

COLABORACIÓN EN EL LIBRO-HOMENAJE A JULIÁN PEREDA, S.J.*

* Este artículo apareció en *Estudios Penales. Libro-Homenaje a Julián Pereda, S.J.*, compilado por Antonio BERISTAIN, Universidad de Deusto, Bilbao, 1965, pp. 669-681. Varios profesores del Instituto Vasco de Criminología me han pedido, por múltiples motivos, que lo introduzca en esta colección de publicaciones del impar Magistrado y Maestro Enrique RUIZ VADILLO. Lo hago con sumo gusto, pues recuerdo con satisfacción la respuesta tan generosa que me formuló cuando le pedí esta colaboración suya.

DESVIACIONES AL PRINCIPIO “NO HAY PENA SIN CULPABILIDAD” EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Para que una persona pueda ser castigada con una pena por un hecho delictivo es necesario que sea culpable¹. He aquí uno de los principios básicos del Derecho Penal cuyo mantenimiento ha de ser tarea ineludible para cuantos creemos que su existencia forma parte integrante del orden jurídico que ha de garantizar la Justicia, la seguridad y el bien común. Estos principios cumplen una doble función, una directa, de inmediata eficacia y otra indirecta de valor simbólico. Cuando se conculcan pierden su vigencia, aunque sea ocasional, y pierden –lo que puede ser más importante– su categoría de principio y símbolo; por eso aun en aquellos casos en que con la aplicación de ese principio rector, o sin su aplicación, se obtenga la misma consecuencia práctica no es indiferente que esta consecuencia se extraiga del recto y ortodoxo camino de aquel principio básico o de otros que supongan violación, desviación o desconocimiento del mismo.

1. La culpabilidad es uno de los elementos esenciales de la responsabilidad y constituye uno de los capítulos fundamentales de la teoría jurídica del delito. (Puig Peña: *Derecho Penal* tomo I, 1944; pág. 287). En igual sentido en sucesivas ediciones.

Carrara definió el delito como “la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso”. Dice Sánchez Tejerina, a) que las dos últimas frases hacen de esta definición, entre las de tipo legalista, la mejor.

a) *Derecho Penal español*. Tomo I. 1947, pág. 162.

Al hablar de culpabilidad Del Rosal, (a) dice que forma este elemento la vértebra del delito.

a) *Lecciones de Derecho Penal*. 1954, pág. 327. Seelig, (a) dice que el Derecho Penal moderno sigue ciertamente el principio de la culpabilidad del acto, pero no apoya el reproche de culpabilidad sólo en el actual suceder anímico del acto, sino también en la cualidad de la personalidad del autor que le inclina a él.

a) *Tratado de Criminología*. Traducción y notas de José M^º Rodríguez Devesa. Madrid, 1958, pág. 6. Covarrubias, (a) vio, como buen moralista, que sin voluntad no puede haber pecado y saca como consecuencia que tampoco delito, que la voluntad es la que especifica los delitos.

a) Julián Pereda. “Covarrubias penalista”. Bilbao, pág. 14.

El Derecho Penal², ha de ser un derecho de culpabilidad y sólo sobre la presencia de un sujeto imputable y adecuadamente culpable puede configurarse la imposición de la pena, anudada legislativamente a un hecho delictivo. La seguridad social exigirá la imposición de medidas de seguridad a aquellos sujetos cuya libertad o absoluta libertad resulte incompatible con la paz y la tranquilidad comunitaria, aunque sean inimputables, pero jamás podrá imponérseles una pena. Y aunque quienes creen, equivocadamente, que los juristas nos movemos frecuentemente en una red de intrincadas entelequias y circunloquios, vean en esta postura una reafirmación de su creencia, es absolutamente trascendental la diferencia. A unos y otros, delinquentes y enfermos, se les priva de libertad, pero ni moral ni materialmente se identifican la pena y la medida de seguridad. La pena, con todo el sentido de regeneración que ha de impulsarla, ha de ser expiacionista, dolorosa; la medida ha de procurar simplemente la seguridad de la convivencia haciéndola compatible con la curación del sometido a ella y aun con su propio bienestar. Detrás de la pena hay siempre un delincuente, detrás de la medida hay simplemente un sujeto peligroso.

La culpabilidad, dijo Pío XII³, sitúa los límites fronterizos entre la justicia propiamente dicha y las medidas administrativas de seguridad. El Derecho Penal es, en su naturaleza íntima, una reacción del orden jurídico contra el delincuente, presuponiendo un vínculo causal entre éste y aquél, vínculo causal que debe ser establecido en base a la culpabilidad.

Este es nuestro punto de partida: la pena sólo debe imponerse a un sujeto culpable, adecuadamente culpable. Por eso cuando condenamos como homicida preterintencional a un individuo que no ha tenido intención de matar, –la intención de matar es ingraduable, única, sin matices– estamos despreciando ese principio básico; condenamos por homicidio a un hombre que no es adecuadamente culpable y a pesar de que la circunstancia atenuante nº 4 del art. 9º C.p. apreciada como muy cualificada⁴, reduzca la pena en términos muy considerables, incluso aunque se redujera más aún que si se utilizara el camino jurídicamente adecuado, seguiría flotando la grave incorrección cometida por no haber mantenido la aplicación de uno de los principios más elementales y básicos del Derecho Penal⁵.

2. Enrique Ruiz Vadillo. "La criminalidad mentalmente anormal". Comunicación al XI Curso Internacional de Criminología. Universidad de Madrid. 1961-62, pág. 597 y ss.

3. Discurso de S.S. Pío XII al VI Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, en 3-X-1953. A.D.P. y C.P., Tomo VI, fasc. III, pág. 446.

4. Art. 61. C.p., nº 5: Cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada y no concurra agravante alguna, los Tribunales podrán imponer la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en el grado que estimen pertinente, según la entidad y número de dichas circunstancias.

5. Hace muy pocos días se calificó en la Fiscalía de la Audiencia de Bilbao una causa cuyos hechos, en síntesis, eran éstos: el procesado –un muchacho joven– empujó levemente a un amigo en el curso de una pequeña reyerta, teniendo este último la fatalidad de resbalar y caer rodando, aunque sin presentar, en un primer momento, síntoma alguno de gravedad. A pesar de ello el procesado, apesadumbrado por lo sucedido, se apresuró a buscar un vehículo y trasladar a su amigo –que se negaba a ello– al Hospital en el que, a consecuencia de una hemorragia cerebral interna, falleció. Los hechos se calificaron de delito de homicidio del art. 407 con las circunstancias atenuantes nº 4 –preterintencionalidad– y 9 –arrepentimiento–, como cualifi-

sistencia, dentro y fuera de España, en conservar estas figuras que la doctrina proscribiera, representa algo más que una terca obstinación, que la vida muestra que determinadas conductas delictivas traen aparejados, de ordinario, resultados más graves que los inmediatamente propugnados por el agente... Pero como el mismo Profesor Rodríguez Devesa señala, existen otros caminos más adecuados para luchar contra estas modalidades delictivas de indudable peligrosidad y trascendencia.

Jiménez Asenjo¹², señala otra dificultad: "Jamás el hombre podrá penetrar en el hombre y siempre será la conciencia, su conciencia, una incógnita llena de muchas obscuridades de difícil o imposible captación". Pero estas limitaciones son consecuencia de la propia limitación de la naturaleza humana y yo creo que aunque el Juez pudiera conseguir que el delincuente abriera su alma para penetrar en ella, seguiría sin conocerla porque el alma humana es enormemente compleja y difícil de descubrir, pero aceptadas estas limitaciones, presupuesto que la justicia que damos los hombres es relativa y falible, debemos acercarnos con humildad, sí, pero con decisión a la búsqueda del ideal de la justicia divina. A mí no me extraña que un fiscal o un juez dude y se inquiete antes de mantener una acusación o de condenar por homicidio frustrado porque la línea que separa el delito de lesiones del homicidio en grado de frustración es la línea sutil y a veces casi imperceptible de una distinta intencionalidad. Esto es lógico y es jurídico porque es humano, lo que quiero decir es que cuando el Juez, por la apreciación de todas las circunstancias objetivas y subjetivas da como hecho probado que no existía intención de matar, es atentatorio a la lógica, al orden y a la Justicia que tenga que condenar por homicidio doloso. No es al difícil proceso que ha de seguir el Juez para descubrir o intentar descubrir la verdad al que nos referimos, que siempre tendrá que ser difícil, sino a las consecuencias jurídicas que, presupuesto ese descubrimiento, se obtengan.

Por eso dice Mezger¹³, que no es correcto decir que el Derecho Penal vigente haya dado realidad sin restricciones al principio de que no hay pena sin culpabilidad. No hemos progresado, sigue diciendo, en modo alguno hasta tan brillante extremo, y si Beling, con razón, ve en toda pena sin culpabilidad un vestigio de incultura, es preciso reconocer, con toda franqueza, que más de un vestigio de incultura alienta en nuestro Derecho Positivo.

Es enormemente significativa, en este orden de cosas, la lectura de la Base 7ª del art. 1º, del Proyecto de 4 de julio de 1961 para la revisión del C.p. que desgraciadamente no prosperó en las Cortes. Decía así: "En el art. 348 y en el párr. último de los arts. 411 y 488 se sustituirá la mera agravación por el resultado muerte o lesión como base de la penalidad por la exigencia de que medie, al menos, imprudencia respecto al mal producido. Las penalidades serán adecuadas en consecuencia".

No obstante la existencia de importantes manifestaciones en nuestro Derecho Penal de responsabilidad objetiva total o parcialmente considerada, entiendo que al aplicarse el código se han ensanchado, tal vez un poco inconscientemente; por lo cual

12. E. Jiménez Asenjo. Artículo cit.

13. Cit. por el P. Pereda, S.J., "Vestigios...", ob.cit. V. Adolfo de Miguel Garcilópez. "Panorama de la culpabilidad en la dogmática penal". A.D.P. y C. P., tomo V, fasc. 1, pág. 46; Cerezo Mir: "Lo injusto en los delitos dolosos en el Derecho penal español". A.D.P. y C.P., tomo XIV, fasc. 1, pág. 55. Y las obras de Quintano Ripollés y Díaz Palos entre otras.

y hasta tanto un nuevo texto penal radie para siempre estos vestigios, debemos intentar reducir al mínimo su existencia, mediante una aplicación correctora, hasta donde sea posible, de nuestro código punitivo.

Con la única finalidad de poner de relieve, una vez más, estas manifestaciones y sumarme, modestamente, a quienes con tan autorizada voz, como el ilustre penalista P. Pereda, lo han hecho con mayor autoridad y mejores argumentos, reduciré a esquema estos supuestos y expondré finalmente la que, a mi juicio, puede ser solución parcial y provisional al problema que cada caso presenta:

1. Supuestos de sanción para hechos en los que puede no existir culpabilidad: Robo con homicidio (art. 501 C.p.).

2. Supuestos de sanción basados en una culpabilidad dolosa principal que entraña una presunción *iuris et de iure* de culpabilidad culposa para otra accesoria, aunque sea de mayor gravedad. Aborto con muerte o lesiones (art. 411 C.p.).

3. Supuestos de responsabilidad, basados en una culpabilidad genérica que se agrava por el resultado. Abandono de menores, delito contra la salud pública, raptó (arts. 488, 348 y 442 C.p.).

4. Supuestos de responsabilidad basados en una culpabilidad adecuada pero cuya sanción se configura por el resultado. Lesiones (art. 420 y ss. C.p.).

5. Supuestos en los que con una culpabilidad específica inicial se arrastra otra diferente, aunque con el correctivo de la preterintencionalidad (Construcción jurisprudencial del ámbito del pf. 3º del art. 1º; art. 9º circunstancia 4ª y art. 50 C.p.) y

6. Supuestos en los que la responsabilidad se basa en la existencia de un acto inicial ilícito, aunque la culpabilidad adecuada al resultado sea simplemente culposa (construcción jurisprudencial del delito de imprudencia, art. 565 C.p.). El problema tendrá un enfoque distinto cuando se trate de delitos de conducción temeraria o de conducción con culpa e infracción de reglamentos, con arreglo a la Ley de 24 de diciembre 1962¹⁴.

1. Robo con homicidio o lesiones.- En este caso se consume de manera total y absoluta la disociación pena-culpabilidad. El resultado muerte puede sobrevenir de manera absolutamente ajena a la voluntad del sujeto del delito de robo. El ladrón quiere robar pero no ha previsto ni ha podido prever otro resultado, a pesar de ello la muerte o las lesiones se producen y entonces aparece este delito complejo en el que se hace, jurídicamente hablando, responsable de la muerte a quien no quiso otra cosa que robar. Sería correcto hablar de delito complejo cuando el delito contra las personas fuese medio para el que va a cometerse contra la propiedad o modo de buscarse su impunidad, y entonces puede aceptarse la imposición de una pena tan grave como exija una justa política criminal, pero no debe subsistir esta figura penal tal y como está concebida por el legislador al contradecir el más elemental de los postulados jurídico-punitivos. Delito doloso de homicidio o de lesiones más delito de robo, cuando el primero es medio de consecución o forma de encubrimiento, no es desde luego igual a la suma de ambas infracciones, sino algo mucho más grave, por ser más antijurídico y

14. Enrique Ruiz Vadillo. "Graduación judicial de la pena en la nueva ley del automóvil". Comunicación presentada al Curso Internacional de Derecho de la Circulación. Madrid. Marzo, 1963.

más culpable, pero un delito de robo al que se une un hecho de muerte o lesiones (con motivo u ocasión dice el art. 501 C.p.) no debe merecer ningún reproche especial si estos últimos resultados no pueden atribuirse a título de dolo o culpa.

Si la palabra motivo tiene o exige una cierta relación causal subjetiva, la expresión "con ocasión" es tan amplia y tan absoluta que con ella se consagra un auténtico supuesto de responsabilidad por el resultado, sin que pueda el Tribunal Supremo hacer ninguna interpretación humanizadora del referido precepto por impedirlo la forma tan clara de estar redactado¹⁵.

2. Aborto con muerte o lesiones.- Dice Quintano Ripollés¹⁶ que en esta figura la antijuridicidad propia del aborto, radicante en el ánimo feticida, desaparece, por así decirlo, para dar nacimiento a un nuevo dolo calificado por algunos como dolo eventual aunque en realidad se atiende más al resultado que al evento.

Como sabemos la jurisprudencia anterior al C.p. de 1932 fue muy contradictoria y a veces calificó los hechos de aborto doloso y homicidio culposo (Ss. 5 junio 1925, 17 diciembre 1932). El citado C.p. 1932 (art. 417) exigió, con evidente acierto, la imprudencia con respecto al resultado muerte. El C.p. vigente, con el precedente de la Ley de 1941, estableció esta figura como una modalidad de delito cualificado por el resultado, sin que pueda aceptarse, atendida su construcción legal, el calificativo de dolo eventual.

Rodríguez Devesa¹⁷ las considera como figuras cualificadas por el resultado. La falta de exigencia de culpabilidad respecto al resultado más grave que cualifica, obliga, dice, a buscar una limitación a través de la causalidad adecuada, pues con la teoría de la equivalencia de las condiciones no es posible, a diferencia de lo que ocurre con otros delitos, corregir más tarde por medio de la culpabilidad una desmesurada aplicación del tipo.

Se parte evidentemente del hecho de que el sujeto del delito no quiere la muerte. Si la quisiera se trataría de: una acción única con dos propósitos criminales y dos resultados; un homicidio doloso (asesinato o parricidio) y un aborto doloso¹⁸, en concurso ideal¹⁹. Luego nos quedan dos hipótesis: A) Aborto doloso más homicidio culposo. B) Aborto doloso más homicidio fortuito. El hecho de equiparar ambas situaciones constituye un evidente error legislativo más importante aún que la gravedad de la pena impuesta que es, desde luego, inferior a la que hubiera correspondido si el resultado hubiera sido perseguido intencionadamente. En efecto, si se persigue la muerte de la madre y la destrucción del producto de la concepción, la calificación correcta sería la de delito de asesinato²⁰, parricidio u homicidio (arts. 406, 405, 407) y otro de aborto

15. José M^a Rodríguez Devesa. "Contribución al robo con homicidio". A.D.P. y C.P., Tomo XI, fasc. 3, pág. 507.

16. A. Quintano Ripollés. *Comentarios al Código penal*. II, pág. 244.

17. Ob. Cit. Págs. 73 y ss.

18. V.S. 24 enero 1948.

19. V. Art. 119-3 del Código penal suizo.

20. El mismo argumento utiliza la doctrina para mantener que la figura que contempla el legislador penal en el art. 409 C.p. -auxilio al suicidio- es un homicidio privilegiado. La muerte dolosa del suicida -prescindiendo del móvil, que es en cualquier caso perfectamente compatible con el dolo- sería siempre un asesinato (existiría alevosía y generalmente premeditación). Lo mismo en el caso de la muerte de la mujer embarazada.

del art. 411 en concurso ideal, correspondiendo imponer la pena del delito más grave –asesinato o parricidio– reclusión mayor: homicidio –reclusión menor– en su grado máximo hasta el límite que represente la suma de las que pudieran imponerse penando separadamente ambos delitos (art. 71 pf. 1 y 2). Como la pena así computada (26 años, 8 meses y 1 día) art. 406 y regla 2ª art.61; (17 años, 4 meses y 1 día), –art. 407 en el caso de asesinato u homicidio respectivamente– excede de este límite se sancionarian los dos delitos por separado (art. 71 pf. 3ª) y entonces tendríamos: asesinato y aborto = Reclusión mayor + Prisión mayor o menor (art. 411 nº 1 ó 2 según los casos). Homicidio y aborto = Reclusión menor + Prisión mayor o menor.

A mi juicio la solución estaría en suprimir estos preceptos complejos y dejar que el Código penal, sin ellos, se aplicara normalmente a través de las llamadas formas mixtas de culpabilidad, capaces de resolver con adecuada técnica y justicia todas las situaciones por difíciles que éstas parezcan. Si al practicar un aborto se produce la muerte de la madre, si hay en este último resultado culpabilidad culposa se calificará de imprudencia, si ni siquiera esta forma de culpabilidad existe estaremos en presencia de un caso fortuito en cuanto a la muerte (arts. 1 y 565 C.p.). A ello parece oponerse el art. 8, nº 8, a *contrario sensu*. Pero aun con él, exigiéndose una relación de causalidad adecuada, como obligada frontera a la proyección del delito con los acontecimientos fortuitos, puede superarse esta dificultad.

3. En estos casos hay un hecho –abandonar a un menor, expender o fabricar sustancias nocivas para la salud, raptar a una mujer– una culpabilidad y una pena. Pero si el niño abandonado muere o la persona que ingirió aquellas sustancias fallece, o la raptada no aparece, ni se da de su paradero explicación satisfactoria, se impone una pena superior. A mi juicio establecer una presunción *iuris tantum* de imprudencia en la muerte (descartada la culpabilidad dolosa en cuanto al resultado muerte por iguales razones a las ya apuntadas) sería lo menos incorrecto, si algún reforzamiento a la pena que normalmente correspondería quiere conseguirse, situándonos entonces en la zona del dolo eventual²¹.

Rodríguez Devesa²², entiende que se trata de una cualificación por el resultado muerte. La vida del niño sobrevenida a consecuencia de un abandono que previamente ha puesto en peligro su vida es una cualificación por el resultado. Esto quiere decir, continúa, que no es preciso que la culpabilidad abarque este resultado. Puede ocurrir, incluso, que falte toda referencia de culpabilidad a ese resultado. Basta una mera relación de causalidad (adecuada).

21. El problema se complica en el art. 442 C.p. en el cual la muerte es una simple presunción legal, imponiéndose la pena de reclusión mayor. A mi juicio pueden presentarse estos casos:

a) Que posteriormente se compruebe que el raptor mató a la raptada. En este supuesto: ¿La sentencia dictada en un proceso penal por rapto, en el que se concede un amplio poder dispositivo, casi absoluto, a los particulares, cubre la situación de muerte real –asesinato, homicidio– de la raptada? Si lo cubre resulta o puede resultar un privilegio injustificado, si no lo cubre una doble punición también injustificada.

b) Que aparezca la raptada, después de dictada sentencia condenatoria, en base al precepto penal citado. ¿Cabe un recurso de revisión? Téngase en cuenta que la razón legal de la agravación no es la muerte presunta sino el simple hecho, con valoración penal, de no dar razón del paradero o explicación satisfactoria sobre su muerte.

22. Ob. cit. pág. 88.

En cuanto al art. 348 dice Quintano²³, que sigue ostentando –después de la reforma– su ambigua naturaleza de responsabilidad objetiva de versari y dolo eventual, determinado por el desarrollo de la causalidad material escasamente acorde con las tendencias doctrinales reinantes en la materia.

4. El delito de lesiones, prescindimos de los arts. 418 y 419 C.p., está configurado en el código sobre la base de una acción con una intención genérica de “lesionar” y un resultado: lesión. La pena viene luego determinada por la categoría de la lesión que a su vez en la mayor parte de los casos se fija por el número de días de incapacitación para el trabajo habitual o de enfermedad (art. 420), o asistencia facultativa (art. 422).

Entiendo, y así lo expuse en otra ocasión²⁴, que esta regulación es arcaica e injusta. Los antibióticos hacen hoy curar en muy pocos días lesiones muy graves y, sin embargo, si no se pueden aplicar o se trata por ejemplo de la extracción de una pieza dentaria, una lesión muy leve médicamente considerada se transforma por aplicación del Código penal en una lesión grave. A mi juicio podría ser una solución la de calificar las lesiones en muy graves, graves, menos graves o leves según sus características, prescindiendo del tiempo que tardan en curar o del tiempo que inhabilitan para el trabajo. Todo ello naturalmente sin perjuicio de las consecuencias civiles del delito que han de cubrirse incondicionalmente²⁵.

Dice Rodríguez Devesa²⁶, que la índole de las conductas que se castigan en este capítulo obliga al empleo de una técnica muy diferente de la extremadamente casuística que utiliza nuestro código, únicamente justificable en un sistema de responsabilidad objetiva inadmisibles hoy. Por lo tanto no se puede hacer recaer el principal acento en el resultado con el detalle que refleja el código.

5. Preterintencionalidad. Ahora nos referimos al problema con el que encabeza-mos estas líneas. Existe una acción u omisión culpables y un resultado pero no una absoluta correspondencia entre una y otro. El Derecho Penal que ha de ser un Derecho Penal de acción, no de tipologías ni de sintomatología criminal, ha de exigir sin embargo, una relación de causalidad subjetiva adecuada entre la voluntad y el resultado y si el resultado fue más allá de la intención se ha de producir una atenuación de la responsabilidad criminal sobre la base de la circunstancia de preterintencionalidad. Es verdad que muchas veces es prácticamente imposible medir esta correspondencia: una persona riñe con otra, se golpean y resultan con lesiones que tardan en curar 42 y 100 días respectivamente. Hay que presumir, salvo prueba muy contundente en contrario, que efectivamente se da esa correspondencia; pero cuando esa prueba, por el camino que sea, se da y el Tribunal da como hecho probado que el mal causado fue

23. A. Quintano Ripollés. “Comentario a la reforma”. A.D.P. y C.P. tomo VII, fasc. 3, pág. 496.

24. Enrique Ruiz Vadillo. Contribución al estudio de la reforma del Código penal. Tesis doctoral que fue dirigida por el Prof. José M^a Rodríguez Devesa. Se publicó en Extracto en la *Revista de Derecho Judicial*, n^o 10.

25. Esta solución que yo propugnaba de convertir los tipos actuales en delitos de peligro de producción de resultados análogos a los que hoy alude la ley no le parece convincente al Prof. Rodríguez Devesa (a).

a.- *Derecho Penal Español. Parte Especial I*, págs. 128 y 129.

26. José M^a Rodríguez Devesa. Ob. y págs. citadas en el número anterior.

superior al que se quiso causar, entonces debe entrar en juego la atenuante con los efectos que el propio Tribunal le conceda en función de las circunstancias e intensidad concurrentes. Y esto en todos los delitos, cualesquiera que sea su naturaleza (salvo los que por su estructura no lo admitan, por ejemplo delitos formales: conducir sin habilitación legal, art. 3º de la ley de 9 de mayo de 1950), incluidos los delitos contra la propiedad porque si en ellos la Sala sentenciadora llega a la convicción de que se quisieron robar 400 ó 500 pesetas y se robaron diez mil debe aplicar la preterintencionalidad. Por ejemplo un muchacha de servicio sustrae con ánimo de lucro una sortija que cree de bisutería y resulta una auténtica alhaja. El T.S. ha venido sosteniendo que, por regla general, no cabe esta circunstancia en los delitos contra la propiedad²⁷, pero aparte de que no ha hecho sino establecer un criterio de generalidad, aceptando la excepción ("por regla general", "es muy difícil", etc. Expresiones suficientemente significativas), proyectando así una postura de admisibilidad que ha tenido realización práctica en una reciente sentencia.

Creo que en este sentido hay que distinguir dos aspectos. Procesal: dificultad de acreditar que el que se lleva dinero de una cartera o de una caja de caudales no quería llevarse tanto como se llevó. Sustantivo: cuando esta prueba se realice no hay ninguna dificultad en aplicar la atenuante.

Pero la circunstancia 4ª del art. 9º contempla una situación de una acción maliciosa y un resultado adecuado, pero excesivo. Nada más, por eso con una intención o ánimo de robar no puede construirse un resultado de desacato o con una intención de lesionar no puede configurarse un resultado de muerte. El art. 1º, pf. 3º contiene una declaración general, sin inmediata efectividad. Esta efectividad se encuentra en dos vertientes: igual delito pero con consecuencias superiores a las queridas (preterintencionalidad, art. 9º, circunstancia 4ª) y distintos delitos, uno querido y otro producido (art. 50). Y volvemos ahora al punto de partida; no es indiferente que por uno u otro camino se puedan obtener consecuencias prácticas análogas. Lo importante es aplicar una técnica adecuada, mantener unos principios rectores del ordenamiento, que no

27. S. 31 Mayo 1948: La circunstancia de preterintencionalidad no es aplicable -por regla general- en los delitos contra la propiedad.

Es muy difícil, dice la S. 20 diciembre 1950, se dé en los delitos contra la propiedad porque los autores conocen, de ordinario, al momento de la apropiación cuáles sean las cosas ajenas sustraídas y cuando se enteran, después, de la presencia de algo, que al instante de sustraer pasará inadvertido, extienden a ello su propósito delictivo y la afirmación de la Sala de instancia de que la autora del delito no creyó, al cometerlo, tuviese el objeto tan excesivo valor, es dato de impreciso alcance que no puede desplazar el propósito delictivo hacia sectores de responsabilidad inferior.

El grado de malicia o el alcance de la intención del sujeto activo del delito se revela y tiene que medirse por los resultados de sus acciones, a menos que ellos sean notoriamente inadecuados o normalmente ineficaces para producir el mal causado, criterio tan difícil como peligroso de aplicar a los infractores contra la propiedad. (S. 19 diciembre 1949).

Por regla general es inadecuada la aplicación de la circunstancia 4ª del art. 9 al delito de robo con homicidio en el que se determina su penalidad por el resultado material. (S. 7 diciembre de 1951). En este último caso la sentencia es confirmación de cuál es la naturaleza de este delito de robo con homicidio, examinada ya con anterioridad. Más explícita aún la sentencia de 14 de junio 1961: la preterintencionalidad es inadecuada a las infracciones de estructura eminentemente objetiva, como la del complejo con homicidio en que es dicho resultado el que lo caracteriza con independencia del propósito inicial del agente, pues esta dimensión causalista de resultado hace que el tipo ya se configure en cierto modo como preterintencional.

tengamos nunca que decir que un hombre mató sin tener intención de hacerlo y condenarle por homicidio doloso = querido, aunque aplicándole una atenuante de no haber tenido intención de producir un mal de tanta gravedad como el que produjo. Si no hubo intención de matar no puede haber delito doloso de homicidio.

Es verdad que para aplicar esta teoría que es muy vieja y muy repetida nos encontramos con el obstáculo de nuestra jurisprudencia²⁸, que reiteradísimamente ha declarado que en los delitos contra las personas sólo cabe aplicar el art. 50 cuando el daño recaiga en persona distinta de aquella que se quiso ofender²⁹. Pero la gran virtud de la jurisprudencia consiste en hacer compatible la flexibilidad de su doctrina con la garantía que su unidad representa para la sociedad y es de esperar que si los sectores más destacados doctrinalmente mantienen una postura unánime en este sentido porque así lo exija la justicia, el T.S. pueda replantearse tan trascendental problema y tal vez orientarle de manera distinta. Así ha venido actuando no sólo en el Derecho Penal sino también en el Derecho Civil en el que un código bueno pero antiguo ha servido de instrumento de constante actualización de sus instituciones.

Los autores en general, como dice Puig Peña³⁰, establecen en el delito preterintencional dos supuestos: 1) Que el exceso no haya sido previsto pero sí previsible. En este caso Carrara hablaba de supuesto mixto de dolo y culpa (dolo en cuanto al resultado previsto y culpa en cuanto al no previsto, pero previsible). La pena debe ser mayor que la correspondiente al resultado simplemente propuesto, pero no tanto como correspondería al resultado efectuado si todo él fuese doloso. 2) Que el exceso no sea previsible; si aplicamos sistemáticamente los principios generales de la culpabilidad no podemos hablar del castigo de la parte del resultado no previsible, pues no se puede imputar sino aquel resultado que ha entrado en la intención o previsión del agente, aunque en contra de este principio ideal sigue flotando el viejo aforismo del *versari in re illicita*.

El camino está, sin embargo, abierto a través del art. 50 C.p. que no impide, sino al contrario, establece que en los casos de divergencia entre delito querido y delito, —o hecho— producido, se aplique la pena del delito de menor gravedad en su grado máximo y nunca, como dice acertadamente el P. Pereda, la del homicidio doloso (por ejemplo una persona quiere injuriar dando una bofetada en público, pero al darla, la víctima cae y muere), como con frecuencia se hace contra la justicia y el sentido común³¹.

28. Silvela dice que se aplicará el art. 50 cuando el hecho intentado y el ejecutado sean dos delitos distintos y la atenuante cuando el hecho ejecutado merezca la misma calificación que el intentado, o sea cuando en realidad hay un solo delito aunque haya mayor gravedad por el exceso en el resultado.

S. 13 Nov. 1959: para que el art. 50 C.p. entre en juego en los delitos contra la integridad personal es preciso que el detrimento físico recaiga en persona distinta de la que se pretende ofender y además, como regla general, que conste la especie de delito que se había propuesto ejecutar el culpable.

29. Ss. 8 Julio 1914, 5 Enero 1944, 15 Oct. 1942, etc.

30. F. Puig Peña. *Ob. Cit.* tomo I, pág. 482.

31. P. Pereda S.J. "Vestigios..." ob. y pág. Cit. Cita las sentencias de 23 Nov. 1945, 20 Mayo 1945, 16 Junio 1949.

El delito es preterintencional cuando se forma por la concurrencia del dolo sobre el propósito y de la culpa sobre el resultado. (Anteproyecto del C.p. mejicano).

La aplicación de estas ideas nace, a mi juicio, del propio Código penal. No es necesario modificar el código para corregir esta incorrección. El art. 1º habla de acciones y omisiones voluntarias, estableciendo una presunción de voluntariedad. Por lo tanto si un hombre ataca a otro y le mata, en principio ha cometido un delito de homicidio del art. 407, porque ha realizado una acción = matar, castigada en el C.p., luego presuntamente voluntaria. Ahora bien si el Tribunal se convence –destrucción de esa presunción que admite prueba en contrario– que no hay voluntariedad o intención en la muerte, es absurdo que concluyamos diciendo que dolo de lesiones = muerte dolosa. Por ello, y seguimos aplicando el C.p., lo único que podemos afirmar es que aquel hombre, si actuó voluntariamente hacia el delito, incurrió en responsabilidad criminal, –pf. 3º art. 1–, y al buscar cuál sea en concreto esta responsabilidad aplicaremos el citado art. 50 y calificaremos jurídicamente los hechos diciendo: que se trata de un delito de injurias –o lesiones– dolosas de los arts... a consecuencia del cual se ha producido una muerte que, de mediar malicia, hubiera constituido otro delito de homicidio del art. 407.

Pero veamos que se ha dicho "a consecuencia" y utilizo esta palabra con un sentido social de adecuación: la muerte no fue querida pero fue consecuencia relativamente normal de la injuria o lesión, pudo y debió preverse... porque si ni siquiera puede hablarse de consecuencia en ese sentido social y jurídico, sino de simple causalidad material, entonces tal muerte debe quedar sin sanción penal de manera total y absoluta. (Insisto en que el problema del correctivo civil, de la reparación íntegra de los daños y perjuicios, es distinto).

Puede ser inconveniente para la viabilidad de esta postura la existencia del art. 8, nº 8 –caso fortuito– C.p. Pero como luego intentaré demostrar, también puede ser, y debe ser, superable esta dificultad.

6. Supuestos en los que la responsabilidad se basa en la existencia de un acto inicial ilícito, aunque la culpabilidad adecuada al resultado sea simplemente culposa. Pongamos un ejemplo: un individuo sin habilitación legal para conducir, manejando la dirección de un vehículo de motor, sin culpa ni intención mata a una persona que materialmente se echa encima del coche. En este caso se habrá cometido indiscutiblemente un delito del art. 3º de la ley de 9 de mayo de 1950, es decir con ocasión de ejecutar un acto ilícito –ilícito penal doloso– se ha producido una muerte. Al sujeto de este delito parece que no se le puede aplicar la exención del caso fortuito por la redacción del cit. art. 8º, nº 8: El que con ocasión de ejecutar un acto ilícito... Falla, pues, esta primera exigencia. Pero tampoco podemos atribuirle la muerte a título de culpa, porque el T.S. ha declarado que en la imprudencia penal el acto inicial voluntario no malicioso tiene que ser lícito y permitido, pues si el acto es ilícito tendremos la malicia que, con relativa falta de intención, producirá o un delito preterintencional o la aplicación de la circunstancia cuarta. Consecuencia: aquella muerte es dolosa. Pero resulta que dolosa quiere decir voluntaria, –interpretación del art. 1º C.p.– y aquí se da como probado que no lo es. Contradicción que no puede conducir al absurdo de calificar este hecho como homicidio doloso.

Como dice Camargo Hernández³², el último avance en materia jurisprudencial se debe, sin duda alguna, a la promulgación de la ley de 9 de mayo de 1950 sobre uso y cir-

32. César Camargo Hernández. La ley de 9 de mayo de 1950 sobre uso y circulación de vehículos de motor y algunos de sus principales problemas. Véase en este interesante trabajo la evolución de nuestra jurisprudencia y los problemas por ella planteados. A.D.P. y C.P. tomo XV. fasc. 1, pág. 25.

culación de vehículos de motor, pudiéndose afortunadamente afirmar que en estos casos ya no es exigido por nuestra jurisprudencia el requisito de la licitud del acto originario para la apreciación del delito de imprudencia temeraria y sería de desear que se generalizase esta doctrina y que en otros supuestos no se siguiera exigiendo este requisito.

Superado este obstáculo –fundamental– y yo creo que lo está definitivamente, son muchísimas las sentencias de los Tribunales confirmadas por el Tribunal Supremo que condenando por el delito del art. 3º de la ley de 9 de mayo de 1950, conducir sin estar legalmente habilitado, absuelven por el delito de imprudencia del art. 565 (y téngase en cuenta que la carencia de legal habilitación para conducir representa no sólo una ilicitud penal sino una vehemente sospecha de impericia), o condenando por el delito del art. 3º ó 9º –hurto de uso– simultáneamente lo hacen por otro delito de imprudencia), debemos continuar en esta línea y romper totalmente con la vieja interpretación de los arts. 8º, nº 8 y 565 exigiendo en el primero –a contrario sensu– una causación adecuada social y jurídicamente (el art. 8º, nº 8 ni se aplica ni se deja de aplicar cuando el resultado: muerte, lesión, etc., no tiene relación adecuada con el acto inicial ilícito) y en el segundo limitándonos a aplicar el C.p. sin añadidos ni exigencias complementarias que no están en la ley³³.

Como conclusión creo que puede mantenerse que el Código penal español no presenta en la parte general obstáculos insuperables para hacer realidad el principio de que la pena presupone una culpabilidad adecuada y que algunas de estas dificultades han nacido de una interpretación que, naturalmente, admite rectificación, prácticamente ya iniciada.

Sí los presenta en la Parte especial, en la que están tipificadas figuras de auténtica responsabilidad por el resultado, de imposible corrección por la vía interpretativa.

Nuestra lucha por la Justicia ha de tener cada vez más sus raíces en el Derecho Natural, paralelo al recto sentido común y a nuestra inquietud de hombres dedicados al Derecho. Todos debemos poner el máximo empeño en conseguir la reforma del Código penal en esos extremos que contradicen principios sustanciales del ordenamiento jurídico y mientras tanto debemos intentar hacer más humana y por ello más jurídica su aplicación.

Sea ésta mi modesta y sencilla forma de adherirme al homenaje que se tributa al P. Pereda que ha sabido conjugar un profundo y auténtico humanismo con la mejor técnica jurídico-penal. Su doctrina mantenida en tantas ocasiones en orden a los problemas aquí tratados ha de ser nuestra mejor guía en orden a una próxima y deseada reforma penal.

33. La técnica de incriminación penal de las conductas imprudentes con motivo de la circulación y la correspondiente aplicación de las penas será distinta cuando entre en vigor la ley de 24 de diciembre de 1962, sobre uso y circulación de vehículos de motor. V. arts. 2, 3 y 12.

A.D.P. y C.P. = *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*.