial dirigida a la producción del delito; por eso el «*dolus indirectus*» no pudo subsistir aquí sino totalmente transformado, es decir, concebido como consentimiento por el autor a un posible resultado previsto efectivamente por él como consecuencia de su acto. El «*dolus indirectus*» es aquí ya, palmariamente, «*dolus eventualis*»⁵⁹.

Por consiguiente, se ha dado el paso decisivo: frente a la voluntad indirecta surge aquí la consciencia subjetiva de la posibilidad del resultado. No basta ya, por tanto, el deber prever de Leyser, ni mucho menos la verosímil posibilidad de Carpzov; es necesaria siempre, y por encima de todo ello, «la previsión efectiva y el consentimiento en esta consecuencia prevista». Sin embargo, como lastre histórico, el primer elemento para fundamentar esta previsión todavía era el de que el reo «*in re illicita versari*». Pero toda la eficacia práctica de este presupuesto fallaba en cuanto se exigía, además, que se probase tanto el «*animus nocendi*» como la previsión y el consentimiento del resultado.

Feuerbach⁶⁰, por su parte, distinguía claramente dos situaciones distintas dentro de los supuestos que hasta ahora se calificaban de «*dolus indirectus*».

⁵⁹ Un estudio histórico de la formulación del dolo eventual sobre la base del dolo indirecto en el Derecho Común puede verse en Giacomo DELITALA, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Milano, 1932.

⁶⁰ FEUERBACH, *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs*, Giessen, 1804.

En la primera de ellas el sujeto tiene la intención de producir un resultado determinado y contemporáneamente ha previsto como probable la producción de un segundo resultado más grave, consintiendo en él o incluso teniendo el propósito de conseguirlo; la solución es clara en estos casos, y para su punición se recurrirá a las disposiciones sobre el concurso de delitos dolosos. En el segundo grupo la situación es distinta, pues, aparte de la intención originaria, no existe previsión efectiva alguna del segundo resultado; si se quiere castigar al sujeto será necesario que hubiera sido este último resultado previsible para poder hablar de una culpa. La solución requiere una imputación a doble título, la «*culpa dolo determinata*», integrada por dos elementos: una primera parte dolosa y otra culposa. Queda, por tanto, superado el dolo indirecto, puesto que, aparte de la exclusión definitiva de la imputabilidad del fortuito, aquí únicamente se entiende doloso el primer resultado intencional, manteniendo siempre la última consecuencia como imputable tan sólo a título de culpa, según los puros principios de la culpabilidad. La práctica, sin embargo, se mostró en este aspecto divorciada de la doctrina, pretendiendo fundamentar la responsabilidad por el más grave resultado, todavía sobre la base del puro «*versari*». Así, como señala Huerta Ferrer⁶¹, el Reichsgericht decidía que aun cuando en la segunda porción de la conducta del sujeto —fraccionada según la idea de la «*culpa dolo determinata*»— no apareciese en modo alguno la culpa, el resultado último no habrá de entenderse nunca debido al fortuito, porque la conducta inicial sobre la que descansa es ilícita e intencionalmente dañosa.

4. El «*versari in re illicita*» en la ciencia y en la legislación penal española

En el Derecho penal español, el «*versari*» se ha manifestado, tanto en el Derecho positivo como en la Doctrina científica y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

⁶¹ Cfr. p. 277.

4.1. *Los comentaristas clásicos y el desarrollo del «versari»*

Joaquín Francisco Pacheco ejerció una destacada influencia sobre la formación de lo que más tarde constituirá las bases para el desarrollo del pensamiento *versarista* que la doctrina posterior creyó ver contenido en el Código Penal⁶². Al analizar los términos empleados en el párrafo 1.º del artículo 1.º por el legislador para definir el delito, Pacheco se detiene, especialmente, en el de «voluntarias», dotándolo de un significado omnicomprendivo, pues cree encontrar en él los siguientes elementos:

- 1.º) La libertad. En el sentido de espontaneidad de la acción.
- 2.º) La inteligencia. Como capacidad de culpabilidad; y
- 3.º) La intención. Como manifestación de la libertad y la inteligencia del hombre, referidas al caso concreto sancionado por la ley, «*conditio sine qua non*» para poder imputar moralmente el hecho⁶³. Si no concurriera alguno de estos elementos decaerá el requisito de la voluntariedad; v. gr., el que obraba con un fin lícito, y a quien accidentalmente ocurrió la desgracia de dañar a otro, no comete delito, porque no hay en él intención. La voluntad falta en este caso⁶⁴. En efecto, si se obra lícitamente y se tiene la desgracia de dañar accidentalmente a otro, no cabe apreciar responsabilidad penal alguna. No se trata de que el sujeto no tenga capacidad de culpabilidad o no haya actuado libremente, sino, más bien, de que ambas cualidades no se han concretado en el hecho sujeto a valoración, dado el error o ignorancia sufrido por el autor respecto a lo acontecido: «cual no lo quería ni lo imaginaba su autor»⁶⁵.

⁶² Vid. CARDENAL MURILLO, *La responsabilidad por el resultado en Derecho penal (Estudio histórico-dogmático de sus manifestaciones en el Libro I del C.P. español)*, Edersa, Madrid, 1990, pp. 75 y ss. Del mismo autor: «Primeros ensayos de codificación y principio de culpabilidad en el Derecho penal español», *CPC*, n.º 37, 1989, pp. 5 y ss.

⁶³ Vid. PACHECO, *El Código Penal. Concordado y Comentado*, t. I, 1.ª ed., Madrid, 1848, pp. 79 y ss.

⁶⁴ PACHECO, cfr. t. I, p. 81.

⁶⁵ Cfr. t. I, p. 81.

Requisitos necesarios para excluir la intención serán, en Pacheco, el error o ignorancia y la licitud del acto inicial. Si faltase cualquiera de estos dos elementos, si existiese error o ignorancia imputable al sujeto o el acto inicial fuese ilícito, podrá apreciarse un resto de intención sobre la que fundamentar la voluntariedad del acto⁶⁶. Ahora bien, ¿qué tipo de responsabilidad se deduce en estos casos? Ya que se puede hablar de un resto de intención, Pacheco parece no dudar en extraer dos conclusiones, al comentar el artículo 8.8. En primer lugar, estos casos no deben quedar exentos de responsabilidad criminal, tal y como «ciertamente» afirma el Código⁶⁷. No obstante, la responsabilidad penal, aquí, podrá ser objeto de atenuación en la medida en que el autor «no tuvo intención de verificar lo que se verificara»; de tal modo que, respecto al resultado fortuito incompleto, todo lo más que podrá estimarse «serán circunstancias atenuantes». En el pensamiento de Pacheco⁶⁸ la imputación de estos casos a título doloso, y su posterior atenuación, resulta coherente, dado que, según él, cabe constatar un resto de intención en el resultado producido por acaso: «Si en ellos no había intención de verificar lo que se verificara, había empero una intención ilícita, y se marchaba por el camino del crimen, del peligro o de la desobediencia a la ley. No se puede rectamente pretender la absolución de lo que era sólo un paso más en la vía por donde se andaba. Quien de su voluntad se acerca a males notorios, no se queje si perece en ellos»⁶⁹.

Lo mismo acontece en los casos de error o ignorancia imputable, en los supuestos de negligencia o falta de la debida diligencia, al afirmar que en estos casos siempre habrá responsabilidad, aunque ésta podrá ser más o menos excusable⁷⁰.

En el artículo 9.3 Pacheco no plantea inconveniente alguno a imputar otra vez el «resultado accidental» a título doloso, dado que considerará aplicable este precepto a los casos en que el autor, pese a tener sólo intención de lesionar, produce «accidentalmente» o imprevistamente la muerte de otra persona⁷¹. Para Pacheco no deja de

⁶⁶ Cfr. pp. 88 y ss.

⁶⁷ Cfr. pp. 178 y ss.

⁶⁸ Cfr. p. 179.

⁶⁹ Cfr. p. 179.

⁷⁰ Cfr. pp. 179 y ss.

⁷¹ Cfr. pp. 209 y ss.

existir una cierta analogía entre los supuestos encuadrables en este precepto y aquellos otros que constituyen el ámbito de aplicación de la eximente incompleta de caso fortuito. Ello cabe deducirlo de la referencia incidental formulada en el comentario de este precepto al caso fortuito: «El actor de quien habla (el art. 9.3) se proponía causar o producir algún mal. Y justamente se lo propone, y parte de tal supuesto en este caso; pues «si hubiera obrado sin esa intención», si hubiera sido en su ánimo inocente; «si el mal hubiese ocurrido por casualidad tan sólo»; entonces «no será aquí donde habríamos de buscar el oportuno derecho», ni serían tal vez las circunstancias atenuantes el único beneficio que sacara de su intencional inocencia»⁷². La inclusión del resultado accidental en el artículo 9.3 revela, en cierto modo, la imposibilidad de reconducir, en opinión de Pacheco, el resultado accidental ocasionado al ejecutar un hecho ilícito a la eximente incompleta de caso fortuito del artículo 71, una vez comprobada la inaplicabilidad de la eximente de caso fortuito.

Frente a la remisión que el artículo 71 (posterior 64, ya derogado) del Código efectuó de la eximente incompleta del caso fortuito a la imprudencia, Pacheco se limitará a declarar que si falta «alguna parte de la diligencia debida (como requisito configurador de la eximente 8.^a), es natural que se haya caído en imprudencia temeraria»; observándose, en tal caso, como prescribe el artículo 71, las reglas sobre medición de la pena del artículo 469, relativo a la imprudencia⁷³. En suma, Pacheco sólo considerará aplicable el régimen de la eximente incompleta de caso fortuito del artículo 71, cuando efectivamente pueda estimarse su concurrencia en el hecho producido y «no concurre un acto ilícito previo», en cuyo caso resultará imputable a título de dolo, con el posible concurso de la atenuante de preterintencionalidad. Por consiguiente, en el pensamiento de Pacheco no es posible constatar la aplicabilidad del artículo 71 y, por ende, la imputación del hecho a título de culpa, allí donde el autor pretendió conscientemente (intencionalmente) la realización de un hecho inicial ilícito.

De todo lo anterior, Cardenal Murillo⁷⁴ deduce que no resulta aventurado afirmar que en Pacheco se encuentran ya la mayor parte

⁷² Cfr. p. 209.

⁷³ Cfr. p. 416.

⁷⁴ CARDENAL MURILLO: «La responsabilidad por el resultado...», *op. cit.*, pp. 94 y ss.

de los casos que configurarán la interpretación que más tarde de-
 vendrá clásica en la doctrina, acerca de los supuestos generales de
 responsabilidad anómala recogidos en el texto legal (de la admisión
 del «*versari*» y de la preterintencionalidad).

Silvela⁷⁵, por su parte, concibe el delito como violación conscien-
 te del Derecho, como su quebrantamiento por un acto de la libre vo-
 luntad, consciente de la antijuricidad del hecho que incluye, además
 de la responsabilidad dolosa, la imprudente, dado que, en el actuar
 imprudente, también obra el autor con «libertad» y consciencia del
 quebrantamiento del Derecho, distinguiéndose únicamente del ac-
 tuar doloso en que en aquél la voluntad contraria a Derecho alcanza
 sólo a la violación de la norma y no al resultado lesivo que la norma
 prohíbe o pretende evitar. La intención representa la dirección de la
 voluntad que se propone el hecho como resultado. Esto acontece
 cuando hay dolo, siendo el crimen el resultado de la dirección vo-
 luntaria de la actividad; en la culpa, subraya Silvela, la voluntad se
 propone como fin un hecho, y la infracción jurídica aparece sin bus-
 carse directamente. Dicho autor sostiene que quien obra impruden-
 temente lo hace con libertad y con conciencia del Derecho, porque
 «éste aparece a su inteligencia como principio obligatorio que debe
 aplicar para su vida; pero lejos de poner atención y estudio para co-
 nocerle y desenvolver sus actos conforme a él, le descuida y menos-
 precia y deja marchar su actividad al acaso, sin regla ni camino. Su
 voluntad, por esto, es contraria o está voluntariamente separada del
 Derecho⁷⁶.

Una formulación tan amplia de la imprudencia, cuya principal
 característica radica en el comportamiento libre y consciente no
 ajustado a Derecho, sin delimitación especial de la norma de cuida-
 do (o de la conducta configuradora de la infracción objetiva de cui-
 dado) y sin referencia alguna a los elementos constitutivos de la si-
 tuación de peligro que debió haber abarcado subjetivamente el autor
 (unido a la incorrecta delimitación entre antijuricidad y culpabilidad
 penal), lleva inevitablemente a Silvela a un reconocimiento implícito
 del «*versari*», en términos incluso más acusados que los plasmados

⁷⁵ SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en legislación vigente*, t. I,
 Madrid, 1903, p. 115.

⁷⁶ SILVELA, *cf.* p. 115.

en el Código Penal de 1848. Consecuentemente, Silvela admite que toda conducta ilícita que el autor realiza voluntariamente, por el mero hecho de estar prohibida por el Derecho, representa un actuar imprudente: «lo prohibido por la ley no se ejecuta jamás con cuidado debido»⁷⁷. Esto supone, en principio, la admisión del principio del «*versari*» en el ámbito de la culpa, en la medida en que extiende la responsabilidad penal por imprudencia a los supuestos en que se haya producido el resultado lesivo como consecuencia de un comportamiento ilícito previo del autor, sin requerir que, efectivamente, se hubiese infringido conscientemente la norma de cuidado causante del resultado. Así, quien deliberadamente se propuso lesionar a un tercero, ocasionándole involuntariamente la muerte, responderá penalmente pese a que ésta no resulte imputable, en rigor dogmático, a título imprudente, por no haber abarcado subjetivamente el elemento esencial en la situación de riesgo de producción del resultado muerte (el autor desconocía, por ejemplo, que la víctima era hemofílica).

Por tanto, Silvela amplía el ámbito de la imprudencia (manifestación del «*versari*» en el campo de la culpa) como consecuencia de lo dicho anteriormente; pero sólo cuando el acto ilícito venga configurado por su carácter antirreglamentario. En cambio, cuando lo constituya un delito o falta, dicho autor ampliará el ámbito del delito doloso (manifestación del «*versari*» en el campo del dolo): «El que lleva a cabo un acto prohibido por el legislador o no permitido, o comete un delito de mayor o menor gravedad, o, al menos, obra con imprudencia si infringe los reglamentos»⁷⁸. La manifestación del «*versari*» en el campo del dolo se produce, en la tesis de Silvela, a causa de dos circunstancias, no exentas de cierta contradicción. La primera, basada en el entendimiento de que la imprudencia es incompatible con la apreciación de un hecho inicial ilícito de naturaleza penal⁷⁹, no deja de ser incoherente con el mismo planteamiento que fundamenta la responsabilidad penal por el resultado producido con ocasión de ejecutar un hecho ilícito⁸⁰. La segunda, su propia concep-

⁷⁷ Cfr. t. II, p. 129.

⁷⁸ Cfr. t. II, pp. 122 y ss.

⁷⁹ Cfr. pp. 128 y ss.

⁸⁰ Ídem.

ción del delito, favorable a la ampliación de la intencionalidad a costa de la imprudencia.

La estructura del hecho imputable criminalmente que se deduce de las consideraciones apuntadas la hallará Silvela reflejada en el texto legal:

«Por esto castiga (“la Ley”) como reo de delito (“intencional”) al que ocasiona un mal contra su deseo al ejecutar un hecho ilícito (Silvela está pensando en los casos en los que resulta aplicable el art. 9.3 y el art. 65), absuelve al que perjudica a otro al practicar un acto permitido, si lo hace con la diligencia debida, y pena como imprudente al que daña la propiedad o la persona de otro al practicar un hecho no prohibido, si omitió el tomar las precauciones necesarias para evitar el mal»⁸¹.

Por tanto, la interpretación que hace Silvela del artículo 1.3 (como supuesto genérico por el que se establece una responsabilidad penal a título doloso, para los casos en que el mal no perseguido encontrase su origen en un actuar intencional previo que no llegó a consumarse), supuso extender, con carácter general, la manifestación más grave del «*versari*» (la imputación penal del resultado accidental producido con ocasión de ejecutar un hecho ilícito a título de dolo) a todos los casos en que el delito intentado (ilícito penal) y el ejecutado fuesen distintos. Esta manifestación del «*versari*» quedará mitigada, no obstante, por las reglas contenidas en los artículos 9.3 y 65 del Código Penal de 1870. Sin embargo, estas aparentes normas correctoras de la responsabilidad anómala establecida por Silvela, ocasionarán, como señala Cardenal Murillo⁸², serias «anomalías» en el ámbito de la medición de la pena, trasladables más allá de los supuestos en que aparezcan hipótesis de responsabilidad anómala, infringiéndose, de este modo, el principio de culpabilidad penal, tanto por exceso como por defecto.

En suma, la estructura *versarista* que subyace al esquema interpretativo de Silvela, aplicada en especial a la de los artículos 1.3 (que

⁸¹ Cfr. p. 129.

⁸² CARDENAL MURILLO, «La responsabilidad por el resultado...», *op. cit.*, p. 124.

él relaciona estrechamente con los artículos 9.3 y 65) y 8.8, representará el objetivo principal que se esforzará en superar la práctica totalidad de la crítica doctrinal posterior, como si el de Silvela, efectivamente, hubiese sido el sistema introducido por el legislador histórico, cuando, en realidad, como advierte Cardenal Murillo⁸³, el reconocimiento legal del «*versari*» nunca tuvo tal amplitud.

4.2. *El «versari in re illicita» en el Código Penal español de 1973*

En nuestro Derecho la supervivencia del principio del «*versari*» ofrece caracteres muy distintos a los advertidos en otros países. No existe una figura construida —ni doctrinal ni positiva— en que se plasme de forma clara y decidida; es preciso, por tanto, buscar una a una sus manifestaciones. En primer lugar, es evidente que, dada la concepción legal y teórica de la culpa, el pensamiento del «*versari in re illicita*» domina de tal manera el campo de los delitos culposos —en una u otra forma de imprudencia— que bastará que el sujeto se encuentre en una situación de verdadera infracción penal, que empiece a realizar intencionalmente una conducta delictiva, para que no pueda serle aplicado el actual artículo 565; solamente pudiera hablarse de éste cuando, como afirma Huerta Ferrer⁸⁴, la «cosa ilícita» es una mera contravención de policía o infracción de un reglamento, pues esta infracción facilitará entonces la afirmación —necesaria para el reproche por culpa de la previsibilidad del evento—. Pero apenas la infracción exceda estos límites y exista en el sujeto un «*animus nocendi*», en sentido amplio —aun referido a un daño completamente distinto del efectivamente producido—, nos hallaremos imposibilitados de recurrir a la culpa y habremos de buscar la solución por otros caminos.

En nuestro ordenamiento, las figuras que pudiéramos considerar de «responsabilidad por el resultado» —esto es, por la causación— en las que puede llegarse a la renuncia del juicio de culpabilidad son, en opinión de Huerta Ferrer⁸⁵, las siguientes:

⁸³ Cfr. p. 126.

⁸⁴ HUERTA FERRER: «La relación de causalidad...», *op. cit.*, p. 321.

⁸⁵ Cfr. pp. 323 y ss.

Ante todo, es evidente que existe una tal determinación de la pena por el resultado en el delito de lesiones y concretamente en los números 1, 2, 3 y 4 del art. 420, y en el art. 422 del Código; pero en tales casos la calificación no rebasa el ámbito conceptual del delito propuesto, de forma que se sigue respondiendo bajo el título de lesiones⁸⁶. Aparece también la idea del «*versari*» en el párrafo quinto del artículo 488, pero dando vida a un supuesto especialísimo, del que no puede deducirse aplicación general alguna⁸⁷. Asimismo, constituye un verdadero tipo de responsabilidad por el resultado —en contra de la Circular de la Fiscalía, que habla forzosamente de un dolo eventual, buscando por aquí la solución al problema del padre cooperador cuando se ha producido la muerte— según la regulación del artículo 4.º de la Ley de 24 de enero de 1941, el art. 411, párrafo último⁸⁸.

⁸⁶ El artículo 420 —antes de la modificación operada en virtud de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de Actualización del Código Penal— declaraba lo siguiente:

«El que hiriere, golpeare o maltratare de obra a otro será castigado como reo de lesiones graves:

1.º Con la pena de prisión mayor, "si de resultas de las lesiones" quedare el ofendido, imbecil, impotente o ciego.

2.º Con la pena de prisión menor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas, "si de resultas de las lesiones", el ofendido hubiere perdido un ojo o algún miembro principal, o hubiere quedado impedido de él o inutilizado para el trabajo a que hasta entonces se hubiere habitualmente dedicado.

3.º Con la pena de prisión menor, "si de resultas de las lesiones", el ofendido hubiere quedado deforme o perdido un miembro no principal, o quedado inutilizado de él, o hubiere estado incapacitado para su trabajo habitual o enfermo por más de noventa días.

4.º Con la pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 150.000 pesetas, si las lesiones hubiesen producido al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días.»

Por su parte, el artículo 422 establecía que «las lesiones» no comprendidas en los artículos precedentes, «que produzcan al ofendido» incapacidad para el trabajo por más de quince días o necesidad de asistencia facultativa por igual tiempo, se reputarán menos graves, y serán penadas con arresto mayor o multa de 30.000 a 150.000 pesetas, según el prudente arbitrio del Tribunal.

⁸⁷ El párrafo quinto del artículo 488 señalaba que en todos los casos de este artículo y sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyere otro delito más grave, «cuando por las circunstancias del abandono» se hubiere puesto en peligro la vida del niño, será castigado el culpable con las penas anteriores en su grado máximo, y si «sobreviniere la muerte», se impondrán las penas inmediatas superiores.

⁸⁸ Vid. HUERTA FERRER, cfr. p. 324, n. 14. El párrafo último del artículo 411 disponía lo siguiente: Cuando «a consecuencia de aborto o de prácticas abortivas» rea-

Por su parte, Pereda⁸⁹, prescindiendo de aquellos casos concretos de responsabilidad más o menos objetiva, como en los delitos calificados por el resultado y otros afines, se fija en tres puntos que encuentra en el Código y en la Jurisprudencia, susceptibles de fundamentar no pocas sentencias injustas por su mera responsabilidad objetiva.

Es uno de ellos, y muy importante la afirmación absoluta de que no cabe delito culposo, siendo el primer acto antijurídico e intencional. Convendría, sin duda, precisar qué se debe entender por este primer acto antijurídico e intencional. ¿Intencional de qué? ¿Basta cualquier intencionalidad más o menos antijurídica para calificar de doloso el delito, completamente distinto, que resulta y ajeno a la voluntad y aun a la previsibilidad del agente? Esto le parece absurdo en absoluto a Pereda⁹⁰ y que lleva a grandes injusticias. Así, por ejemplo, la mujer tiró aquella piedra y, por causas muy diversas, resultó el niño muerto. Dice la sentencia que hay que condenarla como homicida dolosa, ya que el homicidio culposo no es ahí posible, porque el primer acto voluntario de tirar la piedra es intencional y antijurídico; ahora bien, cabe preguntarse: ¿intencionalidad de qué? ¿De matar de herir o simplemente de ahuyentar a aquellos niños tan molestos? ¿Esta finalidad tiene relación alguna con la voluntad de matar? Ninguna ciertamente; no puede, por tanto, calificarse de voluntario doloso el homicidio que resulta; en el peor de los casos podría hablarse de imprevisión, de imprudencia, de inconsideración en ese acto, y podría tal vez, fundamentar un delito culposo; pero doloso, subraya Pereda, nunca. El citado autor estima necesario distinguir bien y precisar este comienzo doloso, pues hay principios intencionales que van directamente a la lesión y realmente lesionan, y viene como consecuencia, aunque no querida, la muerte. Cierto que en algunos de estos casos Pereda no ve que encaje fácilmente el homicidio culposo, como tampoco ve que encaje el doloso, si no es, en oca-

lizadas en mujer no encinta, creyéndola embarazada, o por emplear medios inadecuados para producir el aborto, «resultare muerte de la mujer o se le causare alguna de las lesiones a que se refiere el número 2.º del artículo 421, se impondrá la pena de reclusión menor, y si se le causare cualquier otra lesión grave, la de prisión mayor».

⁸⁹ PEREDA, «Vestigios actuales...», *op. cit.*, pp. 219 y ss.

⁹⁰ Cfr. p. 219.

siones, el eventual. Pero hay otros actos primero intencionales o mejor, voluntarios, que no guardan de suyo relación adecuada ni con la lesión ni muchísimo menos con la muerte. Un bofetón, un paraguazo, un puntapié, una pedrada. Si con uno de estos actos, hecho con la intención general con que se suelen hacer, resulta una muerte, Pereda no ve gran dificultad en que a lo sumo, y ya es conceder, se pueda hablar de homicidio culposo, «pero nunca jamás sin ofensa a la verdad y a la justicia, de homicidio doloso, aunque se le quiera acompañar de más y más atenuantes calificadas»⁹¹. Por supuesto que un puntapié, bofetón, pedrada..., hay que considerarlos no en abstracto, sino en el caso concreto, pues un puntapié dado con fuerza por un hombre a un niño de diez años, o dado en el vientre, claro que puede ser mortal. Pero de suyo, en las condiciones normales de la vida y entre iguales, no se puede decir que sean medios para matar, ni aun generalmente para herir.

El segundo de los principios que puede fundamentar no pocas sentencias, en verdad injustas, por su nueva responsabilidad objetiva, es el tan repetido párrafo tercero del artículo 1.º CP⁹². La mujer tiró voluntariamente la piedra contra los niños; luego incurre en responsabilidad criminal, aunque el mal ejecutado —aquí la muerte del niño— sea distinto del que se había propuesto ejecutar. Dicho precepto, en cuanto a la «*voluntas legislatoris*», se refiere sólo, según Pereda⁹³, al «*error in personam*», y, por tanto, toda la razón de la reforma estribaba en evitar que pudiera considerarse, v. gr., como parricida al que mata a su padre creyendo matar a un enemigo. Por tanto, esta reforma no hace más, en la mente del legislador, que acentuar la espiritualidad del Código y su oposición a cuanto pudiera parecer responsabilidad por el resultado.

El delito ha de ser voluntario, con la voluntad específica del delito concreto, aunque aquí se refiere exclusivamente al «*error in personam*». Sin embargo, hoy es indudable que nadie se acuerda de este verdadero sentido del párrafo tercero según la «*voluntas legislatoris*»

⁹¹ Cfr. p. 220.

⁹² Dicho precepto, derogado por la L.O. 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, establecía lo siguiente: «El que cometiere voluntariamente un delito o falta incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal causado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar».

⁹³ Cfr. pp. 221 y s.

y se atiende únicamente a la «*voluntas legis*», o sea, al contexto verbal. El que hiere y resulta la muerte de modo inesperado, como en nuestro caso, se enfrenta con dos delitos: uno el de lesiones y otro el de homicidio. Los dos son específicamente distintos: uno requiere la «*voluntas vulnerandi*», el otro la «*voluntas necandi*»; luego no encaja en este tercer párrafo, en el que se habla de un solo delito, pero con resultado distinto del pretendido, como sería, v. gr., si dando una bofetada a un importuno le dejó ciego: ahí no hay más que un delito, que es el de lesiones, pero con resultado mucho más grave. Pereda cree que éste es el caso contenido en el párrafo tercero, si rigurosamente queremos seguir la «*voluntas legis*»⁹⁴. Por consiguiente, hay más que sobrado fundamento para que este párrafo tercero, entendido en su rigor gramatical, no pueda aplicarse cuando se trata de dos delitos distintos, aunque, como denuncia Pereda, se haga tan frecuentemente lo contrario, con mengua de la justicia, máxime dada la manera de entender el artículo 50 CP⁹⁵. Quiero, v. gr., injuriar a una persona dándole una bofetada en público. Se cae y muere. Según este artículo, debería aplicarse la pena del delito de injuria en su grado máximo y nunca la del homicidio doloso, como con frecuencia se hace, contra la justicia y el mismo sentido común.

Díaz Palos⁹⁶, por su parte, ve la influencia clara del «*versari*» en determinados pasajes del Libro I del Código, esto es lo que podemos denominar parte general del mismo. Tales textos serían, en primer lugar, los que definen el «caso fortuito», artículo 8, número 8 CP⁹⁷, al exigir el precepto para que se dé esta «eximente» —que, en realidad es mucho más, pues marca el límite de la culpabilidad al negar el dolo y la culpa— que el agente cause el mal «en ocasión de ejecutar un acto lícito», de modo que a «*sensu contrario*», si tal acto inicial es ilícito, no habrá lugar al «*casus*», por más que falten la «intención» y la «culpa».

⁹⁴ Cfr. pp. 223 y s.

⁹⁵ Dicho precepto, derogado por la referida L.O. 8/1983, declaraba, en su párrafo primero, que: «En los casos en que el delito ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar el culpable, se impondrá a éste la pena correspondiente al delito de menor gravedad en su grado máximo».

⁹⁶ DÍAZ PALOS: «Responsabilidad penal...», *op. cit.*, pp. 507 y ss.

⁹⁷ El citado artículo, derogado por la referida L.O. 8/1983, declaraba exento de responsabilidad criminal «al que, en ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente sin culpa ni intención de causarlo».

Otro matiz *versarista* se ha visto, según el referido autor, en el tratamiento de la «preterintencionalidad», ya en su aceptación heterogénea, recogida en el párrafo tercero del artículo 1.º en relación con el artículo 50 del Código Penal, ya en su vertiente homogénea acogida como atenuante específica en la circunstancia 4.ª del artículo 9.º del mismo Código⁹⁸. Si de los casos más generales pasamos a otros más particulares propios del Libro II —o de la Parte Especial— del Código Penal, Díaz Palos⁹⁹ encuentra huellas del «*versari*» o de objetivismo en:

1.º) Los «delitos calificados por el resultado», de los que son muestra en el Código español: el falso testimonio del que se sigue condena por causa del mismo (artículo 326); los delitos contra la salud pública seguidos de muerte (artículo 348); abandono de destino con daño de la causa pública (artículo 376); malversación con daño o entorpecimiento del servicio público (artículo 396); aborto con resultado de muerte o lesiones graves (artículo 411); abandono de niños con resultado de muerte o peligro de la vida (artículo 488). Muestran semejanza con tales delitos los de lesiones (a salvo la castración y mutilación, que han de ser «de propósito» —artículos 418 y 419—, y abarcando por tanto, el resultado). En efecto, los artículos 420 y siguientes, si bien exigen el inicial «*animus laedendi*», imponen al reo, según Díaz Palos¹⁰⁰, el estar a las «resultas de las lesiones» para que sufra mayor o menor pena. Y sobre todo, es cuestionado si el delito de robo con homicidio es un delito complejo o un verdadero delito calificado por el resultado.

2.º) «Las presunciones de culpabilidad» las encontramos: en la responsabilidad en «cascada» en los delitos de imprenta (artículo 15) y en los llamados «delitos de sospecha»: muerte o desaparición de la persona o secuestrada (artículo 483) o del menor bajo guarda (artículo 485).

⁹⁸ En su virtud, se configura como una circunstancia que modifica la responsabilidad criminal, atenuándola, «la de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo».

⁹⁹ Cfr. pp. 511 y ss.

¹⁰⁰ Cfr. p. 511.

Cerezo Mir¹⁰¹, por otro lado, sostiene que el «*versari in re illicita*» es incompatible con el principio de culpabilidad (no hay pena sin culpabilidad). El resultado no querido, no previsto y a veces incluso no previsible es imputado al agente por el mero hecho de su vínculo causal con un acto ilícito y le es imputado a título de dolo. El principio del «*versari*» obliga a reconocer la responsabilidad dolosa donde no concurre siquiera culpa. Sin embargo, en los últimos años se ha producido una intensa polémica en la Ciencia del Derecho penal española acerca de una posible interpretación de los preceptos que se inspiran, según la opinión dominante, en el principio del «*versari*» con el fin de reducir el ámbito de la responsabilidad objetiva. Con la reforma parcial del Código Penal por la Ley 3/1967, de 8 de abril, el legislador ha introducido en el Código un precepto, el párrafo 3.º del artículo 340 bis a), que, según Cerezo¹⁰², viene a favorecer los esfuerzos que se realizan por parte de la Doctrina y de la Jurisprudencia para desterrar o restringir el ámbito de aplicación del «*versari*»¹⁰³. Se refiere este precepto a los delitos contra la seguridad del tráfico, de peligro concreto, es decir, el de la conducción con temeridad manifiesta del número 2.º del artículo 340 bis, a), y el de creación de un riesgo grave para la seguridad de la circulación del artículo 340 bis, b), cuando además del riesgo prevenido resultare lesión o daño. Cerezo llama la atención sobre la relevancia del citado párrafo 3.º del artículo 340 bis, a) para el problema del «*versari in re illicita*» en nuestro Código. En efecto dicho precepto aparece en íntima contradicción con lo establecido en el párrafo 3.º del artículo 1.º, número 8, del artículo 8.º, circunstancia 4.ª del artículo 9.º, y artículo 50, que se inspiran, según la opinión dominante, en el principio del «*versari in re illicita*». Conforme a dichos preceptos, si un conductor conduce un vehículo de motor con temeridad manifiesta, produciendo un peligro

¹⁰¹ CEREZO MIR, «El «*versari in re illicita*» en el Código Penal español», *ADPCP*, 1962, pp. 47 y ss., y en «Problemas fundamentales del Derecho Penal», Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1982, pp. 60 y ss.

¹⁰² CEREZO MIR, «El «*versari in re illicita*» y el párrafo tercero del artículo 340 bis a del Código Penal español», *ADPCP*, 1970, pp. 288 y ss., y en «Problemas fundamentales...», *op. cit.*, pp. 90 y ss.

¹⁰³ Según el párrafo tercero del artículo 340 bis, a), derogado por la mencionada L.O. 3/1989, «cuando de los actos sancionados en este artículo o en el siguiente, resultare, además del riesgo prevenido, lesión o daño, cualquiera que sea su gravedad, los Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada».

concreto para la vida de un peatón y actúa dolosamente, en relación con la conducción temeraria y la producción del peligro, cuando éste se realice debe responder del resultado a título de dolo. Si el peatón muere se le debería aplicar, a tenor del artículo 50, la pena del delito menos grave —conducción temeraria— en su grado máximo. De acuerdo con la interpretación restrictiva que hace la jurisprudencia del Tribunal Supremo del artículo 50, que aplica sólo, dentro de los delitos contra las personas, en los supuestos de «*error in personam*» o «*aberratio ictus*» en que ésta da lugar a que la víctima sea una persona distinta, el autor respondería del homicidio doloso, con la atenuante 4.^a del artículo 9.^o Del mismo modo que en las lesiones dolosas con resultado de muerte. No es más que, según Cerezo¹⁰⁴, «otra variante del homicidio preterintencional».

Ahora bien, el párrafo 3.^o del artículo 340 bis, a), se refiere, sin duda, a los delitos o faltas culposas regulados en el artículo 565, número 3.^o, del artículo 586 bis y artículo 600. Parece que escaparon a la atención del legislador, al realizar esta reforma tan concreta, las conexiones con otros preceptos fundamentales del Código. Cerezo Mir¹⁰⁵ cree que el párrafo 3.^o del artículo 340 bis, a), viene en apoyo de las interpretaciones del párrafo tercero del artículo 1.^o, del número 8 del artículo 8.^o, circunstancia 4.^a del artículo 9.^o y artículo 50, que trataban de restringir el ámbito de la responsabilidad objetiva. Viene en apoyo, sobre todo de la interpretación que propugnaba Cerezo: restricción del párrafo 3.^o del artículo 1.^o y del artículo 50 a los casos de «*error in personam*» o «*aberratio ictus*» en que ésta da lugar a que la víctima sea una persona distinta —este error sería irrelevante a efectos penales salvo cuando afectase a la índole del delito (homicidio-parricidio, homicidio común-homicidio del Jefe del Estado, por ejemplo), en cuyo caso se aplicarían las reglas de medición de la pena del artículo 50—; interpretación de la atenuante 4.^a del artículo 9.^o del modo propuesto por Silvela, es decir, aplicándola únicamente cuando dentro de un mismo delito el resultado causado sea más grave que el que se propuso causar el autor; y la apreciación de una causa suprallegal de exclusión de la culpabilidad (caso fortuito

¹⁰⁴ CERESO MIR, «El «*versari in re illicita*»...», *op. cit.*, p. 290.

¹⁰⁵ *Vid.* CERESO, cfr. p. 292 y El «*versari in re illicita*» en el Código Penal», *op. cit.*, p. 59.

supralegal), o sea, de una exigente por analogía a la del número 8 del artículo 8.º, cuando de un acto inicial ilícito se derive un mal por mero accidente, sin culpa ni intención de causarlo¹⁰⁶, con la simple supresión del párrafo tercero del artículo 1.º, de la circunstancia 4.ª del artículo 9.º, del artículo 50 y del requisito de la licitud del acto inicial en el número 8 del artículo 8.º se permitiría ya el libre juego del principio de culpabilidad. La exigencia del requisito de la licitud del acto inicial para la apreciación de la culpa, carecería entonces de toda base legal. La bondad de este planteamiento científico apoyado por la doctrina dominante, se vio recompensada con el reconocimiento legal de las tesis defendidas por Cerezo Mir, salvo en el mantenimiento de la preterintencionalidad, todavía vigente en nuestro Código Penal.

Frente a los argumentos históricos, lógico-jurídicos y político-criminales, el actual sistema positivo español se encuentra ligado al objetivismo, según Quintero Olivares¹⁰⁷, de varias maneras:

En primer lugar, el párrafo tercero del artículo 1 del Código Penal, el cual, si bien en la inicial voluntad del legislador de 1848 fuera referido al error en la persona dentro del mismo delito, por obra de posteriores reformas e interpretaciones permite fundamentar el castigo de lo no querido como si lo fuera (cuestión distinta es que las reglas para la fijación de la pena permitan atenuarlo). A partir de este presupuesto inicial, es coherente que el principio del «*versari*» esté presente en la regulación de la preterintencionalidad, sin que en nuestra praxis judicial se haya impuesto el criterio de que la preterintencionalidad exige la previsibilidad del resultado más grave. Otra institución afectada por «*versari*», según Quintero Olivares¹⁰⁸, es el caso fortuito; su actual regulación deja abierta la puerta a que incluso pueda entenderse que, mediando un arranque ilícito, el autor incurre como mínimo en imprudencia punible aunque hubiera observado la diligencia debida respecto del resultado producido, de manera tal que el «*versari*» incidiría tanto en el delito doloso como en el culposo. Sin embargo, el mencionado autor cree que «hay que limi-

¹⁰⁶ Vid. CEREZO, «El «*versari in re illicita*»...», *op. cit.*, p. 300.

¹⁰⁷ QUINTERO OLIVARES, «Acto, resultado y proporcionalidad (Aportación a la Reforma del Código Penal español)», *ADPCP*, 1982, pp. 390 y ss.

¹⁰⁸ Cfr. p. 391.

tar el alcance del acto lícito a lo que no es ilícito penal, aunque sea ilícito de otra naturaleza, puesto que la simple infracción de reglamentos no da lugar a culpabilidad si no va acompañada de imprudencia simple». Pero en todo caso es lo cierto que en el seno de una situación delictiva es actualmente imposible eximir de pena por un resultado fortuito, que, y con suerte, será al menos atribuido al autor a título de culpa. Este enfoque se repite incluso en figuras concretas de delito, como es el caso del robo con homicidio, donde también chocan los esfuerzos de la doctrina por limitar el alcance del tipo con la actitud jurisprudencial de extenderlo a las muertes fortuitas. Junto a estos problemas, Quintero Olivares sitúa, evidentemente, el tema de los delitos cualificados por el resultado, ya sea en los casos de resultado fundamentador del castigo como en los que solamente lo agrava. Su número es lo suficientemente elevado en nuestro actual Código como para descalificarlo plenamente como Código moderno. Por si eso fuera poco, la regulación de los mismos evidencia cosas aún más graves:

En primer lugar, en los delitos cualificados por el resultado, la pena debe ser en teoría superior a la del delito básico e inferior a la que correspondería por la realización dolosa del segundo resultado. Frente a este correcto principio, que tiende a colocar a esta clase de delitos en su correspondiente nivel de gravedad, que, como apunta el referido autor¹⁰⁹, «no puede ser nunca el mismo de los delitos dolosos», nuestro Código, en casos en que el resultado cualificador es el de muerte, dispone la pena de reclusión menor; es decir, la misma que si esa muerte hubiera sido dolosamente causada (así, arts. 348 y 411 CP). Pero es que, además, aparece el problema de la causalidad, que es la vía por la que la interpretación doctrinal ha buscado la limitación del ámbito de la responsabilidad por el resultado, y eso no solamente en los delitos cualificados por el resultado, sino también en la preterintencionalidad y en la imprudencia. Se exige que la adecuación entre causa y resultado sea siempre respetada, negando la causalidad respecto a aquellos resultados que sólo puedan imputarse en virtud de la teoría de la equivalencia de condiciones. Junto al requisito de la adecuación se ha exigido en general, en la doctrina comparada, que el resultado cualificador sea al menos imputable a

¹⁰⁸ Cfr. p. 392.

título de culpa y, por ende, previsible. Así, el párrafo 18 del StGB establece que «si la ley liga a una consecuencia especial del hecho una pena más grave, responderá de aquélla el autor o el partícipe sólo si tal consecuencia le fuera imputable al menos por culpa».

En resumen, la responsabilidad objetiva es un problema, como subraya Quintero Olivares¹¹⁰, anterior al de desvalor de acto y de resultado que en nuestro Derecho tiene además tintes dramáticos que sólo pueden superarse a través de una total renovación legal que, como mínimo inexcusable, deje fuera de discusión los principios de adecuación social y de previsibilidad del resultado, es decir, que éste sea, al menos imputable al autor a título de imprudencia¹¹¹. Además, es imprescindible replantear el ámbito del caso fortuito incluyendo en él todo lo que sea realmente fortuito, sin limitación alguna. Y, en todo caso, que la pena nunca supere a la correspondiente al mismo resultado dolosamente causado.

Finalmente, Díez Ripollés¹¹² afirma que el Proyecto de Código Penal español de 1980 pretende alinearse inequívocamente con la corriente doctrinal, actualmente muy mayoritaria, que aboga por un respeto estricto al principio de culpabilidad. Para ello, procede en primer lugar a suprimir todos los apoyos legales que dan vigencia de modo general a la responsabilidad objetiva en nuestro Código. En este sentido, la labor realizada en el Proyecto ha sido, según Díez Ripollés¹¹³, «efectiva», suprimiendo los preceptos de carácter general en los que anidaba el principio de «*versari in re illicita*» (párrafo 3.º del artículo 1.º, artículo 8, núm. 8, circunstancia 4.ª del artículo 9 y artículo 50 del Código hasta ahora en vigor), eliminando los delitos

¹¹⁰ Cfr. p. 393.

¹¹¹ QUINTERO OLIVARES cree que esto «debiera garantizarse mediante una disposición propia del Libro I del futuro Código, en la que se establecería el fundamento mínimo de la pena. Tal precepto convendría no sólo en relación a la cualificación por el resultado, sino también a problemas diferentes como, por ejemplo, los «delitos de peligro» para que en todo caso se exigiera que la reacción punitiva se condicionara a la realidad del peligro en el caso concreto, eliminando las presunciones «*iuris et de iure*» y respetando el terreno que deba relegarse al aparato sancionatorio administrativo». Cfr. p. 393, n. 42.

¹¹² DÍEZ RIPOLLÉS, «Los delitos calificados por el resultado y el artículo 3.º del Proyecto de Código Penal español de 1980» (I), *ADPCP*, 1982, pp. 627 y ss.

¹¹³ Cfr. p. 628.

calificados por el resultado más grave mediante la exigencia de que, al menos, concorra culpa respecto a éste, e incluyendo otros preceptos que, como el «caso fortuito», pretenden poner de manifiesto la desaparición del «*versari*».

Por consiguiente, el «*versari in re illicita*» es un aspecto de la responsabilidad anómala que sólo relativamente puede llamarse «responsabilidad objetiva», y con mayor impropiedad puede asumir el título de «responsabilidad sin culpa», ya que «*culpa lato sensu*» hay en el acto inicial ilícito, que origina el resultado más grave. Es con respecto a éste; es decir, en una porción del acontecimiento dañoso, donde, según Jiménez de Asúa¹¹⁴, incide, en verdad, la responsabilidad objetiva. Dicho autor rechaza el pensamiento *versarista*, señalando que cada vez impera con más fuerza el principio de la culpabilidad que barre con todos los restos de la responsabilidad objetiva o anómala. El «*versari in re illicita*» se ha inscrito para siempre en el pretérito —afirma Jiménez de Asúa—, aunque dicho autor lamenta que, no obstante, queden en las legislaciones vigentes restos de la vieja y superada responsabilidad objetiva. Cierto que se ha tratado de eliminarla de los Códigos modernos, condicionando los antiguos «delitos calificados por el resultado» a la previsibilidad del efecto más grave»¹¹⁵.

4.3. *El «versari in re illicita» en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, hasta tiempos recientes, en los que paulatinamente va aceptando al menos el criterio de la adecuación, ha permanecido inerte aferrada al más puro objetivismo¹¹⁶. En efecto, Pereda¹¹⁷ señala que los Tribunales condenaban como homicida a una mujer que dio un golpe en la cabeza con el puño a un niño que entró a coger flores, acto calificado de falta por el

¹¹⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo VI, «La culpabilidad y su exclusión», 2.ª edición, Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, 1962, p. 274.

¹¹⁵ *Vid.* JIMÉNEZ DE ASÚA, cfr. pp. 269 y ss.

¹¹⁶ *Vid.* QUINTERO OLIVARES: «Acto...», *op. cit.*, p. 393.

¹¹⁷ PEREDA, «Vestigios...», *op. cit.*, p. 221.

Tribunal provincial, pero que el Supremo casó la sentencia y la condenó como homicida, aun confesando que el golpe no fue violento y que ni llegó a lesionar la piel. Sentencias similares, como la del 23 de noviembre de 1945, 20 de marzo del mismo año, 16 de junio de 1949, etc., etc., en las que por la bofetada con mala caída o por lesiones en broma y a petición de la víctima se ha calificado a los autores de homicidas dolosos... ¿Puede darse mayor absurdo? ¿No es una responsabilidad meramente por el resultado criminal?

El Tribunal Supremo afirma siempre que, «dada la completa voluntad y malicia en el agresor de causar al agredido un mal cierto, cuyas consecuencias podrían naturalmente ser más o menos graves, no puede decirse que haya obrado aquél por imprudencia temeraria, por lo que está bien calificarlo de homicidio»¹¹⁸. La imprudencia «legalmente no existe cuando se ha ejecutado con malicia el hecho productor del mal causado»¹¹⁹; por tanto, «en el acto inicial no ha de haber intención de causar daño»¹²⁰. Ciertamente, tal criterio conduce a consecuencias, como subraya Huerta Ferrer¹²¹, «notoriamente incorrectas».

Por consiguiente, el Tribunal Supremo sigue ligado a la idea del «*versari*» y se ve, por tanto, en la necesidad de castigar con arreglo a la responsabilidad tipo: la dolosa. Recurre entonces a la atenuante de «falta de intención» como correctivo de la pena correspondiente al delito doloso, y pretendiendo con esta mezcla llegar a un resultado práctico análogo al que se alcanzaría en un posible precepto del Código que previese el delito preterintencional. Y esto es lo que, a jui-

¹¹⁸ STS de 15 de octubre de 1884, citada por HUERTA FERRER en «La relación...», *op. cit.*, p. 322, n. 12.

¹¹⁹ STS de 2 de marzo de 1887, citada por HUERTA FERRER, *cf.*

¹²⁰ STS de 2 de mayo de 1895. En el mismo sentido, *vid.* SS. de 14 de noviembre de 1908, 29 de noviembre de 1913, 26 de febrero de 1926, 31 de mayo de 1930, etc., citadas por HUERTA FERRER, *cf.*

¹²¹ Como las mantenidas en la STS de 3 de enero de 1891: se trataba de un alboroto producido en una aglomeración de gente, por huir del cual y en la confusión originada resultaron dos muertos y varios heridos; el Tribunal Supremo castiga a los iniciadores del alboroto como autores de homicidios y lesiones, «porque reueltos a causar con voluntad e intención un mal constitutivo de delito, no les priva de este carácter el que en su intención no estuviera causar uno tan grande como el producido, lo cual sólo constituye una circunstancia atenuante», citada por HUERTA FERRER, *cf.*

cio de Huerta Ferrer¹²², no puede hacerse. No es posible, después de afirmar la responsabilidad dolosa del sujeto —porque, no existe en el Código una figura de delito de homicidio preterintencional— hablar a renglón seguido de que el agente «no tuvo intención» de causar un mal tan grave. Porque si esto es así, como apunta el mencionado autor, «se destruye con ello la base misma de aquella afirmada responsabilidad. Mucho más inexcusable es este recurso cuando ya la doctrina —planteándose la duda acerca de la aplicación de ambas disposiciones (la recogida en el art. 50, hoy derogado, y la del núm. 4 del art. 9.º)— se había decidido rotundamente por la primera «cuando los dos hechos —el intentado y el ejecutado— sean dos delitos diversos, y la segunda en el caso de que no haya más que uno, que sea el realizado, pero respecto del que sea el daño producido mayor que el que se propuso llevar a cabo, como sucede a menudo en las lesiones y puede acontecer en el robo»¹²³.

Ciertamente que en el primer supuesto tan sólo podía hacerse uso de la disposición aquí señalada por Silvela, la del derogado art. 50, en los limitados casos en que se tratase de persona distinta, como el Supremo exige. Pero lo que no puede hacerse tampoco es, como sostiene Huerta Ferrer¹²⁴, «recurrir a esta causa de atenuación, cuya esfera propia es completamente distinta (por ejemplo, en los arts. 420 y 422), desnaturalizándola y pretendiendo lograr de esta forma una especie de figura de delito preterintencional en el homicidio, totalmente desconocido en Derecho positivo español y que supone además el absurdo, ya destacado, de castigar por delito intencional con la atenuante de falta de intención»¹²⁵.

¹²² Cfr. p. 334.

¹²³ Vid. SILVELA, «El Derecho...», *op. cit.*, t. II, p. 115. En el mismo sentido, GROIZARD: «... Si tratándose de un mismo delito hemos visto proclamado por la ley el principio de que es una circunstancia atenuante la de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo...» (*El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, vol. I, pp. 317 y ss.; vol. II, p. 135).

¹²⁴ Cfr. pp. 335 y ss.

¹²⁵ En algunas Sentencias del Tribunal Supremo, como la de 24 de mayo de 1907, se pretende distinguir la esfera de aplicación de ambas disposiciones, pero no se precisa que la atenuante se habrá de aplicar, en efecto, a los casos en que «el mal resultante excede los límites del propósito», pero siempre que se permanezca dentro de la misma figura delictiva. Citada por HUERTA FERRER, cfr. p. 336. n. 29.

Por último, Juan del Rosal¹²⁶, a propósito de la STS de 18 de noviembre de 1958, analiza el problema de la relación de causalidad y del «*versari in re illicita*» en los términos siguientes¹²⁷:

a) El problema de la relación de causalidad. El razonamiento del más alto Tribunal de Justicia se enfrenta de golpe con la «voluntariedad» del párrafo primero del art. 1.º y con la cuestión de la «relación de causalidad». Y para llegar a una postura afirmativa argumenta del modo siguiente: «Porque de la relación circunstanciada de los hechos que se declaran probados en la Sentencia de instancia, resulta de manera evidente que hubo voluntariedad por parte del culpable y existió relación de causalidad entre los actos realizados por éste y la muerte del interfecto».

Con ello se evidencia, una vez más, cómo a la hora de la contemplación práctica del problema de la culpabilidad del agente aparecen, como un bloque monolítico, dos aspectos que técnicamente y en forma de esquema mental deben siempre escindirse, cuáles son aquí, de un lado, la voluntariedad sinónima de malicia en la interpretación de Pacheco y mayoría de penalistas; de otra parte, la relación de causa-

¹²⁶ DEL ROSAL, *Comentarios a la Doctrina Penal del Tribunal Supremo*, vol. I, Editorial Aguilar, Madrid, 1961, pp. 358 y ss.

¹²⁷ El resultando de «hechos probados», por la referida sentencia, queda establecido así: «Que en la noche de tormenta del 18 al 19 de febrero de 1955, el procesado E.C.R. junto con J.B.L., estuvieron tomando unas copas en una taberna de un pariente de éste último y de allí se dirigieron a la de A., sita en P. ch... R., donde se juntaron con otro individuo bebiendo anís y jerez y después gran parte de media botella que invitó el E., que éste y el J. discutieron por una copa que el último arrojó contra unas cajas, y apaciguados los ánimos, pero alegres por las libaciones, aunque más bebido el B., salieron los tres de la taberna, en dirección a sus respectivos domicilios, y como se quedaron sólo se reprodujo la disputa, durante la cual E. golpeó al J., causándole contusiones, una en la frente y otra en la nariz, que le originaron conmoción cerebral, por lo que el procesado intentó pedir auxilio llamando a la taberna, pero al no contestarle, desistió de ello, dejó al J.B. que estaba inconsciente, el cual, por la conmoción a consecuencia de los golpes, unida al alcohol ingerido, y estar sometido durante unas horas a la inclemencia de una noche de lluvia, frío y viento, determinó la muerte del repetido J.B.L. por un síncope cardíaco, lo que pudo evitar el procesado de no abandonarlo en las condiciones en que estaba, y siendo ésta la causa inmediata del fallecimiento».

La relación fáctica anterior fue estimada por la Audiencia provincial como constitutiva de un delito de «homicidio», previsto y penado en el art. 407 CP, siendo castigado en concepto de autor el procesado, pero con la circunstancia atenuante 4.º del art. 9.º del mismo cuerpo legal.

lidad, especie de engarce lógico, puramente material, que no prejuzga en nada el reproche de culpabilidad, en qué consiste la responsabilidad jurídico-penal de la persona. Dos planos que de antiguo, sobre todo, en la pura línea carrariana, ya se distinguieron y que andando el tiempo aparejarán un sinnúmero de polémicas.

Ahora bien, volvamos al razonamiento, por demás, lógicamente correcto, con que el Tribunal Superior sienta la tesis de la existencia de la relación de causalidad:

«Toda vez que el procesado condenado por homicidio golpeó a su víctima produciéndole contusiones en la frente y en la nariz que le originaron conmoción cerebral, y esta conmoción, consecuencia de los golpes que conscientemente le propinó el recurrente, unido al alcohol ingerido por el interfecto y quedar éste sometido, a consecuencia de la misma conmoción, a las inclemencias de una noche de lluvia, frío y viento durante unas horas.»

No se requiere ojo de lince para darse cuenta de que la fundamentación del presente considerando, mejor aún, de los pasajes transcritos, revelan cómo se ha seguido el curso del acontecimiento delictivo, desde un plano puramente lógico y material. Salvo con una reserva de suyo de singularísima importancia y que, igualmente, nos descubre cómo por debajo de la «cuerda causal» está vivo el pensamiento de la culpabilidad, o para decirlo de manera más plástica, coexiste en la contemplación material del suceso el reproche de culpabilidad, con lo que vemos que no se deslindan por entero ambas vertientes del acontecimiento punitivo: a) enlace causal; b) enlace psíquico (culpabilidad). Y, en consecuencia, la afirmación del primero nos conduce al segundo, con la consiguiente ampliación de la responsabilidad, que exigirá un expediente de corrección, en nuestra doctrina jurisprudencial, mediante la apelación a la circunstancia 4.^a del art. 9.º, y creando con ello el llamado homicidio preterintencional, especie que tiene cabida legal en algunos textos legales, como, verbigracia, en el Código Penal italiano.

La alusión a la voluntariedad se echa a la vista aquí, en virtud de la invocación al vocablo conscientemente, si bien sería discutible equipararla a la voluntariedad del párrafo primero. Y a mayor abundamiento, cabe pensar que la consciencia o voluntariedad exi-

gida en todo comportamiento humano necesita ser contenido de la actuación del sujeto, sin cuya condición no es construible la culpabilidad.

La voluntad, por tanto, del comportamiento no prejuzga, sin más, la culpabilidad.

Sin embargo, no debe olvidarse que la argumentación empleada en el considerando valora al lado de los golpes, productores de las lesiones y de la conmoción cerebral, otras concausas, que indiscutiblemente coadyuvarán en buena medida a la producción del resultado letal y que por nuestra parte subrayamos, cuales son, valga la repetición: a) unido al alcohol, etc., etc.; b) y quedar sometido a las inclemencias de una noche tormentosa. Luego, no cabe duda alguna de que ambas cooperaron; y en seguida cabe preguntar: ¿hasta qué punto influyeron en el evento culpable? ¿Qué grado de intervención tuvieron la una y la otra? O por mejor decir: ¿revisten la categoría de causas o son meras condiciones? Porque sin perder la cuenta del puro rigor causal, eliminando mentalmente el golpe no se hubiera producido la muerte, no es obstáculo para admitir la presencia de otros dos elementos que precipitan el proceso causal del hecho penal, como los anteriormente citados.

De suerte que el problema, nunca del todo despejado, pues en fin de cuentas depende de la valoración del que juzga, y siempre existe un margen de apreciación personal, radica, sin más, en saber si efectiva y realmente sin las dos condiciones se hubiere o no producido el resultado. Parece que dada la fuerza arrolladora del planteamiento lógico hay que inclinarse por la eficiente y siempre prevalente causa de los golpes. Pero con ello no se cierra el paso al valor que entrañan estas dos últimas en el instante de concretar la culpabilidad, ya que, indiscutiblemente, sin su concurrencia no hubiera desembocado en un resultado tan fatal.

b) El pensamiento del «*versari in re illicita*». Así, visto desde el plano lógico-material, es correcto el razonamiento en cuanto señala con el índice el «origen» del hecho en los golpes, si bien para ello se ve obligado a involucrar el pensamiento del «*versari in re illicita*», informativo del párrafo tercero del artículo primero del CP vigente y que, por desgracia, se halla vivo en otros preceptos que no son del caso citar.

La expresa mención de la idea confirma, a las claras, cómo se cuela, sin sentir, el pensamiento de la culpabilidad dentro del plano causal, por el que discurre la estricta «materialidad» del hecho, sin que con ello postulemos una descomposición del acto humano, al modo materialista que hiciera la dogmática del acto y de la culpabilidad de F. von Liszt, con cuyo esquema le fue posible articular un sistema, raído, aparentemente, de contradicciones. La teoría finalista de la acción apenas si le ha costado esfuerzo desmontar una arquitectura, en que las piezas —acto y culpabilidad— habían sido concebidas, con vistas a una cómoda construcción jurídica, pero con el grave defecto de dar de lado a la realidad de la vida, al menos, por lo que se refiere a la acción.

El arranque ilícito, señalado aquí en los vocablos siguientes: comisión ilícita, coloca ya el enjuiciamiento del hecho, habida cuenta de las disposiciones vigentes y de la práctica, en el disparadero de extender la responsabilidad criminal a cuanto resulta de aquel primer impulso causal, con el inconveniente que arrastra a la par, por desgracia, la culpabilidad de la persona; con lo que se establece una coyunda entre «impulso causal» y «culpabilidad» del individuo, si bien para amortiguar a veces la desmedida responsabilidad, reñida con la justicia, se apela al procedimiento de emplear inadecuadamente, vista desde la mira técnica, la atenuante cuarta del art. 9.º del CP vigente, como se ha dicho por varios penalistas españoles.

El resalte del pensamiento contenido en el «*versari in re illicita*» se palpa todavía más a las claras en las expresiones siguientes: «Por un acto de comisión ilícito, realizado *voluntariamente* por el procesado, puesto que si no hubiera dado a su víctima los golpes que le produjeron la conmoción, no se hubiera quedado sometido a las inclemencias del tiempo, ni hubiera sobrevenido el síncope cardiaco, por lo que es vista la perfecta relación de causalidad entre el hecho inicial de la agresión que el recurrente realizó y la muerte del agredido, por no resultar de los hechos probados la existencia de *actos u omisiones de la víctima o tercera persona, extraños a la voluntad del recurrente y que fueron determinantes de la muerte*».

Se elimina la supuesta intervención de concausas —actos u omisiones de la víctima o tercera persona, extrañas a la voluntad del recurrente—, siempre enlazados con la participación voluntaria, con lo que resulta: a) que la voluntariedad —como dijimos anteriormente—

informa el curso causal y a la vez sirve de soporte, claro está que para concretar la culpabilidad de la persona; b) que el grupo de las concausas o de factores influyentes en el proceso causal queda limitado, de antemano, a los provenientes de las personas y de un modo voluntario. Así pues, no pesa, por tanto, la proyección de elementos de la naturaleza o de cualquier otra índole, ajenos a la actuación personal¹²⁸.

Persigamos la argumentación del actual considerando: «Porque si bien es cierto que se consigna en el primer resultado que el interfecto estaba alegre por las libaciones que había hecho en la noche de autos y que el alcohol ingerido fue una de las concausas que contribuyeron al fallecimiento por haberle dejado el procesado abandonado a la intemperie en las condiciones expresas, aquella circunstancia de haber bebido imputable a la propia víctima no es bastante para eximir de responsabilidad al procesado, porque, según tiene reiteradamente declarado esta Sala, al culpable de un hecho delictivo le son imputables todas las consecuencias que sean resultado lógico y racional del mismo, con evidente relación de causalidad, como en el presente caso ocurre en el que es manifiesta la adecuación de la causa originaria con el resultado producido, por todo lo que no puede ser acogido este motivo de fondo que le formuló al amparo del núm. 1 del art. 849 de la L.E.Crim. y en el que se denunció la infracción, por aplicación indebida de los arts. 1.º y 407 del CP».

De esta suerte, una vez más y observado el razonamiento lógico, de impecable textura, se afirma la idea del «*versari in re illicita*» conectada en los dos puntos: uno, de originario acto ilícito; otro, de ilación lógica en la estricta área de la relación causal, se enlazan con la responsabilidad, descartándolas o admitiéndolas desde la contemplación de la culpabilidad del agente, dimensión del delito, de distinta naturaleza a la nacida de la relación causal, si bien la idea que ilustra el «*versari in re illicita*» no es otra sino la elaboración de la culpabilidad por el mero nexo causal, siempre y cuando recaiga este sobre un hecho ilícito, como indica el propio aforismo.

¹²⁸ Vid. AZZALI, *Contributo alla teoria della causalità nel diritto penale*, Milán, Giuffré, 1954, pp. 71 y 66. También BATTAGLINI, *L'interazione del neso causale*, Milán, Giuffré, 1954, pp. 37 y ss.

De esta manera, la culpabilidad, mejor aún, la responsabilidad criminal, se impregna de ingredientes, de índole objetiva, puesto que está enucleada del simple engarce «lógico y racional» de atribuir el resultado a su causa natural.

Ahora bien: también cabría preguntar, de frente a la calificación de *concausa*, por parte del pasaje del considerando, si realmente estamos a presencia de una *concausa* o se trata de una *condición* u *ocasión*, especies de categorías, diferenciativas, dentro de la relación de causalidad, ya que los especialistas del tema distinguen: *concausa*, lo que sólo parcialmente y con ayuda de la causa produce el resultado: *condición* es aquella que si falta (*condictio sine qua non*) la causa no actúa; en cambio, la *ocasión* es algo así como una feliz coincidencia de circunstancias o contingencias que favorecen más o menos la venida del resultado. Cada uno de estos tres miembros da lugar a una serie de interpretaciones natural, jurídica, moral, etcétera, por demás complicada.

Si se examina la narración de «hechos probados» y, sobre todo, si contraemos nuestra reflexión a la argumentación *explayada* en las frases del considerando acabado de indicar, casi está uno tentado de decir que, más que *concausa*, en el supuesto presente se trata de unos factores, de suyo inclinantes o favorecedores del evento acaecido, y que por ser circunstanciales, tales como la noche tormentosa, el hallarse bebido, etc., son inscribibles dentro del tipo de las «causas ocasionales», puesto que la sentencia se inclina por la carencia de estos elementos de virtualidad efectiva en orden a la producción del resultado¹²⁹.

III. EL «PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVA» EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

El nuevo Código Penal de 8 de noviembre de 1995 («B.O.E.» de 24 de noviembre) se fundamenta básicamente, según su «Exposición de Motivos», en la «adaptación positiva a los valores constitucionales», afrontando la antinomia existente entre el principio de in-

¹²⁹ Vid. BATTAGLINI, *L'interazione...*, *op. cit.*, pp. 20 y ss.

tervención mínima y las crecientes necesidades de tutela de una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, pero eliminando, a la vez, figuras delictivas que han perdido su razón de ser. En este último sentido merece destacarse «la desaparición de las figuras complejas de robo con violencia e intimidación en las personas que, surgidas en el marco de la lucha contra el bandolerismo, deben desaparecer dejando paso a la aplicación de las reglas generales».

De acuerdo con las premisas metodológicas y las conclusiones científicas que se han puesto de relieve a lo largo de este trabajo, el nuevo Código Penal consagra solemnemente el principio de «responsabilidad subjetiva», entre las «garantías penales», de tal modo que, en el Estado de Derecho, «no hay pena sin dolo o imprudencia» (art. 5), suprimiendo, consecuentemente, la previsión contenida en el párrafo segundo del art. 1 del Código Penal derogado. Por tanto, desaparece, asimismo, la regulación «expresa» del «caso fortuito», tal y como se concebía en el suprimido art. 6 bis, b), CP.

Por otra parte, las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando «expresamente» lo disponga la ley, en virtud del artículo 12 del nuevo Código Penal. Así acontece, v. gr., en el «homicidio imprudente», a cuyo tenor, el artículo 142 castiga con la pena de prisión de uno a cuatro años, al que «por imprudencia grave causare la muerte de otro». También, la nueva regulación contempla la causación imprudente de las lesiones, castigando el artículo 152 al que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores. Concretamente, con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana si se tratare de las lesiones del artículo 147.1; es decir, lesiones que, por cualquier medio o procedimiento, menoscaben la integridad corporal o la salud física o mental, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico.

El referido art. 152 del nuevo Código Penal sanciona, en su núm. 2.º, con la pena de prisión de uno a tres años si se tratare de las lesiones del artículo 149; a saber: la pérdida o la inutilidad, por cualquier medio o procedimiento de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad o una grave enfermedad somática o psíquica.

Finalmente, el citado art. 152 castiga en su núm. 3.º, con las penas de prisión de seis meses a dos años si se tratare de las lesiones del artículo 150, que son las siguientes: la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal o la deformidad.

En todo caso, tanto por lo que se refiere al homicidio como a las lesiones, dolosa o imprudentemente causadas, ya no le son aplicables el régimen jurídico de la preterintencionalidad, la cual desaparece del nuevo Código Penal, que no la incluye en el catálogo de las «circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal» (art. 21).

Por consiguiente, el llamado «Código Penal de la Democracia», inspirado en la adaptación positiva del nuevo Código Penal a los valores constitucionales, de acuerdo con un importante sector de la doctrina penal alemana y española, suprime básicamente la «responsabilidad objetiva», también llamada responsabilidad por el resultado, garantizando la vigencia del «principio de culpabilidad», mediante la exclusión del ámbito jurídico-penal de los delitos cualificados por el resultado, propugnando en la regulación positiva de las diversas figuras delictivas la tesis dominante aquí defendida; a saber: «El concurso ideal de delitos entre la conducta básica dolosa y la culposa referida al resultado más grave», sin olvidar la acertada previsión, tanto del art. 77 del nuevo Código Penal, como del derogado (art. 71), que regulan el concurso ideal de delitos y, por ende, prohíben imponer una pena superior a la suma de las penas de los delitos sancionados por separado.

Consecuentemente, el nuevo Código suprime el art. 227, que configuraba una responsabilidad por un hecho ajeno, totalmente incompatible con el principio de culpabilidad; por tanto, «los delitos particulares cometidos en una rebelión o con motivo de ella serán castigados, respectivamente, según las disposiciones del nuevo Código Penal», conforme establece su art. 481, precepto que, además, es aplicable al delito de sedición, según declara el art. 549 del nuevo Código Penal. Asimismo, en la nueva normativa jurídico-penal se suprimen los delitos cualificados por el resultado donde anidaba, principalmente, la responsabilidad objetiva. Así, por imperativo legal, desaparecen del nuevo Código Penal los artículos 233; 348; 411, último párrafo; 488, párrafo quinto (en su lugar se configura en el núm. 3 del art. 229 del nuevo Código Penal un delito de peligro concreto para la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor o del

incapaz, «sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro más grave»); 501, 4.º (el nuevo Código Penal castiga en su artículo 242.1, con la pena de prisión de dos a cinco años, al culpable de robo con violencia o intimidación en las personas, «sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase», sustituyendo, por tanto, el delito cualificado por el resultado imprudentemente producido, por las normas generales del concurso de delitos).

Por el contrario, la nueva regulación penal mantiene, como un delito contra la «libertad» entre las «detenciones ilegales y secuestros», el delito de desaparición forzada del detenido o secuestrado, si bien suprime la gravísima penalidad señalada en el Código Penal derogado (reclusión mayor), por la imposición de una pena superior en grado a las señaladas en los artículos 163 (prisión de cuatro a seis años, o de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días), 164 (prisión de seis a diez años, si se realiza el secuestro de una persona exigiendo alguna condición para ponerla en libertad) y 165, en cuya virtud, las penas de los artículos anteriores se impondrán en su mitad superior, en los respectivos casos, si la detención ilegal o secuestro se ha ejecutado con simulación de autoridad o función pública, o la víctima fuere menor de edad o incapaz o funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

En todo caso, el artículo 166 del nuevo Código Penal, en atención a la entidad del bien jurídico protegido, se adscribe a una línea político-criminal distinta a la de la expresa configuración de delitos de resultado, castigando con la pena superior en grado a las señaladas a las detenciones ilegales y secuestro, en base a que, salvo que el sujeto haya dejado en libertad al detenido o secuestrado, «no da razón del paradero de la persona detenida», en absoluto por la sospecha de que, además, haya cometido un asesinato, lo cual, evidentemente, sería inconstitucional. Por consiguiente, si en el juicio se prueba que el desaparecido o secuestrado también fue asesinado, habrá el correspondiente concurso de delitos que, a mi juicio, debe ser «real», tal y como dispone el art. 73 del nuevo Código Penal, en cuya virtud, «al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas». El régimen jurídico del concurso real de delitos es aplica-

ble, también, al delito de «estragos» cuando, además del peligro generado provocando explosiones o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva (causando la destrucción de aeropuertos, puertos, estaciones, edificios, locales públicos, depósitos que contengan materiales inflamables o explosivos, vías de comunicación, medios de transporte colectivos, o la inmersión o varamiento de nave, inundación, explosión de una mina o instalación industrial, levantamiento de los carriles de una vía férrea, cambio malicioso de las señales empleadas en el servicio de ésta para la seguridad de los medios de transporte, voladura de puente, destrozo de calzada pública, perturbación grave de cualquier clase o medio de comunicación), se hubiere producido lesión para la vida, integridad física o salud de las personas, en cuyo caso, «los hechos se castigarán separadamente con la pena correspondiente al delito cometido», según establece el art. 346 del nuevo Código Penal. Del mismo modo, la técnica del concurso real de delitos se aplica en la «tortura y otros delitos contra la integridad moral», cuando, además del atentado contra la integridad moral (sometiendo a una persona a condiciones o procedimiento que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión), se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, en cuya hipótesis, «se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la Ley», conforme declara el art. 177 del referido nuevo Código Penal.

Por otra parte, el concurso ideal de delitos se regula, expresamente, con carácter general, en el art. 77 del nuevo Código Penal y, particularmente, entre otros en el art. 326, que impone la pena superior en grado, «sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código», cuando en la comisión de cualquiera de los hechos descritos en el art. 325 (provocar o realizar directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia, incluso, en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales), con-

curra alguna de las circunstancias que cualifican los «delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente» enumeradas en los apartados a) - f) del citado art. 326 del nuevo Código Penal. Asimismo, los arts. 611 y siguiente castigan con la pena de prisión de diez a quince años y de tres a siete años, respectivamente, «sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos», al que, con ocasión de un conflicto armado, comete un «delito contra la Comunidad Internacional», concretamente, contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

Por consiguiente, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que aprueba el nuevo Código Penal, deroga expresamente los delitos cualificados por el resultado, así como los complejos, configurando las reglas generales del concurso de delitos como las únicas que pueden resolver en el futuro los problemas que estas infracciones plantean. Sin embargo, como subraya Muñoz Conde¹³⁰, los principios inspiradores del nuevo Código Penal, tales como el principio de culpabilidad, entendido como proscripción de la responsabilidad objetiva, limitando las fuentes de la imputación subjetiva al dolo o la imprudencia (arts. 5 y 10), dando relevancia al error sobre los hechos o su ilicitud (art. 14), y a determinados estados de alteración mental como causas de exención o atenuación de la responsabilidad criminal (arts. 20, 1, 2 y 3; 21, 1 y 5), no se han llevado hasta sus últimas consecuencias, ni se han respetado siempre a través de todo el articulado del Código. En este sentido, Muñoz Conde¹³¹ destaca en el nuevo Código Penal una cierta tendencia a la «desformalización», que puede suponer una merma cuando no eliminación de las barreras infranqueables que, según von Liszt, el Derecho penal debía oponer a una política criminal, demasiado inclinada a resolver por la vía más rápida el conflicto que le preocupa.

Así, por ejemplo, en la citada Ley Orgánica del nuevo Código Penal subsisten delitos cualificados por el resultado, tales como, entre

¹³⁰ MUÑOZ CONDE, «Principios inspiradores del Proyecto de Código Penal de 1994», Ponencia presentada en el Seminario sobre «La reforma penal de los delitos contra la salud pública y el medio ambiente», celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, del 13 al 17 de marzo de 1995. Publicada en *Valore e principi della Codificazione penale: Le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*, CEDAM, Padova, 1995, pp. 85 y ss.

¹³¹ MUÑOZ CONDE, «Principios inspiradores...», *op. cit.*

otros, el «delito societario» del art. 290, en cuya virtud se impondrán las penas de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses, en su mitad superior, «si se llegare a causar el perjuicio económico de la sociedad»; la «violación de secretos» del art. 417, a cuyo tenor, la pena será de prisión de uno a tres años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a cinco años, «si de la revelación resultara grave daño para la causa pública o para tercero»; el «uso indebido de información privilegiada» del art. 442, que castiga a la autoridad o funcionario público que haga uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, con la pena de prisión de uno a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años, «si resultara grave daño para la causa pública o para tercero»; el «tráfico de influencias» sobre funcionario o autoridad de los arts. 428 y siguiente, que permite la imposición de las penas en su mitad superior, si el funcionario público, la autoridad o el particular «obtuviesen el beneficio económico perseguido para sí o para un tercero», y la «obstrucción a la Justicia» del art. 464, en cuya virtud, la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a veinticuatro meses, se impondrá en su mitad superior, «si el autor del hecho alcanzara su objetivo»; a saber: intentar influir directa o indirectamente, con violencia o intimidación en quien sea denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo en un procedimiento para que modifique su actuación procesal.

Iguales penas se impondrán, según dispone el número 2 del referido artículo 464, a quien realizare cualquier acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes, como represalia contra las personas citadas en el apartado anterior, por su actuación en procedimiento judicial, «sin perjuicio de la pena correspondiente a la infracción de que tales hechos sean constitutivos», por lo que, a diferencia de la regulación derogada, a cuyo tenor, «se impondrá la pena en su grado máximo» cuando el hecho constituya delito más grave, el nuevo Código Penal, acogiendo las opiniones de la doctrina científica ¹³²,

¹³² Vid., por todos, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, 11.ª ed., Valencia, 1996, p. 807.

declara en este caso, expresamente aplicable las reglas generales del concurso, a mi juicio real, de delitos.

En cambio, el nuevo Código Penal mantiene la tesis del concurso de leyes en el art. 383, fiel trasunto del derogado 340 bis, c), a cuyo tenor, cuando con los actos sancionados en los artículos 379, 381 y 382 (que tipifican los delitos contra la seguridad del tráfico), se ocasionara, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo, cualquiera que sea su gravedad, los jueces y tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, condenando en todo caso al resarcimiento de la responsabilidad civil que se haya originado.

Como ha puesto de relieve la doctrina científica¹³³, el precepto está pensando evidentemente para los casos en que se producen muerte o lesiones por imprudencia. La solución lógica hubiera sido acudir a las reglas del concurso ideal, pues se trata de dos delitos distintos: el de peligro común y el de resultado lesivo por imprudencia producidos por la misma acción. Sin embargo, el legislador, antes de la referida Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que aprueba el nuevo Código Penal, como ahora, en la nueva normativa, considera, también, que se trata de un concurso de leyes y sanciona tan sólo uno de los hechos, castigando por las reglas de la alternatividad tan sólo el delito más gravemente penado, según dispone el art. 8, 4.^a, del nuevo Código Penal, en cuya virtud, y en defecto de los criterios de especialidad, subsidiariedad y consunción establecidos en el citado artículo, «el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor», conforme declara la regla cuarta del mencionado art. octavo, ubicado, sistemáticamente, en el Título Preliminar del nuevo Código, bajo la rúbrica: «De las garantías penales y de la aplicación de la Ley Penal» (arts. 1.^o a 9.^o).

A mi juicio, para estimar el principio de alternatividad, los diversos hechos deben estar en una misma línea de progresión en el ataque a un mismo bien jurídico protegido, ya que de lo contrario no habría concurso de leyes, en buena línea dogmática, sino de delitos, como estimo que acontece en la hipótesis planteada de muerte o lesiones imprudentemente causadas, a consecuencia de un atentado contra la seguridad del tráfico; hechos que, por otra parte, tienen una

¹³³ Vid., por todos, MUÑOZ CONDE, cfr. pp. 587 y s.

gran repercusión social, así como una notable trascendencia criminológica, por cuanto que se sitúa a la «víctima» en un primer plano, exigiendo el referido art. 383 del nuevo Código Penal que, cualquiera que sea la gravedad del resultado lesivo, los jueces y tribunales «condenarán en todo caso al resarcimiento de la responsabilidad civil que se haya originado», en favor de las víctimas de la criminalidad del tráfico viario.

Por otra parte, el nuevo Ordenamiento penal configura tipos cualificados o agravados por un resultado más grave, entre los cuales destacan el art. 148, a cuyo tenor, las lesiones previstas en el apartado 1 del art. 147 (es decir, las que requieren objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico), podrán castigarse con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido:

- 1.º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetivos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado.
- 2.º Si hubiera mediado ensañamiento.
- 3.º Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz.

Asimismo, el régimen jurídico-penal de incriminación de los delitos de terrorismo se caracteriza, en la nueva redacción del Código Penal, por la combinación de distintas técnicas de represión; por una parte, en el art. 571 el legislador aplica las reglas del concurso ideal de delitos, castigando con la pena de prisión de quince a veinte años, «sin perjuicio de la pena que les corresponda si se produjera lesión para la vida, integridad física o salud de las personas», a los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, cometan los delitos de estragos o de incendios tipificados en los artículos 346 y 351, respectivamente.

Por otro lado, el legislador tipifica en el art. 572 figuras cualificadas o agravadas por un resultado más grave, castigando a los miembros o colaboradores de bandas armadas organizaciones o grupos terroristas, que atentaren contra las personas, a las penas siguientes:

- 1.º Prisión de veinte a treinta años si causaran la muerte de una persona.
- 2.º Prisión de quince a veinte años si causaran lesiones de las previstas en los artículos 149 y 150 o secuestraran a una persona ¹³⁴.
- 3.º Prisión de diez a quince años si causaran cualquier otra lesión o detuvieran ilegalmente, amenazaran o coaccionaran a una persona.

El número 2 del referido art. 572 establece que se impondrá la pena en su mitad superior; si los hechos se realizaran contra las personas mencionadas en el apartado 2 del artículo 551 (miembro del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados, del Senado o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, del Consejo General del Poder Judicial o Magistrado del Tribunal Constitucional) o contra miembros de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policías de las Comunidades Autónomas o de los Entes Locales.

Por el contrario, desde el punto de vista de las exigencias dogmáticas y político-criminales del «principio de responsabilidad subjetiva», resulta, a mi juicio, muy discutible, «la conversión de un dolo de peligro en un dolo de lesión», tal y como se regulan, en el nuevo Código Penal, los delitos de incendio y los incendios forestales. En efecto, el art. 351 castiga con la pena de prisión de diez a veinte años a los que «provocaren un incendio que comporte un peligro para la vida o integridad física de las personas»; mientras que el art. 352 castiga, conforme a lo dispuesto en el artículo 351, a los que incendiaran montes o masas forestales, «si ha existido peligro para la vida o la integridad física de las personas». Naturalmente, la creación de un riesgo desaprobado jurídicamente, pero respecto del cual el tipo no

¹³⁴ El art. 149 del nuevo Código Penal tipifica las lesiones consistentes en la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica; por su parte, el art. 150 configura las lesiones que producen la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad.

exige que ponga en «concreto» peligro la vida o la integridad física de las personas, no puede equipararse, ni siquiera por la indudable importancia del bien jurídico protegido: la «seguridad colectiva», a la lesión efectiva del mismo, ya que si bien se respeta una exigencia ineludible del citado principio de responsabilidad subjetiva, cual es que la pena se base, en este caso, en el dolo; sin embargo, el requisito material de que la consecuencia jurídica del delito sea proporcional al «desvalor subjetivo de la acción», no se satisface, en la medida en que se castiga una conducta peligrosa para la vida o la integridad física de las personas, con una pena más grave que la señalada al comportamiento lesivo para estos bienes jurídicos, ya que, v. gr., el art. 138 impone de diez a quince años de prisión «al que matare a otro». Por tanto, la tendencia a la desformalización, ya apuntada, se evidencia con la utilización en el nuevo Código Penal de «delitos de peligro abstracto» y la ampliación de la protección penal a «bienes jurídicos universales», cuya tutela perentoria no permite, a mi juicio, la conversión automática, en ningún caso, de un dolo de peligro en un dolo de lesión.

Finalmente, interesa destacar que, merced al «principio de responsabilidad subjetiva», la pena criminal sólo puede imponerse a una acción u omisión dolosa o imprudente proporcionada, no como antaño, exclusivamente en base al «desvalor del resultado» —porque en un sistema racional y moderno, el resultado juega únicamente un papel en la apreciación legislativa de la necesidad de pena—, sino, también, en atención al «desvalor subjetivo de la acción», equilibrio que deviene inestable en el art. 621.2 del nuevo Código Penal, cuando castiga, como una «falta contra las personas», con la pena de multa de uno a dos meses, a los que «por imprudencia leve causaren la muerte de otra persona»; desproporción que, a mi juicio, resulta evidente si se tiene en cuenta que el mismo título de imputación subjetiva fundamenta el homicidio imprudente, el cual, sin embargo, se castiga con la pena de prisión de uno a cuatro años (art. 142.2), estableciendo el legislador la diferencia substantiva y penológica entre el delito y la falta por homicidio imprudente, no en base al título de imputación que se mantiene constante: «la imprudencia», sino en función de la «gravedad» o «levedad» del cuidado que objetiva y subjetivamente era necesario que el sujeto empleara en la realización de acciones susceptibles de lesionar el bien jurídico protegido; en este caso, la vida humana.