

# LA PRETERINTENCIONALIDAD

**Juan Antonio Martos Núñez**

Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Sevilla

## SUMARIO

I. Introducción.— II. Concepto y elementos de la preterintencionalidad.— III. Naturaleza jurídica y fundamento de la preterintencionalidad.— IV. Ámbito de aplicación.— V. Clases de preterintencionalidad.— VI. Sistemas de tratamiento de la preterintencionalidad.— VII. La preterintencionalidad en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992.

## I. INTRODUCCIÓN

La terminología usada para designar la preterintencionalidad revela las vacilaciones doctrinales. Así, Feuerbach utilizó la fórmula de «culpa

determinada, por el dolo» (*durch dolus bestimnte culpa*); la fórmula tradicional, en cambio, responde al título de «delitos calificados por el resultado» (*erfolgsqualifizierte Delikte*). Carrara, inspirándose en Feuerbach, adoptó la denominación de *colpa informata a dolo*. Por su parte, Pessina habla de *colpa mista a dolo*. Posteriormente, se utilizan las locuciones de «dolo preterintencional», «delito preterintencional» y «preterintención», dotadas, todas ellas, de contenido y significación jurídico-penal propios.

La historia de la preterintencionalidad es antigua; si partimos del *versari in re illicita*, ya en el siglo XVI comienza a espiritualizarse el texto en que se contiene, gracias a los intérpretes; por consiguiente, su historia es, como subraya Jiménez de Asúa<sup>1</sup>, «más jurídico-dogmática que legiferada. La verdadera historia legal de la preterintención es casi de nuestros días».

En efecto, el Derecho penal primitivo vinculó la responsabilidad, no a una culpa anterior, sino a la pura causalidad material; imperó, pues, el principio de la «responsabilidad por el resultado» (*Erfolghaftung*), atemperada, únicamente, por la imputabilidad y, más tarde, por la culpabilidad.

En el Derecho romano, el concepto de delito precisa la existencia de una voluntad contraria a la ley en la persona capaz de obrar. Este principio fundamental del Derecho penal evolucionado fue desconocido en el Derecho penal primitivo, basado en el hecho en sí, no sobre la situación anímica que lo producía. Así, la muerte causada a un hombre genera una deuda que debe ser reparada, independientemente de la intención del autor, en orden a la producción del resultado letal. Esta concepción, aunque no había desaparecido completamente del Código de las Doce Tablas, estaba, sin embargo, en decadencia

Con respecto a las lesiones corporales y al daño causado en las cosas, no existiendo culpabilidad, según Mommsen<sup>2</sup>, no había tampoco responsabilidad. *Mutatis mutandis* cabe afirmar en relación con el homicidio, puesto que el referido Código disponía, contra lo ordenado en las prescripciones antiguas, que cuando el hecho se hubiese realizado sin intención, tuviese lugar la expiación religiosa, pero que no se impu-

---

<sup>1</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, 2.ª edición, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1962, tomo VI, «La culpabilidad y su exclusión», p. 35.

<sup>2</sup> MOMMSEN, *Derecho Penal Romano*, traducción del alemán por P. Dorado, Bogotá, Editorial Temis, 1976, p. 60.

siese pena alguna. De ahí que las posteriores leyes penales se basaran, exclusivamente, en la voluntad antijurídica del agente.

Por otra parte, el concepto de lesión corporal causada a un hombre libre, de un lado, se hizo extensivo a toda lesión personal, y de otro, se limitó a las lesiones intencionales exclusivamente, con lo que se formó con este delito una figura especial e independiente, que fue, según Mommsen<sup>3</sup>, la *iniuria*; mientras que, por otra parte, 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*. El fundamento ético bastante para la configuración de este delito, o sea, la culpa de naturaleza criminal que sustituía a la intención, se denominaba «culpa aquiliana», para distinguirla de la «culpa contractual», esto es, la responsabilidad nacida de la celebración de los contratos<sup>4</sup>.

Por consiguiente, el Derecho Romano superó el principio de la ciega responsabilidad por el resultado hasta llegar a considerar el *dolus*, es decir, «la voluntad de ofender, intencionalmente, la ley moral y la ley del Estado», como un elemento esencial de la infracción delictiva. En cambio, el objetivismo germánico hizo que su Derecho permaneciera anclado en la responsabilidad por el caso fortuito. De ahí que, al entrecruzarse ambas tendencias, se produjeran, como observa Díaz Palos<sup>5</sup>, figuras híbridas, algunas de las cuales permanecen más o menos larvadas, como son el *versari in re illicita* y el *dolus indirectus* del Derecho común.

El aforismo *versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto* significa que «quien se dispone a obrar en cosa no permitida o ilícita debe responder de todas las consecuencias, aun de las puramente fortuitas». Por eso se formula, también, de la forma siguiente: *Qui versatus est in re illicita tenetur etiam pro casu*.

El origen de esta concepción se sitúa en el Derecho Canónico, que contrapuso *dolus* y *casus*, comprendiendo en el fortuito supuestos palmariamente culposos, debido a que, en esta etapa jurídica, la culpa carecía de tradición jurídica como categoría general. Ciertamente, otros su-

<sup>3</sup> Cfr. p. 62.

<sup>4</sup> Véase, más ampliamente, BARBERO SANTOS, «Honor e *iniuria* en el Derecho Romano», en *Estudios de Criminología y Derecho Penal*, Universidad de Valladolid, 1972, pp. 305 y ss.

<sup>5</sup> DÍAZ PALOS, *Responsabilidad penal objetiva*, en RGLJ, 1981, vol. 1, p. 506.

puestos, aunque no eran siquiera culposos, se imputaban por las «Decretales» como *homicidium casuale* por actuar el agente en cosa ilícita. Estos casos, según Díaz Palos<sup>6</sup>, operaron la traslación al Derecho de los prácticos en conjunción con la idea del *dolus indirectus*, terminándose la consumación del proceso objetivador: el carácter ilícito de la acción, unido a la probabilidad de la misma en la causación del resultado, independientemente de la previsión efectiva del sujeto, cuestionaron el carácter subjetivo del dolo, que, posteriormente, se reivindica.

Las opiniones de los glosadores, los prácticos y los antiguos canonistas y jurisconsultos pueden repartirse, según Jiménez de Asúa<sup>7</sup>, en estos cuatro grupos:

- a) Los que imputan, sin más exigencia, el resultado no querido.
- b) Los que dentro de esa posición rigurosa buscan el elemento subjetivo en el cuasi-dolo, en el dolo en general e incluso en el *dolus indirectus*.
- c) Los que no cargan en la cuenta del agente el resultado más grave que no quiso.
- d) Los que subordinan esta atribución a la previsibilidad.

Finalmente, en el Código Penal español, a partir del de 1848, figura como «circunstancia atenuante» la que hoy designamos con el *nomen iuris* de «preterintencionalidad», la cual conserva su significado<sup>8</sup> en el Código Penal vigente:

Artículo 9.º «Son circunstancias atenuantes...»

4.ª «La de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo.»

El reconocimiento pleno de la preterintencionalidad en la atenuante cuarta de nuestro Código es otro de los hallazgos característicos del Derecho penal español positivo, según Quintano<sup>9</sup>. Cuando apareció por vez primera, en el de 1848, carecía en absoluto de precedentes y con-

---

<sup>6</sup> Cfr. p. 507.

<sup>7</sup> Cfr. p. 36.

<sup>8</sup> En el texto original del Código penal de 1848 aparecía, como circunstancia 3.ª del artículo 9, así redactada: «La de no haber tenido el delincuente intención de causar todo el mal que produjo».

<sup>9</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, 2.ª edición renovada por el autor y puesta al día por Enrique Gimbernat Ordeig, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1966, p. 172.

cordancias, que aún hoy día, fuera de ciertos países hispanoamericanos, son bien raras de hallar, pese a su indudable pertinencia y utilidad, reconocidas por los científicos de todas las escuelas. Antes, el Código de 1822, como el de Napoleón, no conocieron más que una atenuación específica en el homicidio (art. 626), pero a base siempre de un inevitable y pernicioso confusionismo con la imprudencia.

## II. CONCEPTO Y ELEMENTOS DE LA PRETERINTENCIONALIDAD

Hay preterintencionalidad cuando «*la intención del sujeto es superada, manifiestamente, por el resultado producido y, en principio, no querido*». Entraña, como subraya Rodríguez Mourullo<sup>10</sup>, un *plus effectum* que va más allá (*praeter*) de la intención. Por tanto, el delito es preterintencional cuando, según Antón Oneca<sup>11</sup>, «de la acción u omisión deriva un resultado más grave que el querido por el sujeto».

El término «preterintención» denuncia, en opinión de Jiménez de Asúa<sup>12</sup>, la índole más subjetiva en su estructura, que el usado en Alemania —«delitos calificados por el resultado»—, puesto que más allá de la intención «no sólo está la responsabilidad objetiva, sino también, y antes, la culpa». Para el citado autor, es posible definir la preterintención como «una alianza de dolo y culpa, en que el autor del acto doloso origina una consecuencia más grave que el agente pudo, al menos, prever».

Por consiguiente, existe preterintencionalidad cuando el sujeto, mediante una acción intencional quiere producir un resultado y produce otro, de mayor gravedad, que el pretendido, pero que, como apunta Sainz Cantero<sup>13</sup>, se encuentra en su misma línea de ataque. *V. gr.*, se quiere lesionar a la víctima y, como consecuencia de la agresión inicial dolosa, se le ocasiona la muerte.

<sup>10</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, en CORDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, Editorial Ariel, 1976, tomo I (arts. 1-22), p. 439. Del mismo autor, véase, además, *La atenuante de preterintencionalidad*, en ADPCP, 1970, pp. 555 y ss.

<sup>11</sup> ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, 2.ª edición, anotada y corregida por José Julián Hernández Guijarro y Luis Benéytez Merino, Madrid, Ediciones Akal, S. A., 1986, p. 255.

<sup>12</sup> Cfr. p. 35.

<sup>13</sup> SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, 3.ª edición, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, S. A., 1990, p. 693.

La preterintencionalidad integra, pues, un supuesto especial de desproporción entre el resultado producido en la realidad y el perseguido por el sujeto. A juicio de Puig Peña<sup>14</sup>, el delito preterintencional es aquel que «tiene lugar cuando se produce en la realidad un efecto no deseado y superior al querido por el propio sujeto». Desde un punto de vista etimológico, preterintencionalidad significa «más allá de la intención». Efectivamente, el sujeto quiere realizar un hecho delictivo; sin embargo, la dinámica criminal supera los límites propuestos por el agente, de tal modo que, asumiendo la producción de un resultado determinado, en realidad se produce un evento, lesivo o dañoso, más grave, en absoluto propuesto. Por ello, la preterintencionalidad supone siempre, como afirma Alonso Álamo<sup>15</sup>, «una intención o dolo, un lado subjetivo, y, en conexión causal con la conducta inicial del agente, la producción de un resultado más grave que el pretendido».

La preterintencionalidad se da, pues, cuando, según Mir Puig<sup>16</sup>, el autor «quiere realizar un hecho de distinta significación penal al que resulta». Por consiguiente, el delito preterintencional regula aquellos casos en los que el sujeto se ha propuesto la comisión de una infracción penal, *v. gr.*, la causación de unas determinadas lesiones, y el resultado ha excedido, ampliamente, al que se proponía causar, por falta de pericia en la ejecución. Se excluyen, por definición, aquellos supuestos en los que, como acontece con el dolo de ímpetu, el sujeto asume *ab initio* los resultados de su acción, sean cuales fuera éstos. En suma, la preterintencionalidad imputa dolosamente resultados producidos culposamente, ya que el agente no quería causarlos. En compensación a este endurecimiento, según Rodríguez Devesa<sup>17</sup>, «la ley concede el beneficio de una atenuante». En general, puede afirmarse que la preterintencionalidad consiste, a juicio de Cobo del Rosal y Vives Antón<sup>18</sup>, «en producir un resultado típicamente antijurídico que traspasa lo intencionalmente

<sup>14</sup> PUIG PEÑA, *Derecho Penal*, Parte General, 7.ª edición actualizada con la colaboración de Gregorio Ortiz Ricol, 1988, p. 239.

<sup>15</sup> ALONSO ÁLAMO, *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*, Universidad de Valladolid, 1981, pp. 678 y s.

<sup>16</sup> MIR PUIG, *Derecho Penal*, Parte General, 3.ª edición, Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias, S. A., 1990, p. 308. Del mismo autor, véase, además, «Preterintencionalidad y límites del artículo 50 del Código Penal», en *Libro Homenaje al Prof. José Antón Oneca*, 1982, y en *RJCat*, 1979.

<sup>17</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español*, Parte General, 9.ª edición, Madrid, Editorial Dykinson, S. L., 1985, revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez, p. 709.

<sup>18</sup> COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, Parte General, 3.ª edición corregida y actualizada, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1990, p. 490.

emprendido». Concurren, pues, dos resultados penalmente relevantes: uno, el que dolosamente perseguía el sujeto, y otro, más grave, el realmente producido sin intención de causarlo. Así pues, a diferencia de lo que sucede con las formas imperfectas de ejecución del delito, en las que la intención del sujeto excede de la realización delictiva material, que se queda más corta, en el delito preterintencional ocurre precisamente lo contrario, como apunta Arroyo de las Heras<sup>19</sup>: «Es el elemento subjetivo el que resulta rebasado por la objetiva lesión jurídica».

Conforme a la doctrina dominante<sup>20</sup>, los elementos constitutivos de la preterintencionalidad son los siguientes:

1. «Homogeneidad de bienes».
2. «Actuación inicial dolosa y resultado cuya gravedad excede de la intención».
3. «Relación de causalidad entre la conducta inicial dolosa y el resultado preterintencional».

Analícemos, separadamente, cada uno de estos elementos.

En primer lugar, la preterintención implica que el bien jurídico que se pretendía lesionar y el que realmente se lesionó sean de la misma especie o, por lo menos, pertenezcan al mismo género. En este sentido, Altavilla<sup>21</sup> observa una diferencia importante entre «delitos más allá de la intención», que se exceden de la meta propuesta, y «delitos fuera de la intención», caracterizados por una desviación del evento dañoso en relación con la finalidad perseguida. Por consiguiente, el delito preterintencional aflora al mundo jurídico-penal cuando, a juicio de Rodríguez Mourullo<sup>22</sup>, el resultado más grave no es sino un «desarrollo» no querido pero de la misma índole que el querido. El delito fuera de la intención surge cuando el resultado más grave no querido no es de la misma naturaleza del querido<sup>23</sup>. Por tanto, se puede hablar de preterintencionalidad cuando de las lesiones deriva la muerte, pero no cuando, *v. gr.*, con la intención de causar daños se dispara sobre un animal y se hiere a una persona.

<sup>19</sup> ARROYO DE LAS HERAS, *Manual de Derecho Penal*, Pamplona, Editorial Aranzadi, S. A., 1985, tomo II, «El Delito», p. 217.

<sup>20</sup> Véase, por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO, *cfr.* pp. 441 y ss., y SAINZ CANTERO, *cfr.* pp. 693 y ss.

<sup>21</sup> ALTAVILLA, «Preterintenzionalità», en *N. Dig. i*, XIII, 1966, p. 798.

<sup>22</sup> *Cfr.* p. 442.

<sup>23</sup> Consúltese, al respecto, VITALE, *La preterintenzione*, Milán, 1956, pp. 17 y ss.

Pero es que, además, los casos de desviación se caracterizan, según Alonso Álamo<sup>24</sup>, por la «*absoluta disparidad*» de bienes jurídicos afectados. En la preterintencionalidad heterogénea se da, también, disparidad de bienes jurídicos, pero, a diferencia de lo que acontece en la desviación, el bien jurídico lesionado se halla en la misma línea de ataque. Por tanto, lo característico de la desviación radica en la disparidad de bienes jurídicos afectados, en la ausencia, durante todo el decurso, de una intención agresiva básica. La acción, dolosa desde el punto de vista del delito pretendido, por ejemplo la resistencia a la autoridad, prevista y penada en el artículo 237, causa, además del resultado propio de la resistencia, un resultado que «*se aparta*», «*se desvía*» o «*desvincula*» esencialmente de aquél.

En segundo lugar, la preterintencionalidad se estructura en base a una actuación inicial dolosa y un resultado cuya gravedad excede de la intención. Así, la preterintencionalidad presupone la existencia de una «*intención inicial*» que, sin embargo, no cubre el resultado efectivamente producido, aunque sí está en su misma línea de ataque. Para probar los límites de la referida intención inicial, el Tribunal Supremo se apoya, generalmente, en un sistema de presunciones que, en la práctica, obliga a un entendimiento objetivo de la circunstancia de preterintencionalidad que, únicamente, se aplica cuando existe una «notoria desproporción», un «desacuerdo o falta de armonía» entre el medio empleado y el resultado producido. En consecuencia, se excluye la aplicación de la atenuante cuando, desde un punto de vista objetivo, el acto ejecutado era idóneo para causar el resultado o se puede demostrar entre ambos que existe una lógica proporcionalidad. De ahí que dicha atenuante no se aprecie cuando el resultado más grave es consecuencia «natural y previsible» de la acción realizada por el agente, porque se presume que cuando el mal está relacionado con el medio empleado para causarlo, ese resultado fue, ciertamente, previsto y querido por el culpable.

La citada doctrina jurisprudencial, que excluye la preterintencionalidad cuando el medio empleado es objetivamente idóneo o adecuado para causar el resultado efectivamente producido, se basa en la presunción *causa causae est causa causati*: «el que es causa de la causa, es causa del mal causado», salvo, afirma Rodríguez Devesa<sup>25</sup>, que el resultado

<sup>24</sup> ALONSO ÁLAMO, «El nuevo tratamiento de la preterintencionalidad. Consecuencias de la derogación del artículo 50 del Código Penal», en *La Ley, Revista Jurídica Española*, Madrid, 1983, tomo 3, p. 1060.

<sup>25</sup> Cfr. p. 380.

fuera debido a un «accidente extraño» a la actividad del sujeto<sup>26</sup>. Por consiguiente, conforme a esta doctrina jurisprudencial, el agente debe responder dolosamente, sin que pueda beneficiarse de la aplicación de la atenuante de preterintencionalidad, de todas las «consecuencias naturales» de su inicial comportamiento intencionado. De esta suerte, la doctrina del *versari* alcanza, como subraya Rodríguez Mourullo<sup>27</sup>, su pleno reconocimiento sin que sea limitada, siquiera, por la atenuante de preterintencionalidad.

Sin embargo, como la preterintencionalidad, en efecto, no supone una desproporción entre el medio y el resultado, sino más bien entre la intención y el resultado, deberá apreciarse, según el referido penalista, siempre que conste que el autor no tuvo intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo, aunque éste aparezca, desde el punto de vista objetivo, como «consecuencia natural» del acto ejecutado y fuese, por otra parte, previsible para el sujeto<sup>28</sup>.

Por otra parte, el Tribunal Supremo configura el resultado preterintencional como un daño material, de tal forma que la desproporción entre lo pretendido y lo causado ha de referirse al daño material; en absoluto a la significación antijurídica del hecho en sí mismo considerado.

<sup>26</sup> En este sentido, interesa destacar la resolución de la Sala de Alcaldes de Casa y Corte de 1806, en la que se rechaza la calificación de los hechos como homicidio preterintencional y se subraya la dolosa intención del reo, en los términos siguientes:

«En orden a la intención, ¿cómo es que no habiendo tenido otra que la de señalar a la infeliz Águeda en la cara, la hirió en el pecho y con tal fuerza que penetró el cuchillo a la profundidad de seis o siete dedos... Bien es así 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 cuando 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 medio de 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 racionios y meras presunciones; entre las cuales ninguna hay más natural ni más fuerte que la de que quien quiere la causa quiere también sus efectos ordinarios.» [Archivo Histórico Nacional, SACC, L. 1.806, f. 913 y ss. Citada por TOMÁS Y VALIENTE en *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta* (Siglos XVI-XVII-XVIII), Madrid, Editorial Tecnos, S. A., 1969, pp. 316 y s.l.]

<sup>27</sup> Cfr. p. 444.

<sup>28</sup> En apoyo de esta posición científica, RODRÍGUEZ MOURULLO cita la STS de 30 de septiembre de 1964, a cuyo tenor, ni tan siquiera la «aplicación privilegiada de la circunstancia de preterintencionalidad» puede desvirtuarse *a priori* sobre la base de la idoneidad real del instrumento», ya que «lo que importa en Derecho es la desconexión psicológica entre la voluntad de la acción y el evento físico, para lo que el examen e idoneidad de los medios constituye un dato sintomático, pero nunca decisivo».

En consecuencia, se excluyen de la aplicación de la atenuante de preterintencionalidad aquellos supuestos en los que se acredite una discrepancia entre la intención y el mal causado, siempre que éste no implique un daño material a personas o cosas, sino únicamente una lesión ideal de un determinado bien jurídico o una hipotética producción de un evento peligroso<sup>29</sup>.

Por consiguiente, sin la conducta intencional ni el resultado material, la preterintencionalidad no es apreciable. El «hecho» (el supuesto), opina Sainz Cantero<sup>30</sup>, será preterintencional tanto cuando el resultado más grave que se ha producido era previsible (culposo) como si no lo era (fortuito). En la vertiente fáctica, ambos resultados pueden calificarse de preterintencionales. La preterintencionalidad supone siempre, por tanto, una intención o dolo, un aspecto subjetivo, y, en conexión causal con el comportamiento inicial del sujeto, la producción de un resultado material más grave que el pretendido.

En efecto, entre la conducta inicial intencional y el mayor resultado producido debe mediar una relación de causalidad. Sin este nexo causal, no será objetivamente imputable al sujeto el resultado producido; y, por consiguiente, no estaremos ante un supuesto de preterintencionalidad. Sin embargo, únicamente una doctrina limitadora de la causalidad puede reducir los efectos indeseables del *versari*, ya que, sólo desde el momento en que, a tenor de ella, el mal de mayor gravedad no se estime causalmente unido a la inicial conducta dolosa del sujeto, la responsabilidad de éste no podrá extenderse a ese mal más grave. En este sentido, la STS de 8 de julio de 1933 limitó la responsabilidad del procesado, inicialmente condenado por la Audiencia como autor de un delito de asesinato con la concurrencia, entre otras, de la circunstancia de preterintencionalidad, a «la responsabilidad por el resultado que, naturalmente y en condiciones normales, produjo, como efecto directo e inmediato de su actuación dolosa»; es decir, como autor de un delito de lesiones graves<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> En cambio, el Código penal italiano abarca, en el marco del delito preterintencional, aquellos supuestos en los que de la acción u omisión resulta un «evento peligroso» más grave que el querido (art. 43).

<sup>30</sup> Cfr. p. 695.

<sup>31</sup> Estableciéndose en la segunda pregunta del veredicto que la lesión sufrida en la cabeza por M. M. G. —se dice— no fue la causa originaria y productora de su muerte, ocurrida a los tres días de serle inferida aquélla, siendo debida, según se afirma en la tercera pregunta, a una pulmonía hipostática que se le presentó, favorecida en su producción por la edad del mismo y por una bronquitis crónica que venía padeciendo, es evidente que debe separarse, a

Por consiguiente, si bien es cierto que, según el Tribunal Supremo, al agente que realiza un hecho punible le son imputables, a los efectos de la responsabilidad criminal, las consecuencias que del mismo se derivan, sin embargo, cuando las circunstancias en que éstas se producen revelan por modo inequívoco que han obedecido a situaciones no solamente no previsibles por él, sino, además, extrañas totalmente a sus propósitos, y debidas a particularidades especiales del perjudicado, es procedente, en tal caso, desligar al culpable en el proceso criminal de su acción, de cuanto es resultado mediato o remoto de ésta.

Por tanto, la atribución del resultado producido al autor de la conducta que lo ha causado debe formularse en base a criterios jurídicos, ya que la práctica jurisprudencial fundamentada en la teoría de la «*causalidad natural*» confunde, a juicio de Muñoz Conde<sup>32</sup>, el plano causal ontológico y el plano causal jurídicamente relevante.

En el ámbito jurídico únicamente puede ser importante éste último: en consecuencia, sólo con criterios jurídicos como la previsibilidad objetiva, la diligencia debida, el incremento del riesgo y el fin de protección de la norma, se puede determinar con seguridad, afirma el citado autor, el ámbito de lo jurídicamente relevante, para luego proceder a comprobar si se dan los demás elementos de la teoría general del delito que fundamentan la responsabilidad penal.

Pero es que, además, conviene señalar que el problema causal, ciertamente, fue importante en otras épocas porque, por imperativo del *versari in re illicita* y de la responsabilidad por el resultado, bastaba la causación de un resultado para que, sobre todo si éste derivaba de la comisión de un hecho ilícito, se le imputara al causante sin más exigencias ulteriores. Actualmente, según Muñoz Conde<sup>33</sup>, el problema se traslada al tipo de injusto del delito imprudente, pues ya en el ámbito de la tipicidad (es decir, de lo revelante penalmente), por imperativo de lo que disponen los artículos 1 y 6 bis b) del Código Penal y del llamado principio de culpabilidad, sólo aquellos resultados delictivos que, al menos, sean atribuibles a culpa o imprudencia de su causante, pueden ge-

---

los efectos de imputación de responsabilidad criminal atribuible al procesado, la grave trascendencia del suceso ocasionado, muerte de M. M., de su causa inicialmente ocasional, el palo que aquél le dirigió al brazo con el que empuñaba la hoz y con el propósito de desarmarlo (Sentencia citada por RODRÍGUEZ MOURUELLO, cfr. pp. 447 y s.).

<sup>32</sup> MUÑOZ CONDE, *Teoría General del Delito*, 2.<sup>a</sup> edición. Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, p. 37.

<sup>33</sup> Cfr. pp. 37 y s.

nerar responsabilidad penal. Los casos más conflictivos de «*imputación objetiva*» de un resultado deben, por consiguiente, tratarse como problemas de esta forma de imputación típica: la imprudencia. Si ni siquiera se da este estadio mínimo habrá «*caso fortuito*» y el resultado no podrá ser imputado penalmente.

Esta solución, técnicamente correcta, plantea, sin embargo, el problema de la configuración de la preterintencionalidad como un evento imprudente o fortuito. A mi juicio, en principio, cabe sostener la imputación objetiva del delito imprudente respecto de la preterintencionalidad, en la medida relativa al ulterior resultado más grave no querido por el sujeto. Por el contrario, es preciso rechazar la configuración de la preterintencionalidad como un supuesto de caso fortuito, ya que éste exige que «*el hecho se cause por mero accidente sin dolo ni culpa del sujeto*», elementos constitutivos ambos, bien de la actuación inicial (siempre dolosa) o del resultado preterintencional (como mínimo culposo).

Consecuentemente, en los delitos con resultado lesivo la tipicidad se establece en la normativa penal, estimando la concurrencia de una objetiva adecuación entre la intención o voluntad dolosa injusta del delincuente, y la mutación del mundo exterior conseguida, unidas en adecuada relación de causalidad material, para sobre esta normalidad y correlación, decretar la sanción reprobadora de la conducta humana ilícita. Pero si se produce una clara desproporción entre el ánimo dirigido a conculcar el tipo, realizando la infracción criminal deseada, y el evento alcanzado, por ser éste de mayor entidad a la querida y prevista, dándose una ausencia de coincidencia, por defecto o imperfección en el juego normal de la causalidad, al existir una menor intención moral y peligrosidad y un *plus in effectum* o *ultra propositum*, que opera como un exceso del logro realizado, es indispensable en buena dogmática criminal, según proclama la STS de 24 de marzo de 1970, que se atenúe la plena responsabilidad, por la presencia de una inferior voluntad moral, que es lo que justamente ampara y tutela el artículo 9.º, número 4.º, del CP, con el establecimiento de la atenuante de preterintencionalidad, porque recoge la actuación desacompañada, generada, entre el deseo de delinquir circunscrito, y el superior mal causado, que no era deseado y previsto, en sus totales y desorbitadas consecuencias, anímicamente.

Esta desproporción, debida a la irregularidad del mecanismo causal, requiere su indispensable conocimiento, a fin de determinar el menor grado de culpabilidad beneficiosa, para lo que resulta necesario desen-

trañar la intención maliciosa y conocer su real dimensión, que aparece como imposible para la apreciación directa por estar guardada en el arcano o intimidad humana, al tratarse de un acto interno, del querer consciente, debiendo de utilizarse, sustitutivamente, un proceso lógico inductivo, que aprecie racionalmente esa intención, por sus efectos, puestos de manifiesto en los actos ejecutados, usando una vía lateral, pero adecuada, que práctica y metódicamente conduzca a valorar, de un lado, en abstracto, el resultado, y su anormal causación, no correspondiente con la acción u omisión empleada por el delincuente, y de otro, principalmente —subraya la referida sentencia—, la idoneidad o idoneidad del medio usado, o lo que es igual, la proporción o desproporción notoria del mismo, en relación con el evento lesivo conseguido y con los elementos más laterales, de forma de realización de la conducta delictiva, región corporal escogida, situación moral de las personas, vínculos entre ellas existentes, móviles del obrar y demás circunstancias concurrentes, que pueden tener significación y eficacia para el juicio axiológico.

### III. NATURALEZA JURÍDICA Y FUNDAMENTO DE LA PRETERINTENCIONALIDAD

Sobre la naturaleza jurídica y los fundamentos científicos de la preterintencionalidad no existe unanimidad, ni en la dogmática penal, así como tampoco por vía de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Así, por ejemplo, Rodríguez Mourullo<sup>34</sup> afirma que no parece posible —aunque supondría ciertamente un mayor respeto por el principio de culpabilidad— concebir a la preterintencionalidad de nuestro Código como una composición mixta de dolo y culpa. Que la preterintención no suponga un «tercer» título de responsabilidad, al lado del dolo y de la culpa, y que, según se desprende de la atenuante cuarta, el sujeto deba responder a título de dolo del resultado preterintencional, muestra, según el citado autor, que estamos ante un precepto informado por el principio *versari in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*. Y, en consecuencia, según este principio, el sujeto debe responder a título de dolo de los resultados incluso fortuitos que derivan de su conducta inicial ilícita (*tenetur etiam pro casu*).

---

<sup>34</sup> Cfr. pp. 445 y s.

De ahí que la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1967 proclame que la preterintencionalidad debe concebirse como una conjunción de «dolo y culpa» y de «dolo y caso», según que «el exceso dañoso fuera o no racionalmente previsible». Esta declaración jurisprudencial, que supone una manifiesta desviación del principio de culpabilidad, aconseja limitar el ámbito de aplicación de la circunstancia cuarta del artículo 9. Para la estimación de dicha circunstancia es indiferente, a juicio de Rodríguez Mourullo<sup>35</sup>, que el resultado preterintencional fuese o no previsible, ya que la preterintencionalidad no puede reducirse unilateralmente a mixta composición de dolo e imprudencia o bien de dolo y caso fortuito. En este sentido, el referido autor propone rechazar las declaraciones jurisprudenciales que configuran la preterintencionalidad en base a que el resultado excede «las consecuencias naturales y previsibles», o bien descartan la apreciación de dicha atenuante porque las consecuencias eran «totalmente previsibles», y el procesado las «debió y pudo prever».

No obstante, el hecho de que el resultado fuese previsible, lógicamente, no significa que el evento dañoso haya sido efectivamente previsto y, mucho menos, que haya sido «*intencionalmente querido*» y, por ende, que el sujeto no pueda beneficiarse de la atenuante de preterintencionalidad. En este sentido, el referido penalista critica el procedimiento del Tribunal Supremo que, por vía de simplificación, identifica lo previsible con lo directamente querido.

Con anterioridad a la Reforma operada por la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983, por no existir ninguna norma que lo impidiera, se daba el mismo tratamiento legal cuando el resultado preterintencional era previsible (culposo), como si no lo era (fortuito).

De esta suerte, la preterintencionalidad suponía una notoria desviación del principio de culpabilidad cuando el resultado más grave era fortuito: bastaba que la acción básica inicial que lo producía fuera dolosa. La citada Reforma Urgente y Parcial del Código penal influyó decisivamente en este campo, ya que, después de consagrar el párrafo segundo del artículo 1, el principio de culpabilidad: «*No hay pena sin dolo o culpa*», se precisa que «*cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiese causado, al menos, por culpa*». En consecuencia, sostiene Sainz Cantero<sup>36</sup>, cuando el resultado más grave sea fortuito, no en-

<sup>35</sup> Cfr. p. 446.

<sup>36</sup> Cfr. p. 695.

tran siquiera en juego las reglas (legales o jurisprudenciales) aplicables a la preterintencionalidad, ya que el resultado no le puede ser subjetivamente imputado al autor de la conducta inicial básica. Por consiguiente, después de la Reforma de 1983 puede sostenerse correctamente —afirma el referido autor— (con anterioridad a ella no era correcto sostenerlo, por entrar en el tratamiento legal los resultados fortuitos), que la preterintencionalidad es una forma mixta de dolo y culpa.

Para Jiménez de Asúa<sup>37</sup>, la *praeter intentionem* es un caso mixto de dolo y culpa. Dolo en cuanto al hecho lesivo que se pretende realizar con intención (*minus delictum*) y culpa en orden al resultado más grave que se produce (*maius, delictum*). Imputar éste por el mero resultado sería caer en las superadas fórmulas de la responsabilidad objetiva. Sin embargo, a pesar de que la preterintencionalidad es un enlace o concurrencia de dolo y culpa, no es un concurso (ideal o real) de un delito doloso y otro culposo. Aparece como una «unidad» porque en la ley surge como delito compuesto: lesión querida + muerte previsible; violencia querida + aborto sabido o notorio, etc. Como todo delito compuesto aparece «como una unidad», sin que ello suponga que formen «una unidad» el dolo y la culpa, que es el elemento subjetivo de esas formas compuestas con que se ha definido la infracción. Por tanto, no se puede sostener la unidad del elemento interno, puesto que se trata de dolo y culpa, o dolo + culpa. En consecuencia, la preterintención, según el citado autor, no es una tercera forma o especie de la culpabilidad.

La naturaleza jurídica del delito preterintencional se expone, según Juan del Rosal<sup>38</sup>, con arreglo a las reflexiones siguientes:

- a) El delito preterintencional como delito agravado por el resultado.
- b) El evento preterintencional como condición objetiva de punibilidad y de mayor punibilidad.
- c) El delito preterintencional como concurso formal de delitos, y
- d) El delito preterintencional como delito complejo o delito progresivo.

<sup>37</sup> Cfr. p. 149.

<sup>38</sup> DEL ROSAL, *Tratado de Derecho Penal español (Parte General)*, Madrid, Ediciones Darro, 1972, vol. II, p. 164.

Cada una de éstas aprehende una perspectiva del delito preterintencional, sin que tampoco quepa desatender las restantes, ya que siempre es un ente extraño, y, en consecuencia, compuesto, contemplado desde la culpabilidad, puesto que se integra por dispares comportamientos culpables.

Conforme al artículo 1 del CP, hay que aplicar a «*toda*» preterintencionalidad las reglas del concurso ideal, en opinión de Bustos Ramírez<sup>39</sup>. El artículo 9.4.<sup>a</sup> es un «*principio correctivo*» dentro del injusto concebido subjetivamente (dolo o culpa), por eso atenúa; no al revés, esto es, no se puede convertir en un principio restrictivo o limitador del injusto personal. El punto de partida es lo sustancial, el injusto doloso o culposo; lo accidental es la atenuación, que sirve para graduar correctamente el injusto: no se puede convertir en lo principal.

La preterintencionalidad es, en opinión de Quintano Ripollés<sup>40</sup>, una consecuencia del principio de causalidad lógica proclamado por el derogado párrafo tercero del artículo primero del Código Penal, que decía así:

«El que cometiere voluntariamente un delito o falta incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal causado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar.»

Técnicamente, la preterintención es, según el citado autor, una forma de culpabilidad intermedia y no poco ambigua entre el dolo y la culpa. Por otra parte, la relación causal que la preterintención ampara ha de ser efectiva y precisamente de naturaleza dolosa. El que el agente no haya querido causar un daño de tanta entidad como el ejecutado no implica una modalidad de culpa, ni menos de *casus*, y ni aun siquiera de error, pues de existir éste sería cuantitativo y no cualitativo. La voluntad ha de ir encaminada directamente a producir un «mal intencionado», un delito con tipicidad propia y, efectivamente, lo produjo, aunque de mayor entidad. Quizá en este sentido la redacción legal no sea demasiado exacta, pecando de extrema amplitud, puesto que, llevada a su extremo gramatical, pudiera abarcar a las imprudencias. Mejor se diría, propone Quintano<sup>41</sup>, «no haber tenido voluntad de causar un mal de tanta gravedad como el que intencionadamente produjo».

---

<sup>39</sup> BUSTOS RAMÍREZ, *Manuel de Derecho Penal español*, Parte General, Barcelona, Ediciones Ariel, S. A., 1984, p. 275.

<sup>40</sup> Cfr. p. 169.

<sup>41</sup> Ídem, p. 170.

Para Gómez Benítez<sup>42</sup>, la preterintencionalidad no es más que un supuesto de cualificación por el resultado más grave acaecido como consecuencia de un hecho inicial «intencional» (dolo directo). En consecuencia, estos casos deben estar sometidos también a la norma del artículo 1.º CP, de que sólo se responderá por el resultado más grave si ha sido causado por imprudencia, quedando, pues, al margen los supuestos en que dicho resultado se haya debido a dolo eventual. Por consiguiente, la preterintencionalidad debe aplicarse en aquellos casos en que el acontecer real desborda el fin propuesto por el agente pero dentro de la misma línea de ataque al bien jurídico. Por ejemplo: el sujeto quiere causar lesiones leves y, sin embargo, produce lesiones graves; o bien quiere únicamente lesionar y mata. Junto a la forma básica de culpabilidad, el dolo, surge la preterintencionalidad en su doble dirección (preterintencionalidad homogénea y heterogénea) como una manifestación del dolo indirecto, según afirma Torío López<sup>43</sup>.

En el Derecho Penal vigente, según Cobo del Rosal y Vives Antón<sup>44</sup>, no se concibe «la preterintencionalidad» como una «tercera forma», más o menos pura de la culpabilidad, junto al dolo y a la culpa, ni tampoco como una «forma mixta» compuesta de dolo y culpa, sino «simplemente como una circunstancia de atenuación» de la responsabilidad criminal. Ahora bien, su misma configuración como circunstancia atenuante implica que el mal más grave realizado, pero no deseado, va a ser castigado a título de dolo, a sabiendas de que no se ha producido dolosamente (si bien la responsabilidad derivada del inexistente dolo se verá atenuada por la circunstancia 4.ª del artículo 9). Su existencia, pues, sólo tiene sentido partiendo de la vigencia del *versari*, es decir, afirman los mencionados autores, de que quien lleva a cabo una conducta ilícita responde criminalmente de todos los resultados que de ella se deriven, como si hubiesen sido realizados dolosamente (*praesumptio doli*).

Recientemente, gran parte de la doctrina e incluso algunos de los más modernos Códigos consideran la preterintencionalidad, según Arroyo de las Heras<sup>45</sup>, como una «variante del error» e incluso como un verdadero «error de hecho». En el Derecho Penal italiano, la preter-

<sup>42</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, «Teoría Jurídica del Delito», *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, Editorial Civitas, S. A., 1984, p. 219.

<sup>43</sup> TORÍO LÓPEZ, «*Versari in re illicita* y delito culposo. El denominado caso fortuito impropio», en *ADPCP*, 1976, p. 23.

<sup>44</sup> Cfr. p. 491.

<sup>45</sup> Cfr. p. 218.

intencionalidad se configura como una de las formas de la culpabilidad; al lado del dolo y la culpa, se incluye como una tercera especie de culpabilidad la preterintención, dada la existencia del delito de *omicidio preterintenzionale* (art. 584 del CP italiano). En cambio, nuestro Código no conoce esta forma de culpabilidad intermedia entre el dolo y la culpa, haciendo de la preterintencionalidad, subraya Rodríguez Devesa<sup>46</sup>, tan sólo una causa de atenuación. Ha de tratarse de delitos en que, sin variar el *nomen iuris*, varía la pena según la mayor o menor gravedad del resultado, como ocurre con el de lesiones. Por tanto, estamos ante una regulación específica de un supuesto de «error que la ley reputa no esencial» en un delito doloso, afirma el mencionado autor. Así pues, ha de tratarse de casos en los que el sujeto se ha propuesto la comisión de un delito, *v. gr.*, la causación de unas determinadas lesiones, y el resultado ha excedido al que se proponía causar por inhabilidad en la ejecución.

Modernamente, la preterintencionalidad se considera como un vestigio de la responsabilidad objetiva que, según Cuello Calón<sup>47</sup>, debiera ser eliminado y sustituido por el de responsabilidad basada sobre la culpabilidad. La preterintencionalidad exige que el resultado más grave no querido, sea previsible. Si dicho resultado es previsto y aceptado por el agente, el hecho constituye el delito integrado por el resultado más grave imputable a dolo eventual. Si las consecuencias del resultado querido son imprevisibles, de modo que su producción se deba a caso fortuito, el hecho queda fuera de la hipótesis del concurso de dolo y culpa; concurren dolo y caso fortuito, por lo que debe castigarse solamente el delito originario.

En suma, la «*teoría subjetiva de la preterintencionalidad*» afirma que sólo pueden imputarse las consecuencias de la conducta dolosa cuando han sido previsibles; por el contrario, la «*teoría objetiva de la preterintencionalidad*», o del *versari in re illicita*, declara la responsabilidad por todas las consecuencias del acto ilícito aunque sean fortuitas (*qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu*).

La opinión actualmente dominante la sintetiza Antón Oneca<sup>48</sup> de la forma siguiente:

---

<sup>46</sup> Cfr. p. 709.

<sup>47</sup> CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, 17.ª edición, revisada y puesta al día por César Camargo Hernández, Barcelona, Editorial Bosch, S. A., 1975, tomo I (Parte General), vol. I, p. 470.

<sup>48</sup> Cfr. pp. 256 y s.

- a) Sólo se imputan los resultados preterintencionales en figuras de delito especialmente previstas en la Ley como tales (los llamados delitos calificados por el resultado), en que se atribuye al autor de una acción las consecuencias que resulten de su conducta. Ejemplos: lesiones de las que se deriva homicidio, aborto que causa la muerte de la mujer, etc. Incluso en el Código italiano, donde, en base al elemento psicológico se clasifican los delitos en dolosos, preterintencionales y culposos, se considera que la preterintencionalidad, como forma general de la culpabilidad, sólo es aplicable a dichos casos.
- b) La Dogmática penal alemana estima que estos delitos calificados por el resultado significan casos de responsabilidad objetiva, en que no es precisa la culpabilidad respecto al resultado más grave. Ello, sin perjuicio de que los autores alemanes consideren tales delitos «baldón ignominioso de la época», «vestigio de incultura», «intolerable ruptura con el principio de culpabilidad».

Ciertamente, es contradictorio el vigor de estas imprecaciones y la resignación con que admiten dichos delitos en el terreno de la interpretación, fundamentándolos en razones históricas, a pesar de la contradicción con el parágrafo 16 del Código Penal alemán, de donde se obtiene un concepto de dolo incompatible con los delitos calificados por el resultado.

Carrara<sup>49</sup>, por su parte, sostuvo que la preterintencionalidad, siendo forma mixta de dolo y culpa, exige la previsibilidad del resultado más grave. Finzi<sup>50</sup> afirma que en el delito preterintencional el resultado no querido es siempre culposo porque deriva de la inobservancia de un precepto penal.

- c) La denominación dolo indirecto para designar la preterintencionalidad ha sido abandonada. No es doloso el resultado no querido. La doctrina alemana emplea el nombre de dolo indirecto como equivalente a dolo eventual que, según Antón Oneca, es un concepto distinto, pues, a tenor de las teorías del consentimiento, el resultado ha de ser aceptado por el agente y, conforme a otras doctrinas, ha de ser previsto y probable.

---

<sup>49</sup> CARRARA, «Sul caso fortuito», en *Opuscoli di diritto penale*, Lucca, 1870, vol. III.

<sup>50</sup> FINZI, *Il delitto preterintenzionale*. Turín, 1925, pp. 148 y ss.

Ciertamente, la teoría del *dolus indirectus* constituyó un considerable progreso frente al *versari*, porque limitó la imputación a título de dolo únicamente a aquellas consecuencias que se derivaban *per se et non per accidens* de la acción del sujeto. Sin embargo, el núcleo central del «*dolo indirecto*» está en pugna con las concepciones dominantes sobre la culpabilidad, puesto que para imputar las consecuencias de la acción se consideran exclusivamente criterios objetivos, la tendencia de los actos realizados, y no, como apunta Rodríguez Devesa<sup>51</sup>, «lo que sabía y quería el sujeto que los realizó».

Para la distinción de los diferentes grados de culpabilidad hay que tener presente que la misma está constituida por la actividad psíquica del agente, en conexión con el resultado y la valoración jurídica del mismo, por lo que en esta intercomunicación hay que encontrar la presencia de los condicionamientos que determinarán la forma dolosa, culposa o intermedia del denominado delito preterintencional, que, según la STS de 18 de marzo de 1982, surge cuando en la dinámica delictiva se origina un resultado más grave que el querido o aceptado por el sujeto de la infracción; y se distingue del grado doloso en que, a pesar de que en ambos la actividad motriz del resultado va encaminada a la lesión del bien jurídicamente protegido, el resultado lesivo en el doloso se quiere y se acepta, y en el preterintencional no se quiere ni se acepta, pero es previsible y evitable; y se diferencia del culposo en que, si bien es cierto que tanto en uno como en otro el resultado es previsible, en el culposo se da una desconexión anímica en la causa del resultado por una notoria y evidente desproporción entre la dinámica de la conducta y su efecto, mientras que en la preterintencionalidad esa desconexión en la producción del daño, aunque también existe, no lo es con tanta intensidad, quedando en cada caso sometida la distinción entre uno y otro (el culposo y el preterintencional) a un juicio valorativo sobre la actitud antijurídica de la voluntad, pues, según el sentir de la mayoría de la doctrina, en esta actitud es donde radica el criterio diferenciador de los diferentes grados de culpabilidad.

La preterintencionalidad no es una especie o grado de culpabilidad, a modo de *tercio genus* de la misma, sino una alianza o enlace del dolo en la conducta inicial y de la culpa en el resultado finalmente causado, ha proclamado la STS de 22 de marzo de 1988. Esta exigencia de culpa en el último trazo de la actuación del agente, emancipa al delito preter-

<sup>51</sup> Cfr. pp. 464 y s.

intencional de toda calificación por el resultado o de otra suerte de responsabilidad objetiva, por lo que la estructura del delito preterintencional se integra: a) por un hecho-base doloso; b) por un hecho-consecuencia no querido pero previsible (culpa inconsciente) o previsto pero no aceptado (culpa consciente), y c) un nexo causal entre aquel primer hecho y el segundo. Si el hecho-consecuencia ha sido directamente querido por el sujeto o al agente se le ha representado la posibilidad del resultado y lo ha aceptado de algún modo —dolo eventual—, la figura preterintencional se desvanece y surge con contornos definidos el delito doloso<sup>52</sup>.

Por lo que respecta al «*fundamento del delito preterintencional*», conviene destacar el hecho de que, a pesar de la supremacía del principio subjetivista en el moderno Derecho Penal, se admite, tanto por la Doctrina científica como en las legislaciones, que la preterintencionalidad constituye una excepción a dicho principio.

Los fundamentos técnico-jurídicos que justifican la imputación a una persona de las consecuencias dañosas que exceden de su voluntad, son los siguientes:

En primer lugar, la «*teoría objetiva*» sostiene, en base al *versari in re illicita*, que deben ponerse a cargo del autor de un hecho ilícito, y por la simple circunstancia de haberlo realizado, todas las consecuencias que se derivan del mismo, aunque provengan incluso de accidentes fortuitos. Esta formulación del *versari* fue elevada por la doctrina del llamado «*dolo indirecto*» elaborado por Covarrubias<sup>53</sup>, el cual sostuvo la tesis de que el que quiere un hecho del cual se sigue, como su propia e inmediata consecuencia, un determinado resultado, «*indirectamente*» quiere también este mismo resultado:

«Dejemos, ante todo, firmemente establecido que aquellos efectos que se siguen de un obrar, no pensados antes por el agente y que acontecen fuera de la intención, pero que se siguen *per se* y necesariamente de la acción, o que, por lo menos, se siguen generalmente y suelen resultar de tal proceder, se imputan al agente. También hay que advertir que aquello casual que proviene de algún obrar fuera de la intención

<sup>52</sup> En este sentido, véanse, entre otras, las Sentencias de 28 de marzo de 1984 y 11 de marzo de 1986.

<sup>53</sup> COVARRUBIAS, *De homicidio causali. Versari in re illicita, Opera Omnia*, Ginebra, 1762, p. 697.

del agente y por él no previsto, se dice voluntario *per accidens* o querido por el actor no *per se* y directamente. Añadamos que ese voluntario podrá ser más o menos indirecto y tener más o menos voluntad según que la obra misma, en sí considerada, sea más o menos apta u ordenada o peligrosa, para que se den aquellos resultados.»

Esta doctrina constituye la base científica de los denominados, en la moderna técnica penal, «*delitos cualificados por el resultado*».

En segundo lugar, la «*teoría subjetiva*» fundamentadora del delito preterintencional estima que el dolo del autor abarca la situación de exceso en base al dolo eventual; sin embargo, el resultado no querido, ni jamás deseado, en absoluto puede reputarse doloso, ni siquiera a título de dolo eventual, salvo que, previsto por el autor, haya sido plenamente aceptado por él, o que sea de tal naturaleza que deba producirse en el tiempo con manifiesta probabilidad. La doctrina subjetiva atenuada formulada por Carrara configura la preterintencionalidad como una situación mixta de dolo y culpa; dolo en cuanto al resultado previsto y culpa en cuanto al resultado no previsto, pero sí previsible.

Contra la referida teoría se ha afirmado que no es posible atribuir un solo hecho a dos causas psicológicas diversas, y que, en realidad, el dolo y la culpa son dos manifestaciones de la voluntad incompatibles entre sí. Sin embargo, Puig Peña<sup>54</sup> considera que es inexacto sostener que aquí se produzca un solo evento, porque en realidad hay dos. Así, en la hipótesis más común del delito preterintencional: las lesiones, simplemente queridas, seguidas de muerte, existe, de una parte, el evento de lesión (atentado contra la integridad corporal), y de otra, el evento de muerte (destrucción de la vida humana). La circunstancia de que el segundo resultado presente una especie de progresión respecto del primero no excluye que constituya un evento diverso.

Por otra parte, añade el referido autor, tampoco se puede decir que el dolo y la culpa sean dos manifestaciones de la voluntad incompatibles entre sí, porque ello sería cierto si únicamente se tratara de un solo evento; pero, en cambio, en el delito preterintencional existen dos eventos, y es bien posible que el autor haya querido el uno o el otro, así como que en el segundo pueda haber actuado con un comportamiento imprudente o negligente. Por consiguiente, es necesario admitir, subraya Puig Peña, la posible coexistencia de las dos formas del elemento subjetivo del delito preterintencional.

---

<sup>54</sup> Cfr. p. 242.

Ahora bien, dentro de la teoría subjetiva podemos distinguir las direcciones científicas siguientes:

- a) Una primera doctrina sostiene que si bien en el resultado no querido debe establecerse una presunción a título de culpa, ésta es de tal categoría e intensidad que no autoriza al Juez para investigar sobre si ha existido o no la previsibilidad en el autor. En todo caso, hay que admitir una presunción de previsibilidad en contra del reo. Quien tiene sólo la intención de herir o de lesionar debe poner toda su atención cuando realiza el delito, para dirigir su actividad de tal modo que la misma no genere un efecto más grave que el querido, el cual, encontrándose siempre en la misma línea de ataque, es, generalmente, previsto y, sin duda, previsible. Ahora bien, tratándose de una imputación culposa, como consecuencia de la violación de una ley penal, la previsibilidad del resultado preterintencional se presume de forma absoluta.
- b) Una segunda corriente científica se sitúa en un plano más humano y comprensivo. En consecuencia, admiten una investigación sobre la previsibilidad del resultado preterintencional orientada a demostrar si las consecuencias excesivas debían o no seguirse, por vía de producción «normal», del primer acto pensado, querido y ejecutado. Sin embargo, una vez que se ha aceptado que tales consecuencias excesivas pueden producirse sin absoluta disonancia en el mundo de los acontecimientos, se declara la inculpación, y no se admite, por tanto, que el sujeto pretenda demostrar que «*en aquel caso particular no pudo prever*» los resultados excesivos.
- c) Finalmente, la «*teoría subjetiva plena de la preterintencionalidad*» exige «*en cada caso*» una investigación sobre la previsibilidad, de tal suerte que los resultados excepcionales sólo podrán imputarse, previa constatación de que el autor pudo prever el evento dañoso. Esta teoría es la dominante, tanto en la legislación como en la doctrina científica. Así, *v. gr.*, el Código Penal suizo exige, en el aborto y en las lesiones con resultado de muerte, que el culpable «*haya podido prever ésta*», para que se impute el resultado producido pero no querido. Asimismo, Jiménez de Asúa<sup>55</sup> opina que el fundamento de la preterintención se halla en la exigencia de que el resultado más grave que califica el tipo preterintencional «*se haya podido por lo menos prever*».

---

<sup>55</sup> Cfr. p. 49.

A mi juicio, la naturaleza y el fundamento de la preterintencionalidad es compleja. En efecto, de una parte, se trata de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, que atenúa las consecuencias del resultado preterintencional, y, por ende, corrige el tipo subjetivo del injusto. Por otra parte, conviene reconocer que el *versari in re illicita* es, como subraya, Cerezo Mir<sup>56</sup>, incompatible con el principio de 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, por tanto, a reconocer la responsabilidad dolosa donde no concurre ni siquiera culpa.

Cuando se alude a la preterintencionalidad, se expresa la existencia de dos resultados: uno, al que se dirigía la actividad del agente; y otro, más grave, que no se tuvo intención de causar, como expresamente indica el artículo 9, circunstancia cuarta. El primero, constitutivo del «*delito-base*», será, a juicio de Cobo<sup>57</sup>, necesariamente doloso, y no habrá preterintencionalidad cuando aquél sea culposo, puesto que mal pueden denominarse «más allá de la intención» los casos en que ésta no existe. El problema, sin embargo, es por demás complicado cuando se trata de referir la culpabilidad al resultado más grave. A este respecto, Cobo<sup>58</sup> afirma lo siguiente:

- a) Por lo que se refiere a la atenuante de preterintencionalidad, solamente podrá aplicarse a aquellos delitos con «*resultado graduable*», debiendo contraerse siempre al «*mismo*» delito.
- b) Una interpretación «*amplia*» de los derogados párrafo tercero del artículo 1 y del artículo 50 (regulaban los casos en que el delito ejecutado era distinto del que se había propuesto ejecutar el culpable), no es aconsejable, pues conduciría a resultados manifiestamente contrarios con el principio de culpabilidad.

Por lo que se refiere al apartado a), el principio de culpabilidad puede quedar salvado, planteando la cuestión, según el referido autor, de la forma siguiente:

---

<sup>56</sup> CEREZO MIR, «El *versari in re illicita* en el Código Penal español», en *ADPCP*, 1962, p. 47, y en *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, Editorial Tecnos, S. A., 1982, pp. 60 y ss.

<sup>57</sup> COBO, «*Praeter intentionem* y principio de culpabilidad», en *ADPCP*, 1965, pp. 86 y s.

<sup>58</sup> Cfr. pp. 99 y s.

- Negando la existencia de relación causal, por ser objetivamente imprevisible.
- Afirmando la previsibilidad por parte del sujeto activo (culpa).
- Negando se diera la voluntariedad de las acciones y omisiones penadas por la ley, exigida por el derogado párrafo primero del artículo 1 del Código Penal, que no queda invalidado en estos casos<sup>59</sup>.

El principio de culpabilidad en el apartado b), según Cobo, queda insatisfactoriamente cumplimentado, ya que permite afirmar que el resultado muerte agrava las lesiones, sin necesidad de que sea comprendido por la culpabilidad del autor.

Por todo ello, considero que la preterintencionalidad es bastante más que una mera causa de atenuación, un principio correctivo del injusto, sino que, en realidad, constituye, básicamente, una «*forma especial de responsabilidad criminal, fundamentada en el dolo y la culpa*». Por consiguiente, dada la supresión del anterior párrafo tercero del artículo 1 y del artículo 50, la preterintencionalidad tiene que resolverse por una de estas dos posibilidades: castigo del delito-resultado con la atenuante de preterintencionalidad (art. 9.4.<sup>a</sup>), o, en cambio, estimar la existencia de un concurso de delitos —intentado doloso en suma con el resultado culposo—, en función de sus respectivas fases de ejecución. En base a la importancia dogmática y político-criminal del principio de culpabilidad, hay que inclinarse por la última solución, limitando la aplicación de la atenuante de preterintencionalidad a los casos en que el resultado y el delito base están en una relación de preterintencionalidad homogénea; mientras que los casos de preterintencionalidad heterogénea deben quedar sometidos a las reglas del concurso de delitos<sup>60</sup>.

Tras la reforma legal de 1983, la atenuante de preterintencionalidad ha quedado ceñida a los excesos no buscados, aunque previsibles, de la acción antijurídica, siempre que se hallen en la misma línea del delito base que se pretendía ejecutar, no siendo extravasable ya a aquellos supuestos en que el hecho inicial y el final se encuentra, como acontece típicamente con las lesiones y el homicidio, en una relación de clara hete-

<sup>59</sup> Confróntese, más ampliamente, POLAINO NAVARRETE, *La voluntariedad de las acciones punibles*, Sevilla, 1979.

<sup>60</sup> En este sentido se manifiestan, entre otras, las Sentencias de 28 de marzo, 12 de julio y 28 de octubre de 1984; 21 de enero, 23 de abril, 12 de noviembre y 20 de diciembre de 1985, y 7 de febrero y 15 de noviembre de 1986.

rogeneidad y que se canaliza actualmente por el concurso ideal de delitos de lesiones dolosas consumadas y homicidio culposo, tal y como declaran, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1987 y 4 de julio de 1988.

#### IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN

La doctrina y la jurisprudencia dominantes niegan la aplicación de la preterintencionalidad cuando la relación con el resultado preterintencional fue de «*dolo eventual*». En efecto, el dolo eventual, según, entre otras, la STS de 24 de abril de 1984, es incompatible con la preterintencionalidad, debiéndose entender que concurre dicha figura, la cual intermedia o pendula entre el dolo directo y la culpa consciente o con previsión, cuando el agente se representa el resultado no querido, no sólo como posible, sino como probable y, a pesar de ello, no vacila en proseguir el *iter* de su comportamiento antijurídico —*teoría de la representación*—, o acepta un resultado no deseado, tolerando y admitiendo las consecuencias no queridas de sus actos —*teoría de la voluntad o de la aceptación del resultado*—, o, finalmente, creyendo que dicho resultado no se produciría, habría procedido del mismo modo aunque hubiera tenido la seguridad de la producción del mismo, pues, en definitiva, le es indiferente —*teoría del sentimiento o de la indiferencia*—.

Tras la reforma de 1983, habrá que seguir negándolo, en opinión de Gómez Benítez<sup>61</sup>, pese a la posible interpretación favorable del artículo 1.º del CP, señalada en relación a los delitos cualificados por el resultado. Ni que decir tiene que tampoco podrá aplicarse si el resultado más grave ha sido fortuito. La doctrina de la preterintencionalidad se enlaza, según Quintano Ripollés<sup>62</sup>, con la del dolo eventual. La preterintencionalidad radica en la aceptación y punición de la eventualidad de un acto inicialmente doloso y viene a ser un privilegio acordado al dolo eventual, como la premeditación es una agravante impuesta al «superdolo», que es, en definitiva, el delito premeditado. Entre uno

---

<sup>61</sup> Cfr. p. 220.

<sup>62</sup> Cfr. p. 172.

y otro extremo, la penalidad tipo está concebida para sancionar el dolo medio o «simplex», el definido en cada modalidad tipificada, en el que no se prueba ni la premeditación ni la preterintencionalidad, circunstancias antagónicas por su propia naturaleza, e incompatibles en absoluto.

Asimismo, Cobo del Rosal y Vives Antón<sup>63</sup> estiman que es incongruente apreciar la preterintencionalidad dentro del mismo tipo de delito refiriéndola a «*hipótesis de dolo eventual*». Y ello, en primer lugar, porque el dolo eventual se incardina en el seno de la intención, sin que pueda decirse que el resultado querido eventualmente se encuentra más allá de la intención. Y, en segundo lugar, porque el dolo eventual es dolo en tanto en cuanto conlleva la gravedad de la forma básica de culpabilidad: no es, pues, una forma atenuada del dolo a la que deba aplicarse una dulcificación de la pena. Por otra parte, conviene anotar que, ciertamente, la circunstancia de preterintencionalidad presupone que hay intención de causar un mal, sólo que menos grave que el producido. Y eso no es, ni remotamente, dolo eventual.

La propia naturaleza de la preterintencionalidad y su exigencia de voluntariedad dolosa inicial implica que no pueda apreciarse en los delitos formales, en los que la malicia previa no desempeña un papel estimable. Asimismo, es inconcebible en los delitos de naturaleza culposa, que son en sí mismos una como superación de la preterintencionalidad y en los que el nexo jurídico-causal quedó roto en beneficio de la causalidad material. Tampoco puede apreciarse la preterintencionalidad en los delitos cualificados por el resultado, en los que ya se valora la discrepancia entre éste y el propósito inicial. En este sentido, Rodríguez Mourullo<sup>64</sup> considera que es inadecuada su aplicación a las infracciones de estructura objetiva, como son, según la interpretación jurisprudencial, el robo con homicidio del número 1 del artículo 501 y el aborto con resultado de muerte o lesiones del último párrafo del artículo 411. Respecto de los delitos cualificados por el resultado, también se articula el principio de culpabilidad, según Suárez Montes<sup>65</sup>, mediante la exigencia de que el resultado cualificante sea imputable al autor al menos a título de culpa, declarando así insuficiente la mera causación

<sup>63</sup> Cfr. p. 493, nota 34.

<sup>64</sup> Cfr. p. 463.

<sup>65</sup> SUÁREZ MONTES, «Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo 2.º del artículo 1», en *Comentarios a la legislación penal*, Madrid, Edersa, 1985, tomo V, vol. 1.º, «La Reforma del Código Penal de 1983» (Libro I del Código Penal), p. 37.

para que puedan ser imputadas las formas agravadas (párrafo 2.º del artículo 1).

Por consiguiente, en los delitos cualificados por el resultado como lo son los contemplados por los artículos 549, número 2, y 550, número 1, difícilmente se puede aplicar la circunstancia atenuante de preterintencionalidad, pues, como ha proclamado la STS de 15 de junio de 1981 (A. 2660), el dolo del agente debe abarcar que está incendiando un edificio en el que habitualmente se reúnen diversas personas, ignorando si había o no gente dentro, siendo, en cambio, totalmente indiferente que el referido sujeto activo haya o no previsto y querido el resultado concreto habido en su exacta y precisa dimensión.

El Tribunal Supremo ha declarado, entre otras, en la Sentencia de 21 de noviembre de 1968, que la atenuante de preterintencionalidad 4.ª del artículo 9.º del CP sólo es aplicable en aquellos delitos caracterizados por un daño material causado bien en la integridad física del ofendido o en su patrimonio, y cuyas consecuencias puedan alcanzar mayor o menor gravedad o cuantía independientemente de la voluntad de quienes los originen, rechazándose, de modo concreto, en los delitos contra el honor de las personas, estén o no constituidas en autoridad, toda vez que por la naturaleza misma del hecho éste viene a producir siempre y necesariamente el mal que constituye el delito de esta especie, actuaciones deliberadas que en el propósito del agente están contenidos todos los elementos necesarios a la responsabilidad y sus consecuencias tampoco afectan a la preterintencionalidad a aquellos delitos cuya esencia radica no en el daño material, sino en la pura infracción de deberes.

En general, los delitos de lesiones no son propicios ni idóneos a la aplicación de esta atenuante, pues exigiéndose en los mismos el dolo general de herir o maltratar, según la doctrina reiterada del Tribunal Supremo<sup>66</sup>, debería concretarse, en cada caso, hasta dónde se pretendió herir y dónde hubo exceso en el resultado conseguido, y solamente podría apreciarse la atenuante cuando, *verbi gratia*, existe una absoluta inidoneidad del medio elegido para la agresión y el resultado obtenido. Sin embargo, a pesar de que la entidad del resultado es importante para la determinación de la pena, no puede sostenerse que las lesiones tengan la estructura objetiva característica de los delitos cualificados por el re-

---

<sup>66</sup> Consúltense, entre otras, las Sentencias de 23 de octubre de 1978 (A. 3293), 2 y 12 de marzo de 1979 (A. 1029) y 8 de abril de 1980 (A. 1260).

sultado, que impide plantearse siquiera la cuestión si el agente quería o no producirlo. La preterintencionalidad, según Rodríguez Devesa<sup>67</sup>, encuentra aquí supuestos típicos de aplicación, puesto que el *nomen iuris* se mantiene invariable cualquiera que sea el resultado en el delito de lesiones y, por otra parte, hay casos en los que es indudable que, a pesar de no poder precisarse con absoluta determinación la intención del sujeto, es evidente que éste no tenía intención de causar un mal de tanta gravedad como el producido.

Lo que no se puede admitir en ningún caso, subraya Muñoz Conde<sup>68</sup>, es que el dolo se exija sólo respecto a la acción inicial de causar una lesión, bastando para imputar el resultado la conexión causal entre éste y la acción, pues esto infringiría claramente el principio de culpabilidad o trataría por el mismo rasero las distintas formas de imputación subjetiva. Si la pura responsabilidad objetiva viene vedada por los artículos 1 y 6 bis b) del Código Penal, también debe estar vedada por el mismo principio que inspira estos preceptos (el de culpabilidad), además de por la idea de proporcionalidad, la equiparación entre producción dolosa e imprudente de un resultado. La solución equitativa que luego se utiliza para atemperar la injusticia de esta equiparación, aplicando la «*atenuante de preterintencionalidad*» (art. 9.4.<sup>a</sup>), cuando el resultado es notablemente superior al pretendido, no hace más que, según el citado autor, complicar y confundir aún más la situación, pues difícilmente se puede rebajar la pena por no haber tenido el sujeto la intención de causar un mal tan grave, cuando antes se le ha imputado el mal como dolosamente producido.

La solución teóricamente correcta sería, en este caso, a juicio de Muñoz Conde, aplicar la técnica del concurso (ideal) entre la lesión dolosa inicial y la realmente producida por imprudencia. Cuando el resultado cualificante se produce como consecuencia del empleo de los medios previstos en el artículo 421.1.º y 3.º, es más fácil imputarlo a título de dolo, funcionando los medios como agravantes de la cualificación<sup>69</sup>. A mayor abundancia, en los tipos agravados de lesiones por la entidad

<sup>67</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español*, Parte Especial, 12.ª edición, Madrid, Editorial Dykinson, S. L., 1989, revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez, p. 154.

<sup>68</sup> MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, Parte Especial, 8.ª edición, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1990, pp. 112 y s.

<sup>69</sup> Los medios aludidos son los siguientes: armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas susceptibles de causar graves daños en la integridad del lesionado o reveladoras de acusada brutalidad en la acción, o tortura.

del resultado, cuando éste no ha sido causado de propósito, el artículo 421, número 2.º, emplea una fórmula basada en el artículo 420, «*si como resultado*»; se trata, por tanto, de una fórmula de indudables componentes objetivistas que, según Berdugo<sup>70</sup>, pueden propiciar la idea de que estamos ante un delito cualificado por el resultado, con lo cual sería suficiente la culpa respecto al resultado cualificante para afirmar la realización del tipo subjetivo.

Por el contrario, ni los antecedentes —la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal— ni la búsqueda de una interpretación conforme a las exigencias del principio de culpabilidad y con el general de castigar de forma desigual aquello que es desigual, recomiendan, observa el citado autor, seguir esta vía.

Por otra parte, el artículo 344, incluido entre otros varios dentro de la Sección correspondiente a los delitos contra la salud pública en el CP vigente y catalogado como delito de peligro o de riesgo, abstracto y concreto, implica que los actos enumerados en dicho artículo se consuman simplemente con la creación del riesgo, y de ahí que una jurisprudencia ya reiterada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo haya venido entendiendo que la circunstancia de preterintencionalidad no puede ser apreciada en los delitos contra la salud pública<sup>71</sup>. Ciertamente, rara y excepcionalmente puede ser apreciada la atenuante de preterintencionalidad 4.ª del artículo 9.º del CP, en los delitos contra la propiedad, dado que, de ordinario, o, en la generalidad de los casos, la intención del agente cubre la totalidad del resultado y si hay disparidad entre lo obtenido y lo querido es a la inversa, al verse defraudado el agente por no haber alcanzado todo el lucro que se proponía, pero igualmente no hay obstáculo alguno para que la atenuante pueda ser apreciada en relación a los delitos de la naturaleza de los anteriormente mencionados cuando en el resultado de hechos probados aparezca que concurren las circunstancias fácticas integradoras de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, a tenor de lo declarado, entre otras, en la STS de 28 de octubre de 1980 (A. 3888).

---

<sup>70</sup> BERDUGO, en MUÑOZ CONDE, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y GARCÍA ARÁN, *La reforma penal de 1989*, Madrid, Editorial Tecnos, S. A., 1989, p. 99. Confróntese, además, BOIX REIG, ORTS BERENGUER y VIVES ANTÓN, *La reforma penal de 1989*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1989.

<sup>71</sup> En este sentido se pronuncian las Sentencias de 27 de octubre de 1959 (A. 3887), 14 de abril de 1970 y 7 de mayo de 1980 (A. 1812).

Por consiguiente, no hay razón teórica alguna para que se afirme, como suele hacerse, la imposibilidad de aplicar esta circunstancia de atenuación a delitos típicamente dolosos, como son los patrimoniales. En puridad de principios cabe en ellos, salvo a juicio de Quintano<sup>72</sup>, en el de robo con homicidio, en el que la intención previa del *animus necandi* no es exigible. Y cabe, porque es factible una posible inidoneidad de medios y una discrepancia cuantitativa entre la voluntad y el resultado. Si una persona se propone hurtar o robar a otra precisamente una suma determinada, de mil pesetas, y constándole que la víctima las tiene justamente en una cartera que le sustrae, si por azar ésta contenía en aquel momento diez mil pesetas, no se comprende por qué motivo el ladrón no ha de beneficiarse de la atenuación de una preterintencionalidad innegable. Sin embargo, justo es reconocer, como observa el mencionado autor, que la prueba de una tal limitación de la voluntad primitiva sería difícilísima de aducir, no habiendo quizá otra convincente que la posterior devolución del resto, antes de la incoación del procedimiento correspondiente.

En este sentido, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 27 de diciembre de 1962, apreció la atenuante de preterintencionalidad en el delito de hurto. A propósito de la citada resolución judicial de nuestro más alto Tribunal, Cobo<sup>73</sup> señala que el ánimo de lucro, como «momento psicológico», se dará inexorablemente, por expreso imperativo del artículo 514, y también se ha de afirmar aceptando la preterintencionalidad. Sin embargo, ésta supone que no se haya tenido intención de hurtar tanto como se hurtó, y que aquélla es graduable, pero partiendo de la existencia de un específico *animus* inexcusable en el delito de hurto. Comprobado, por tanto, aquél y la sustracción de la cosa, el Tribunal Supremo atiende al artículo 515 en orden a la penalidad con el criterio del valor del objeto material.

Ahora bien: si se prueba que el dolo no ha comprendido todo lo tomado o su valor, por la razón que fuese, con fundamento en los datos que la instrucción ofrezca, reducirá la pena estimando la existencia de la atenuante 4.<sup>a</sup> del artículo 9. Ésta, por consiguiente, funciona como un correctivo de la pena, fundado en el principio de culpabilidad y sin que existan las contradicciones existentes en la figura del homicidio preterintencional: el hecho se inscribe en el hurto, por supuesto doloso (porque

<sup>72</sup> Cfr. p. 171.

<sup>73</sup> Cfr. pp. 116 y s.

se ha tenido intención de hurtar; cosa que no sucedía en el homicidio preterintencional, porque no se tenía intención de matar), y, posteriormente, se acepta la atenuante de no haber tenido intención de hurtar tanto como se hizo (corrigiendo el esquema objetivo del artículo 515, que se presta a ello por ser graduable, lo que no sucedía tampoco con el homicidio).

Consecuentemente, la aceptación de la preterintencionalidad en el delito de hurto supone una salida fundada en el dogma de la culpabilidad al dilema, según Cobo, objetivo-subjetivo, que en diferentes momentos se plantea en el Capítulo II del Título XIII del Libro II del Código Penal, hasta tanto no se lleve a efecto una revisión profunda de los delitos patrimoniales que supere la arcaica estructura objetivista que informa a dichas figuras delictivas.

Finalmente, conviene destacar, a efectos de la delimitación del ámbito de aplicación de la preterintencionalidad, que ésta se configura legalmente, según Cobo del Rosal y Vives Antón<sup>74</sup>, como una circunstancia atenuante del delito doloso que opera en el marco más amplio de una figura legal, comprensiva de varios tipos que pueden graduarse en atención al resultado, en el entendimiento de que el legislador, «*al configurar la preterintencionalidad como circunstancia no ha transmutado su naturaleza de forma mixta de culpabilidad*», pero sí nos ha ofrecido una indicación material sobre su relevancia en el seno de la infracción. Así, la preterintencionalidad habrá de actuar de forma «*análoga*» a la de las circunstancias en el seno de la estructura del delito. Por tanto, si bien se excluye cuando concurre el dolo de tipo, requiere, sin embargo, que exista, como mínimo, la malicia genérica correspondiente a la figura legal de que se trate, tal y como acontece frecuentemente en las lesiones y en el robo.

La preterintencionalidad, según el Tribunal Supremo, es compatible con la atenuante de embriaguez y con las agravantes de alevosía y abuso de superioridad; por el contrario, es incompatible con la atenuante de arrebató y obcecación y con la agravante de premeditación conocida. Por su índole subjetiva es incommunicable, conforme a lo establecido en el párrafo primero del artículo 60:

«Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistieren en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquellos culpables en quienes concurren.»

---

<sup>74</sup> Cfr. pp. 492 y s.

---

## V. CLASES DE PRETERINTENCIONALIDAD

Generalmente, la doctrina ha venido diferenciando diversas clases de preterintencionalidad en función, de una parte, del resultado producido y, de otra, de la homogeneidad o heterogeneidad entre el evento querido y el realmente producido.

Así, en atención al resultado se distinguen dos clases de preterintencionalidad: la denominada preterintencionalidad «*cumulativa*» o por acumulación de los eventos, en la que, además de producirse el resultado antijurídico intencionalmente querido por el agente, se produce también el efecto indeseado; y la llamada preterintencionalidad «*sustitutiva*» o por sustitución del evento, en la que, a pesar de no producirse el resultado antijurídico pretendido por el agente, sí se produce, en cambio, el evento excesivo.

En función de la homogeneidad o heterogeneidad entre el resultado querido y el producido, se distinguen dos clases de preterintencionalidad: una, de grado menor, denominada preterintencionalidad «*homogénea*», caracterizada porque el evento querido y el resultado excesivo son, típicamente, de la misma naturaleza, siendo su diferencia, por tanto, exclusivamente cuantitativa; y otra, de grado mayor, conocida con el nombre de preterintencionalidad «*heterogénea*», surgida cuando el resultado típico producido es, básicamente, distinto del querido por el sujeto, siendo en este caso la diversidad entre uno y otro, cualitativa. Por consiguiente, la diferencia entre la preterintencionalidad homogénea y la heterogénea radica en que exista o no identidad de bien jurídico lesionado entre el objetivo perseguido por el sujeto y el resultado excesivo que realmente se produce.

En la doctrina es notoria la tendencia a mantener dicha distinción, aplicando el artículo 9.4.<sup>a</sup> a la preterintencionalidad homogénea y las reglas generales del concurso ideal a la preterintencionalidad heterogénea, dada la supresión del artículo 50. Este planteamiento, en opinión de Bustos Ramírez<sup>50</sup>, resulta grave, pues si bien quedan eliminados los casos más absurdos de responsabilidad objetiva, la jurisprudencia no ha sido totalmente clara respecto del caso más impactante por su injusticia (lesiones seguidas de muerte) y aplicó no el artículo 50, sino el 9.4.<sup>a</sup> Ciertamente, hoy la injusticia no sería tan grande, subraya el citado au-

---

<sup>75</sup> Cfr. p. 275.

tor, ya que por lo menos queda eliminado el hecho fortuito, pero de todos modos un hecho imprudente se castigaría como doloso, sólo que con una atenuante.

A la luz de la Reforma de 1983, las situaciones fácticas que llamamos preterintencionales se resolverán, según Quintero Olivares<sup>76</sup>, de acuerdo con su significación penal objetiva y «*subjetiva*», y, en su virtud:

- a) Cuando junto a un comportamiento doloso concorra un resultado ulterior que hubiese podido preverse y evitarse, podrá afirmarse que ese resultado ha sido «*imprudentemente*» provocado y, en base a ello, estaremos ante un «*concurso de delitos*» entre el doloso, en el grado de ejecución en que haya quedado, y el de imprudencia.
- b) Si la consecuencia ulterior fuera imprevisible tendrá que ser considerada fortuita y, de acuerdo con ello, no podrá generar responsabilidad criminal. Esta conclusión es viable al ser plenamente calificable tal consecuencia como caso fortuito de acuerdo con la definición que de éste ofrece ahora el nuevo artículo 6 bis b) del CP, que elimina la exigencia de licitud inicial.

En la preterintencionalidad homogénea encuentra el referido autor un ámbito propio para la atenuante 4.<sup>a</sup> del artículo 9.<sup>o</sup> del CP, ya que no es técnicamente posible, dentro del «mismo delito», acudir a la solución que en otro caso sería la normal (es decir, separar la parte dolosa del hecho de su parte imprudente o fortuita, calificándolas «por separado», pues esta escisión o separación no la permite la letra de la ley.

El Tribunal Supremo, adhiriéndose a la moderna doctrina, estima que, tras la supresión del artículo 50 y la modificación del artículo 1.2.<sup>o</sup> del CP, en la Reforma de 1983, el régimen jurídico de los supuestos de lesiones-homicidio debe ser el del «*concurso de delitos*» (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1984. Ponente: Ilmo. Sr. Díaz Palos). Se trata, como apunta Silva Sánchez<sup>77</sup>, de la primera Sentencia del TS en la que se reconoce expresamente este extremo. En ella se señala

---

<sup>76</sup> QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal*, Parte General, 2.<sup>a</sup> edición, Madrid, Marcial Pons, 1989, pp. 347 y s., y QUINTERO OLIVARES y MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, Barcelona, Ediciones Destino, S. A., 1983, pp. 68 y ss.

<sup>77</sup> SILVA SÁNCHEZ, «Preterintencionalidad y otras cuestiones en la nueva Jurisprudencia del Tribunal Supremo» (Comentario a la STS de 9 de febrero de 1984. Ponente: Díaz Palos), *ADPCP*, 1985, p. 202, nota 29.

que, tras la reforma, «el supuesto de preterintención heterogénea seguirá las *«reglas normales del concurso de delitos»*, de modo que habrán de pensarse las lesiones inicialmente producidas a título doloso y el resultado de muerte como homicidio culposo, caso, naturalmente, que además del ligamen causal de la muerte con las lesiones, «sea tal resultado ulterior imputable a culpa». Del mismo modo, la STS de 28 de marzo de 1984, de la que fue ponente el Excmo. Sr. Díaz Palos, tras insistir en que la preterintencionalidad no es una nueva especie o grado de culpabilidad, a modo de *tertium genus* de la misma, sino un enlace de dolo en la conducta inicial y de la culpa en el resultado producido finalmente; nos recuerda que la estructura de la preterintencionalidad se integra por a) un hecho base doloso; b) un hecho-consecuencia no querido pero previsible —culpa inconsciente—, o previsto pero no aceptado —culpa consciente—, y c) un nexo causal entre ambos hechos, diciendo que en la preterintencionalidad heterogénea, tras la Reforma de 1983, habrá de estarse a las reglas generales del concurso, a salvo que se castigue como delito complejo, decantándose el citado jurista en los supuestos de lesiones dolosas con homicidio culposo por el concurso real del artículo 69, al igual que en los supuestos de falta y delito, y ello por dos razones:

1. De estimarse el concurso ideal, tendría que ser por la vía de apreciar una conexión de medio a fin entre el delito de lesiones dolosas y el de homicidio imprudente, lo que no parece de recibo, afirma, porque entonces ambas infracciones habrían de estar unidas por un común elemento subjetivo que en estos casos, obviamente, no se da; y
2. De ser calificado como *«ideal»*, no cabría apreciarlo en los supuestos de concurrencia de una falta de lesiones con un delito de homicidio imprudente, porque, de hacerlo así, la cláusula del artículo 71, número 2, perdería toda su virtualidad y se tornaría inoperante al ser la punición separada de una y otra siempre más beneficiosa que la conjunta de absorción por aplicación de la pena asignada al delito, en su grado máximo.

A juicio de Huerta Tocildo<sup>78</sup>, las reglas del concurso de delitos que han de aplicarse al supuesto contemplado son las relativas al *«concurso ideal»*, previsto y penado en el artículo 71 del CP, y no las del *«concur-*

<sup>78</sup> HUERTA TOCILDO, «Adiós al homicidio preterintencional» (Comentario a la STS de 28 de marzo de 1984), *La Ley, Revista Jurídica Española*, Madrid, 1984, tomo 4, p. 201.

*so real*», ya que en él se cumple el requisito legal de que un solo hecho (la conducta lesiva) ocasione dos o más delitos (el de lesiones dolosas, intentadas o consumadas, y el de homicidio imprudente).

Por otra parte, la primera de las objeciones señaladas por la referida Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1984 sería irrefutable si, como afirma la citada penalista, la conexión entre los términos del binomio de referencia (lesiones dolosas-homicidio imprudente) fuera, efectivamente, la de medio a fin. Pero ello, ciertamente, no es así, pues, de otro modo, no se comprendería la calificación del homicidio a título de imprudencia. Ya que si lo que el sujeto pretende, al lesionar dolosamente a otro, es ocasionarle la muerte, y realmente lo consigue, el homicidio (o, en su caso, asesinato) forzosamente será doloso y no imprudente. No se comprende, pues, cuál ha sido el razonamiento que ha conducido en esta sentencia, como en la precedente de 9 de febrero de 1984, a estimar en este caso una conexión de carácter medial allí donde no sólo no lo hay, sino que es de todo punto inconcebible. Y, por tanto, si la calificación a título de concurso ideal ya no responde a las consideraciones expuestas en ambas sentencias sino a la existencia de un solo hecho que constituye dos o más delitos, no hay razón alguna para exigir la presencia de un elemento subjetivo común; con lo cual la referida objeción carecería de sentido, dejando expedito el camino para la correcta resolución del binomio, aplicando las reglas que regulan el «concurso ideal» de delitos en nuestro Código Penal.

La segunda de las objeciones planteadas por la discutida STS a la tesis del «concurso ideal» no constituye, según Huerta Tocildo, un argumento de peso para rechazar dicha tesis en aquellos supuestos en los que la concurrencia se produjera entre una «falta» de lesiones dolosas y un «delito» de homicidio imprudente. Y ello porque, aun cuando se negara la posibilidad de concurso ideal entre la «falta» de lesiones y el «delito» de homicidio imprudente, siempre se podría considerar que dicha falta de lesiones queda consumida por este último. Así, Mir Puig<sup>79</sup> sostiene que la concurrencia de una «falta», no sometida al régimen del artículo 71, que se refiere a delitos, fácilmente resultará desplazada en cuanto falta consumada por el principio de «consunción». La solución, entonces, sería, para Huerta Tocildo<sup>80</sup>, la siguiente: de concurrir una «falta» de lesiones con un homicidio imprudente, no habrá lugar a la

<sup>79</sup> MIR PUIG, «Preterintencionalidad y límites del artículo 50 del Código Penal», *RJCat*, 1979, y en *Libro homenaje al Prof. José Antón Oneca*, Salamanca, 1982, p. 355.

<sup>80</sup> Cfr. p. 202.

aplicación del artículo 71.2 del CP, sino que aquélla se estimará consumida por éste, imponiéndose una única pena: la correspondiente al homicidio imprudente. En tanto que si los que concurren son un «delito» de lesiones dolosas (intentadas o consumadas) con un «delito» de homicidio imprudente, se dará entre ambos un «concurso ideal» a sancionar conforme a las reglas contenidas en el artículo 71 del CP.

La solución es clara en cuanto al tipo de concurso al que habría que acudir, puesto que en estos casos de lesiones dolosas con muerte culposa, estamos ante un solo hecho, lo cual nos impide acudir, según Sánchez Lucerga<sup>81</sup>, tanto al concurso real de los artículos 69 y 70 del CP, como al medial o instrumental del artículo 71, párrafo 1.º, *in fine*, siendo de aplicación exclusivamente el concurso ideal *stricto sensu* del párrafo 1.º del artículo 71. Por el contrario, Manzanares Samaniego<sup>82</sup> estima que el concurso de delitos no soluciona satisfactoriamente el problema de la preterintencionalidad heterogénea, porque en las lesiones dolosas seguidas de muerte culposa es imposible precisar el alcance de aquéllas, sobre todo si se considera el componente del dolo eventual, y tampoco es fácil pronunciarse sobre el grado de desarrollo del delito doloso. *De lege data*, el problema puede resolverse, según el citado autor, acudiendo a la atenuante genérica 4.ª del artículo 9 del Código penal, porque: a) lo permite su tenor literal; b) así lo entendió la Jurisprudencia antes de 1983; c) la Ley Orgánica de 25 de junio de ese año suprimió los preceptos que la doctrina científica deseaba aplicar a la preterintencionalidad heterogénea; d) es en esa progresión de un tipo a otro donde cobra su sentido dicha atenuante; e) se trataría de una fórmula generalizada, pero semejante a la utilizada en los delitos cualificados por el resultado, y f) sus efectos se acomodan, en buena parte, a las exigencias de justicia material y en casos extremos cabría penar el delito culposo sin conectarlo con la infracción dolosa, bien por la escasa entidad de ésta, bien por ausencia de la causalidad adecuada o imputación objetiva.

Por todo ello, en tanto no se acojan fórmulas puntuales como las de nuestro Proyecto de 1980 o los Códigos alemán e italiano, la mejor al-

<sup>81</sup> SÁNCHEZ LUCERGA, «La preterintencionalidad», en *Delitos contra las personas*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1990, vol. 4, p. 73.

<sup>82</sup> MANZANARES SAMANIEGO, «Sobre la preterintencionalidad heterogénea en el Derecho positivo español», en I Jornadas de Magistrados, Fiscales y Profesores de Derecho Penal. Trabajos preparatorios del Congreso de Viena de la AIDP, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, Albacete, 1989, n.º 7, p. 378.

ternativa a la aplicación de la atenuante 4.<sup>a</sup> del artículo 9 pudiera ser, no la del concurso ideal de delitos, sino, a juicio de Manzanares Samaniego<sup>83</sup>, «la del concurso de leyes».

Esta posición científica contrasta vivamente con la mantenida por el referido autor en sus Comentarios al Código Penal<sup>84</sup>. En efecto, allí se decía que hoy la preterintencionalidad heterogénea halla su cauce en el concurso de infracciones, una de ellas a título de dolo y la otra de culpa. Además, dicho concurso, se mantenía entonces, sería normalmente real, y no podrá serlo de otra clase cuando una de las infracciones, o ambas, constituya falta.

En todo caso, conviene destacar que, tanto entonces como ahora, no estimo correcta, científicamente, la posición de Manzanares Samaniego, por las razones siguientes:

En primer lugar, *de lege data*, el referido autor propone aplicar la circunstancia atenuante 4.<sup>a</sup> del artículo 9 del CP a la preterintencionalidad heterogénea porque lo permite su tenor literal. Sin embargo, dicha circunstancia atenúa la responsabilidad criminal, sólo cuando el delincuente no tuvo intención de causar «un mal» de tanta gravedad como «el» que produjo. El análisis hermenéutico de la norma revela, palmaria-mente, que la *ratio legis* de la misma opera en base a la causación de un mal; es decir, a la producción de «un delito». La preterintencionalidad heterogénea, por el contrario, se fundamenta en la producción, dentro de la misma línea de ataque, de dos o más delitos: lesiones seguidas de homicidio, por ejemplo.

En segundo lugar, el mencionado autor invoca el criterio de la Jurisprudencia antes de 1983; ciertamente, no conviene soslayar a este respecto que el recurso de la Sala Segunda del Tribunal Supremo a la atenuante 4.<sup>a</sup> del artículo 9 del CP para los casos de preterintencionalidad heterogénea, se hizo, como ha proclamado, entre otras, la STS de 6 de diciembre de 1980, «aun a sabiendas de que no era éste el precepto idóneo, pero con la posibilidad de estimar la atenuante como muy calificada a fin de llegar a conclusiones punitivas más aproximadas a la verdadera culpabilidad del sujeto activo».

---

<sup>83</sup> Cfr. p. 379.

<sup>84</sup> MANZANARES SAMANIEGO y ALBACAR LÓPEZ, *Código Penal* (Comentarios y Jurisprudencia), Granada, Editorial Comares, 1987, pp. 119 y s.

En tercer lugar, se argumenta la supresión operada por la Reforma de 1983, cuya única finalidad en este punto fue, según Quintero Olivares y Muñoz Conde<sup>85</sup>, precisamente lo contrario de lo que invoca Manzanares Samaniego; a saber: «expulsar del Código Penal el concepto de responsabilidad objetiva, o lo que es lo mismo, el *versari in re illicita* con todas sus manifestaciones».

En cuarto lugar, se arguye que la atenuante de preterintencionalidad cobra sentido en la progresión de un tipo a otro. Así, se olvida que la idea de «progresión» en la preterintencionalidad implica una vinculación entre los «bienes jurídicos», no entre los tipos penales; es decir, que el bien jurídico que se quería lesionar y el que efectivamente resultó lesionado sean de la misma especie o, al menos, pertenezcan al mismo género. La relación, por tanto, es cuantitativa, dentro de la misma línea de ataque a los bienes jurídicos protegidos; en absoluto, cualitativa, y que, por consiguiente, autorice la progresión de un tipo a otro en base a la circunstancia de preterintencionalidad 4.<sup>a</sup> del artículo 9, sino en función de la tesis del concurso ideal de delitos, cuando de preterintencionalidad heterogénea se trata. Se dice, además, que la aplicación de la atenuante de preterintencionalidad a los casos de preterintención heterogénea sería una fórmula generalizada, pero semejante a la utilizada en los delitos cualificados por el resultado; en realidad, dicha fórmula en modo alguno es susceptible de generalización, ya que, a lo sumo, su ámbito de aplicación debe limitarse a los casos de preterintencionalidad homogénea. Por otra parte, la semejanza invocada con los delitos cualificados por el resultado no debe soslayar el hecho de que la concurrencia de culpa en la última fase de la actuación del agente, libera al delito preterintencional de toda calificación por el resultado o de cualquier tipo de responsabilidad objetiva. Pero es que, además, téngase en cuenta a este respecto que, como señala Suárez Montes<sup>86</sup>, la Ley de Reforma de 25 de junio de 1983 de cara a los delitos cualificados por el resultado articula el principio de culpabilidad mediante la exigencia de que el resultado cualificante sea imputable al autor al menos a título de culpa, declarando así insuficiente la mera causación para que puedan ser imputadas las formas agravadas (párrafo 2.º el artículo 1).

Por consiguiente, a mi juicio, difícilmente se puede establecer una semejanza entre una mera fórmula atenuante que disminuye el injusto

<sup>85</sup> Cfr. pp. 26 y s.

<sup>86</sup> Véase *supra*, nota 65.

subjetivo y un principio como el de culpabilidad, que inspira la apreciación o no del referido injusto. Por eso *de lege ferenda* se proponen soluciones distintas a las ofrecidas por Manzanares Samaniego. Así, Suárez Montes<sup>87</sup> afirma que la adaptación de los delitos cualificados por el resultado existentes en nuestro Código al principio de culpabilidad, puede seguir dos caminos distintos: o se mantienen las tipificaciones especiales, pero ajustándolas en estructura y penalidad a las exigencias del principio de culpabilidad, o —si se entiende que son de dudosa justificación— proceder a su supresión.

Mas, siguiendo con las argumentaciones de Manzanares Samaniego, este autor opina que la aplicación de la circunstancia 4.<sup>a</sup> del artículo 9 del CP a la preterintencionalidad heterogénea permitiría precisar el alcance de las lesiones dolosas seguidas de muerte culposa, sobre todo si se considera el componente del dolo eventual, y tampoco es fácil pronunciarse sobre el grado de desarrollo del delito doloso. Supuestas unas lesiones dolosas de cierta duración, que desembocan en una mutilación y luego en una muerte, ¿cuántos delitos habría?: sin que puedan olvidarse, subraya el citado autor<sup>88</sup>, las complicaciones derivadas de un error «*in personam*» o una «*aberratio ictus*». Este razonamiento desconoce que en la causación de las lesiones dolosas no se puede considerar el dolo eventual y aplicar la atenuante de preterintencionalidad, lisa y llanamente, porque son incompatibles. En la producción de la lesión inicial el sujeto «*conoce y quiere*» el resultado lesivo. Sin embargo, el elemento volitivo necesario al dolo, que no está claro, en los casos de dolo eventual (de ahí, las teorías de la representación, de la aceptación y del sentimiento para indagarlo), no concurre, en absoluto, respecto del resultado preterintencional, que no ha sido previsto ni aceptado por el sujeto y que, además, frecuentemente es imprevisible. En cuanto al grado de desarrollo del delito doloso, en el caso mencionado por Manzanares Samaniego, de una lesión dolosa + una mutilación + la muerte, la calificación técnica del hecho seguiría siendo la que proporciona la tesis del concurso ideal; a saber, un delito de lesiones dolosas consumadas en concurso ideal con un homicidio imprudente consumado. Si bien en este caso habría que dilucidar, previamente, si existe un *animus* o dolo específico de lesionar («menoscabar la integridad física corporal o la salud física o mental», del artículo 420, párrafo primero), o, por el contrario, concurre en el sujeto un *animus* o dolo específico relacionado di-

<sup>87</sup> Cfr. p. 51.

<sup>88</sup> Cfr. p. 379, nota 17.

rectamente con las acciones o modalidades descritas en el artículo 418 («el que de propósito mutilare o inutilizare a otro de un órgano o miembro principal, le privare de la vista o del oído, le causare la anulación o una grave limitación de su aptitud laboral, una grave enfermedad somática o psíquica o una incapacidad mental incurable...»). La esencialidad de dicho *animus* será el criterio diferenciador respecto del subtipo agravado del artículo 421.2, que prevé resultados lesivos similares o idénticos a los de ese artículo 418. Rige, por tanto, entre ambos preceptos el principio de especialidad a favor del artículo 418. En efecto, conforme al criterio jurisprudencial, desaparecida actualmente la exigencia de un concreto resultado lesivo y como quiera que basta la concurrencia de un *animus* de menoscabar, parece evidente que la concurrencia de preterintencionalidad se hace harto más difícil en el artículo 420 del CP. Por lo que se refiere al párrafo 2.º del artículo 421, lo que se exige es el *animus* tipo del artículo 420, párrafo primero, y que en relación de causalidad adecuada o susceptible de imputación objetiva se deriven los resultados lesivos tipificados en el subtipo agravado. Evidentemente, ello plantea graves problemas sobre la preterintencionalidad y la relación de causalidad.

En este sentido, Muñoz Conde<sup>89</sup> afirma que tanto en el tipo básico como en el cualificado del artículo 421.2 son posibles la comisión dolosa y la culposa. Si la intención del sujeto activo va dirigida a producir alguno de los resultados previstos en los artículos 418 y 419, estaríamos en presencia de uno de estos delitos; por tanto, de la cualificación del artículo 421.2 queda excluido el dolo directo. Sin embargo, es evidente, subraya el mencionado autor, que la imputación a título de dolo de estos resultados o, simplemente, de la necesidad de tratamiento médico o quirúrgico, sólo puede hacerse en la medida en que el Tribunal sentenciador, tras la correspondiente valoración de la prueba, llegue al convencimiento de que realmente se dio el dolo, siquiera sea con la fórmula del dolo eventual. De lo contrario, todo lo más, y en la medida en que se den los elementos de la imputación a título de imprudencia (falta de diligencia debida, imputación objetiva del resultado, etc.), habrá que apreciar esta forma menos grave de imputación.

La producción con dolo directo de alguno de los resultados previstos en el párrafo 2.º del artículo 421 lleva, en opinión de Berdugo<sup>90</sup>, a la

<sup>89</sup> Cfr. p. 112.

<sup>90</sup> Cfr. pp. 99 y s.

aplicación de los artículos 418 ó 419. Tan sólo quedarían excluidos de dichos resultados («que el ofendido hubiere quedado impotente, estéril, deforme o con una enfermedad somática o psíquica incurable o hubiere sufrido la pérdida de un miembro, órgano o sentido, o quedado impedido de él») los casos de pérdida de un sentido distinto de la vista y el oído, y la enfermedad somática o psíquica incurable pero no grave, salvo que quedaran incluidos en algún otro de los resultados descritos en los mencionados artículos. Con lo que esta figura de «*graves resultados no causados de propósito*» quedaría circunscrita, salvo en los casos mencionados, en que cabría también el dolo directo, a aquellos supuestos de producción de los resultados enumerados con dolo eventual. La producción imprudente de éstos estaría incluida en el marco de los artículos 565 y 586 bis.

Por otra parte, la estructura del artículo 421, número 2, como tipo cualificado del básico contenido en el 420, permite ofrecer otra solución para aquellos supuestos en los que el autor produce uno de los resultados del 421, número 2, queriendo lesionar y contando al menos con un resultado que por su entidad requiera tratamiento médico o quirúrgico, aunque no contara con el concreto resultado efectivamente producido. En estos casos, Berdugo entiende que, técnicamente, el autor realiza el tipo del injusto del artículo 420 y también el de los artículos 565 ó 586 bis, en los casos en que haya infringido el deber objetivo de cuidado y a dicha infracción le sea objetivamente imputable el resultado más grave producido. Las reglas del concurso de leyes se hacen aplicables en estos casos al artículo 420, por ser, a juicio de dicho autor, de mayor entidad la pena prevista en éste. Ello sin perjuicio, a mi entender, de lo previsto en el párrafo cuarto del artículo 565 del CP:

«Lo dispuesto en los dos primeros párrafos de este artículo no tendrá lugar cuando las penas previstas en el mismo sean iguales o superiores a las del correspondiente delito doloso, en cuyo caso los Tribunales aplicarán la inmediata inferior a esta última en el grado que estimen conveniente.»

Por lo que se refiere al supuesto del artículo 421, número 2, del CP, no cabe la posibilidad, según Zugaldía Espinar<sup>91</sup>, de que su aplicación exija del factor de corrección que supone la atenuante 4.<sup>a</sup> del artículo 9.

---

<sup>91</sup> ZUGALDIA ESPINAR, *Código Penal Comentado*, Madrid, Ediciones Akal, S. A., 1990, pp. 63 y s.

Y ello porque dicho precepto, o integra un delito cualificado por el resultado o configura un simple tipo agravado. Jugarán las reglas del concurso de delitos: lesiones dolosas del tipo base y las lesiones imprudente y efectivamente producidas (art. 71 del CP). Ya se opte por uno u otro punto de vista, en cualquier caso, dos cuestiones sí quedarían claras, a juicio del referido autor:

- a) En primer lugar, que de los resultados previstos en el número 2 del artículo 421 no se responde en absoluto si han sido imprevisibles para el autor, en base a los artículos 1, 6 bis a) y 6 bis b) del Código Penal.
- b) En segundo término, que en cuanto dichos resultados aparezcan como previsibles para el autor, la exigencia de responsabilidad criminal por los mismos se lleva a cabo sobre la base del artículo 71 del CP, sin aplicar al caso la atenuante 4.<sup>a</sup> del artículo 9, ya que lo contrario supondría imputar al autor a título de dolo resultados que no han sido abarcados por el dolo.

En el caso de que se dé culpa en relación con la agravación prevista en el número 2.º del artículo 421 y dolo en el tipo básico de lesiones del artículo 420, debe tenerse en cuenta, según Boix Reig<sup>92</sup>, que no estamos ante dos delitos distintos, sino en una relación de tipo agravado-tipo básico, siendo de aplicación el esquema propio de la preterintencionalidad, reiterando la necesidad de que el resultado más grave no querido lo sea por imprudencia. Desde la perspectiva de encontrarnos ante una cuestión concursal, hay que situarse en el marco de la preterintencionalidad, dada la relación típica establecida entre los artículos 420 y 421, pues nos hallamos ante una misma figura delictiva de lesiones en sentido amplio<sup>93</sup>.

En el delito de lesiones cualificadas por el resultado no causado de propósito, previsto y penado en el artículo 421.2 del CP, Cobo del Rosal y Carbonell Mateu<sup>94</sup> afirman que la exclusión del binomio dolo/impru-

<sup>92</sup> Cfr. p. 114.

<sup>93</sup> En contra, ZUGALDIA estima que no es aplicable la atenuante 4.<sup>a</sup> del artículo 9 del CP en el delito de lesiones (binomio lesiones dolosas-resultado más grave que el querido por el autor), ya que al aplicar dicha circunstancia al binomio lesiones menos graves-lesiones graves, se lo trataría con mayor severidad que los casos de lesiones-homicidio, donde sí es aplicable el artículo 71 (cfr. pp. 62 y s.).

<sup>94</sup> COBO DEL ROSAL, en COBO DEL ROSAL, VIVES ANTÓN, BOIX REIG, ORTOS BERENGUER y CARBONELL MATEU, *Derecho Penal*, Parte Especial, 3.<sup>a</sup> edición, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1990, p. 606.

dencia; esto es, dolo respecto de la conducta de lesiones e imprudencia respecto del ulterior resultado más grave, no parece compatible con lo señalado en el artículo 1.º del CP ni con la más que criticable subsistencia de la circunstancia atenuante 4.ª del artículo 9.º, la preterintencionalidad. Por ello, parece necesario pronunciarse porque respecto del resultado de las lesiones, esto es, del ulterior resultado más grave, basta la culpa para que venga en aplicación el supuesto cualificado. Ciertamente, esto es rechazable desde el punto de vista del principio de culpabilidad; ello resulta sumamente criticable e, incluso, posiblemente anticonstitucional. La solución que proponen los citados autores es la desaparición del párrafo 2.º del artículo 1.º en su actual redacción, así como de la circunstancia de preterintencionalidad y, en fin, la supresión de la técnica de los delitos cualificados por el resultado. En todo caso, mantener la exigencia de dolo eventual puede ser la solución conforme al principio de conservación de las normas penales, si llegamos a la estimación de que la aquí defendida es incompatible con la constitucionalidad del precepto. Ahora bien, en este caso, advierten Cobo y Carbonell, habrá de hacerse extensivo a todos los delitos cualificados por el resultado que contenga el Código Penal.

Finalmente, Manzanares Samaniego propone, como alternativa a la aplicación de la atenuante 4.ª del artículo 9 a los casos de preterintencionalidad heterogénea, la tesis del concurso de leyes. Opinión contraria a la teoría dominante, tanto en la Doctrina como en la Jurisprudencia, que impone, a tenor del artículo 68 del CP vigente, que se sancione la infracción más gravemente penada, y al hacerlo lo verifica conminando con la pena en toda su extensión. A mi juicio, la tesis de Manzanares Samaniego no es correcta, porque en el caso de preterintencionalidad heterogénea, los «*hechos*» que la fundamentan, generalmente, el binomio «*lesiones dolosas-homicidio imprudente*», no son susceptibles de ser calificados «*con arreglo a dos o más preceptos de este Código*», tal y como exige el citado artículo 68 del CP, habida cuenta, por exigencia del principio de legalidad, de la ausencia de tipificación en nuestro Ordenamiento Jurídico Penal del llamado «*homicidio preterintencional*».

En este sentido, Mir Puig<sup>95</sup> sostiene que «*el que queriendo sólo lesionar cause la muerte de otro, deberá ser penado con arreglo al artículo 71 CP*», por existir concurso ideal de un delito doloso de lesiones

---

<sup>95</sup> Cfr. p. 314. Véase también, del mismo autor, «Preterintencionalidad y error tras la Reforma de 1983», en *1 Jornadas de Magistrados...*, op. cit., p. 104.

y un delito imprudente de homicidio —salvo que la muerte sea imprevisible, en cuyo caso sólo cabrá castigar las lesiones—. La atenuante 4.<sup>a</sup> del artículo 9 sólo puede apreciarse, según el citado autor, en delitos de gravedad resultante graduable en los cuales «*existe dolo*» pero éste no alcanza el grado máximo del mal causado y sí a un grado menor que basta también para realizar el tipo. También puede resultar útil el artículo 9.4.<sup>a</sup>, para casos de preterintencionalidad con «*dolo eventual*», en que el dolo no aparece como intención en sentido estricto.

Asimismo, tampoco sería admisible, a juicio de Mir Puig<sup>96</sup>, la línea iniciada por la STS de 17 de diciembre de 1958, consistente en apreciar «*sólo imprudencia*» en casos de preterintencionalidad. Ciertamente, esta tesis jurisprudencial olvida la existencia de un hecho doloso inicial que no puede ser absorbido por la imprudencia respecto del resultado más grave; esto es claro cuando la pena correspondiente al hecho doloso es más grave que la señalada al evento culposo. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha aplicado la imprudencia en aquellos casos en que la desproporción entre el acto inicial doloso y el resultado preterintencional es manifiesta; *v. gr.*, Pedro con la intención de maltratar y no de lesionar, da una bofetada a Carlos con tan mala fortuna que éste pierde el equilibrio, cae de espaldas y se desnuda, muriendo en el acto. En este supuesto, nuestro Alto Tribunal califica el hecho de preterintencionalidad heterogénea y castiga por homicidio imprudente con la atenuante de preterintencionalidad 4.<sup>a</sup> del artículo 9 del CP, cuando, en realidad, se dan todos los requisitos legales para la apreciación del caso fortuito previsto en el artículo 6 bis b).

Por consiguiente, si el hecho se causa por mero accidente, sin que pueda establecerse una relación de causalidad adecuada entre la acción de Pedro y el resultado, no de la acción, en sí misma considerada, totalmente inadecuada para producir el evento no querido; si, tampoco se le puede imputar objetivamente dicha muerte a Pedro en base a las teorías del «*incremento del riesgo*» o del «*fin de protección de la norma*», y, si, por fin, no puede afirmarse la «*responsabilidad subjetiva*» de Pedro, a título de dolo o culpa habrá que estimar el resultado preterintencional como «*fortuito*» y, por tanto, no será punible<sup>97</sup>.

<sup>96</sup> MIR PUIG, *Derecho...* *op. cit.*, p. 315.

<sup>97</sup> En el sentido del texto, MIR PUIG afirma que se trata de casos en que el resultado era ya imprevisible y por tanto falta la imprudencia. Apreciar entonces ésta supone una inadmisibles reaparición, bajo otra forma, del *versari in re illicita*, que ha pretendido expresamente expulsar del Código la Reforma de 1983 (véase *supra*, nota 96).

La apreciación de la circunstancia cuarta del artículo 9 del CP a los supuestos de «*preterintencionalidad homogénea*» no representa, según Maqueda Abreu<sup>98</sup>, una aproximación a las exigencias del «*principio de culpabilidad*» —que de ninguna manera exige que se castigue a nadie (aunque sea con pena atenuada) por un resultado no querido—, sino un cómodo expediente para burlarlas que puede y debe ser evitado. En cuanto a la «*preterintencionalidad heterogénea*», la STS de 17 de febrero de 1986 (A. 909) adoptó por vez primera una actitud crítica, calificando de «aberrante» la «situación a que podía dar lugar el que se imputase a título de dolo un resultado en relación de causalidad material con la inicial acción del agente, pero no querido por éste...», y de «no menos aberrante» —cuando el resultado era de muerte— el «graduar» lo que en sí es indivisible como es la intención de matar, que existe o no existe, se tiene o no se tiene, pero que no es susceptible de fraccionamiento...»<sup>99</sup>.

Por consiguiente, la tesis dominante es, a juicio de Maqueda Abreu<sup>100</sup>, la más genérica del artículo 71, que sanciona los casos en que «*un solo hecho* (conducta lesiva consistente en, *v. gr.*, golpes y patadas; una constricción del cuello; un ladrillazo; un puñetazo, etc.) *constituye dos o más delitos*», tal como lesiones dolosas —intentadas o consumadas— y homicidio culposo consumado; solución ésta dogmáticamente más correcta que ocasionalmente puede ceder en beneficio de otras más favorables para el reo —cuando, *v. gr.*, las lesiones sean sólo constitutivas de falta— como la sola calificación de la muerte imprudentemente producida, que consumiría así a las leves lesiones iniciales, o, en su caso, la misma punición separada de los delitos, si así se obtiene una pena menor, a tenor de lo señalado en los párrafos segundo y tercero del referido artículo 71.

Finalmente, Alonso Álamo<sup>101</sup> afirma que en la llamada preterintencionalidad homogénea, la aplicación de la atenuante, en vigor tras la Reforma de 1983, se limite a los delitos de resultado graduable y, en conexión con ello, no pueda recurrirse a la misma para el tratamiento del mal llamado homicidio preterintencional. En efecto, si la *ratio legis* de la mencionada Reforma es consagrar la vigencia del principio de culpabilidad, la supresión del artículo 50 del CP no debe implicar en absoluto

<sup>98</sup> MAQUEDA ABREU, «El principio de responsabilidad subjetiva: Su progresiva influencia en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la Reforma del Código Penal de 25 de junio de 1983», en *CPC*, n.º 31, 1987, p. 205.

<sup>99</sup> STS citada por MAQUEDA, *cfr.* pp. 207 y s.

<sup>100</sup> *Cfr.* pp. 217 y s.

<sup>101</sup> *Cfr.* pp. 1.063 y ss.

una indeseable ampliación de los límites de la atenuante de preterintencionalidad del artículo 9, circunstancia 4.<sup>a</sup>.

Por lo que se refiere a la preterintencionalidad heterogénea, las dificultades que suscitaba la aplicación del derogado artículo 50 deberán ser afrontadas en el futuro también por todos aquellos que sostenemos que el homicidio preterintencional debe regularse por el concurso ideal de delitos previsto en el primer inciso del párrafo primero del artículo 71 del CP, pues ello presupone conocer qué lesiones orgánicas se han producido *de facto* o se hubieran podido producir, en abstracto, o, en su caso, lo que es más difícil, la duración hipotética de las lesiones de no haber sobrevenido la muerte; problema particularmente grave en el supuesto de que la acción dolosa inicial tendente a lesionar, produzca inmediatamente la muerte.

## VI. SISTEMAS DE TRATAMIENTO DE LA PRETERINTENCIONALIDAD

El tratamiento penal de la preterintencionalidad responde, básicamente, a los sistemas que, a continuación, señalamos:

### a) Sistema del *numerus apertus*

Consiste en la introducción, dentro de la Parte General, de una fórmula de punición de la preterintencionalidad aplicable a todos los casos posibles en la práctica. Era el sistema seguido por el Código Penal español vigente, antes de la Reforma Urgente y Parcial, operada por la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983.

### b) Sistema del *numerus clausus*

En su virtud, se introduce también, dentro de la Parte General, la fórmula conceptual de la preterintencionalidad, pero limitando su aplicación a determinados casos mediante la cláusula de que «*nadie será sancionado por delito preterintencional, sino en los casos específicamente señalados como tal delito preterintencional en la Parte Especial del mismo Código*», de tal suerte que en aquellos casos en que el delito preterintencional esté tipificado se aplicará al mismo la pena específicamente señalada a aquél, como figura unitaria.

En otros supuestos, la pena se aplicará conforme a las normas generales que resulten del análisis de su composición, en función de sus elementos constitutivos; a saber, el dolo y la culpa, o bien el dolo y el caso, que integran el delito preterintencional.

c) Sistema del *principio de culpabilidad*

Se basa en el tratamiento penal de la preterintencionalidad conforme a las exigencias del principio de culpabilidad. Este sistema es el más adecuado, tanto desde un punto de vista político-criminal como a tenor de los principios informadores de una correcta técnica penal. En efecto, ya la Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica de 1983 proclamó:

«La necesidad de satisfacer las más apremiantes exigencias de un Derecho Penal ajustado al Estado de Derecho y, por lo tanto, asentado en las garantías del llamado principio de culpabilidad y el de concreción al hecho. Tales principios, hoy ajenos a nuestro Ordenamiento punitivo, anclado aún en los criterios de determinación de la responsabilidad penal propios del pasado siglo, no pueden ver tampoco retardada su incorporación al Derecho positivo, máxime teniendo en cuenta que no plantean problemas de adecuación al aún vigente Código, ya que entrañan especialmente la posibilidad, hoy inexistente, de que los tribunales dispongan de principios positivos que permitan avanzar en la individualización de la responsabilidad criminal en el marco de las garantías antes mencionadas.»

## VII. LA PRETERINTENCIONALIDAD EN EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DEL CÓDIGO PENAL DE 1992

El Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992 (en adelante, PLOCP), igual que sus antecesores de 1980 y 1983, no contempla, expresamente, la preterintencionalidad entre las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal (art. 21 del PLOCP), porque, según la Exposición de Motivos, se trata de una circunstancia atenuante, «superflua o perturbadora».

En verdad, por lo que se refiere a la preterintencionalidad, su exclusión se vincula a la «obligación programática» de evitar toda infracción

al principio de culpabilidad, garantía nuclear del sistema penal propio de Estado social y democrático de Derecho, que exige la proscripción de cualquier forma de responsabilidad objetiva, como ya sucede en el Código vigente desde la Reforma de 1983 y ahora subraya la mencionada Exposición de Motivos.

Consecuentemente, se consagra el «principio de culpabilidad» (art. 3: «No hay pena sin dolo o imprudencia») y, conforme a la técnica común a los derechos positivos de nuestra vecindad cultural jurídica, se «adopta la expresa punición de los actos imprudentes», de tal modo que «el que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a tres años», según dispone el artículo 148 del PLOCP.

Ciertamente, el Proyecto de 1992 avanza en la línea marcada por la Reforma de 1983, que modificó el texto del artículo 1.º del actual Código Penal con el fin de «sentar el principio básico para desterrar de nuestro sistema punitivo la responsabilidad objetiva y todas sus manifestaciones. La exigencia del dolo o culpa como únicos fundamentos de responsabilidad penal se juzga, por consiguiente, como inaplazable», según la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal.

Por otra parte, el citado PLOCP se inspira en esta materia, básicamente, en la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983, artículos 3, 23 y 156; y en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980, artículos 3 y 27, aunque las «Disposiciones Comunes» a los «Delitos contra la vida e integridad personal», reguladas en este último Proyecto, configuran, expresamente, la preterintencionalidad, homogénea y heterogénea, en los términos siguientes:

«El que, con actos dirigidos a producir una lesión, causare la muerte del lesionado o una lesión más grave que la querida por el culpable, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondería si el resultado hubiere sido causado dolosamente.» (art. 173).