

La atenuante de preterintencionalidad

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO
Catedrático de Derecho Penal
en la Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. Concepto y configuración legal de la preterintencionalidad. El «versari in re illicita».—II. Estructura de la preterintencionalidad. Elementos. 1. Homogeneidad de bienes. 2. Actuación inicial dolosa y resultado cuya gravedad sobrepasa a la intención. A) La intención inicial y su prueba. B) El resultado preterintencional como daño material. C) El resultado preterintencional como evento imprudente o fortuito. 3. Relación de causalidad entre la conducta inicial dolosa y el resultado preterintencional. Límite de la responsabilidad en los supuestos de preterintencionalidad.—III. Las respectivas esferas de aplicación de los artículos 50 y 9, cuarta. 1. La fórmula de Silvela. 2. La interpretación jurisprudencial. A) Lesiones seguidas de muerte calificadas como delito doloso de homicidio con la atenuante de preterintencionalidad. B) Lesiones dolosas seguidas de muerte, castigadas como homicidio culposo. 3. Interpretación restrictiva de ambos preceptos. A) Causas por las cuales la fórmula de Silvela origina resultados injustos. B) Posibilidad de evitar los resultados injustos a que conduce la fórmula de Silvela en su versión originaria. a) Las nociones de «delito distinto» y «mismo delito». b) Delitos «más allá de la intención» y delitos «fuera de la intención».

I. CONCEPTO Y CONFIGURACION LEGAL DE LA PRETERINTENCIONALIDAD.—EL «VERSARI IN RE ILLICITA»

El apartado cuarto del artículo 9 del Código penal considera circunstancia atenuante «la de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo». Se la denomina usualmente por jurisprudencia y comentaristas atenuante de *preterintencionalidad*.

Se habla de preterintencionalidad cuando la intención del sujeto es superada por el resultado producido. La preterintención es un caso de incongruencia entre los aspectos objetivo y subjetivo del hecho. Entraña un *plus effectum*, que va más allá («*praeter*») de la intención (1). El

(1) S. 21 octubre 1952.

lado objetivo del hecho desborda al subjetivo (2). Es, pues, en cierto modo, un caso de incongruencia inverso al que se da en la tentativa, en cuyo marco el aspecto objetivo del hecho queda rezagado respecto a la intención.

Algún Código concibe a la preterintencionalidad como una tercera forma de culpabilidad, al lado del dolo y la culpa. Así, el Código penal italiano se ocupa, en su artículo 43, del delito doloso o «según la intención», preterintencional o «más allá de la intención» (3), y culposo o «contra la intención». Estas dos últimas formas de lo que el propio Código italiano llama «elemento psicológico del delito» tienen, conforme al artículo 42, carácter excepcional, de suerte que no cabe admitir la preterintencionalidad más que en aquellos casos en los que la ley ha tipificado expresamente delitos preterintencionales. Por ejemplo, el homicidio preterintencional previsto en el artículo 584.

Nuestro Código, en cambio, ha hecho de la preterintencionalidad una circunstancia atenuante. De esta caracterización legal derivan los problemas —imposibles de solucionar de modo plenamente satisfactorio— que la preterintencionalidad suscita en nuestro Derecho. Porque esta circunstancia atenuante no puede operar más que en referencia con delitos dolosos y sirve únicamente para rebajar la pena prevista para la verificación dolosa del resultado. La atenuante que comentamos presupone, pues, que el resultado más grave efectivamente producido y no querido por el agente se imputa a éste a título de dolo, si bien se atenúa su responsabilidad dolosa. Desde el punto de vista del principio de culpabilidad, la existencia legal misma de esta atenuante resulta paradójicamente «perjudicial» para el reo, desde el momento en que viene a afirmar que el sujeto debe responder a título de dolo del resultado más grave que produjo sin dolo. El carácter «beneficioso» para el reo que ostenta la atenuante de preterintencionalidad sólo se puede comprender partiendo de la vigencia del principio *qui versatur in re illicita respondit etiam pro casu*, conforme al cual quien realiza un acto ilícito responde de todas las consecuencias de dicho acto, aunque no fueran queridas, ni previstas, ni previsibles.

El principio del *versari in re illicita* obliga a apreciar responsabilidad dolosa donde ni siquiera concurre culpa (4). Si se parte de la idea de que quien realiza una conducta ilícita debe responder a título de dolo de los resultados, incluso fortuitos, que deriven de dicha conducta, sí que tiene sentido establecer una atenuante para esa responsabilidad dolosa en base a que el sujeto no quiso causar el resultado que efectiva-

(2) Cfr. N. VITALE, *La preterintenzione* (Milano 1956), p. 13, y M. COBO, «*Praeter intentionem*» y principio de culpabilidad, en ANUARIO DE DERECHO PENAL (1965), p. 85-86.

(3) C. p. italiano, art. 43, párrafo segundo: «El delito es preterintencional, o más allá de la intención, cuando de la acción u omisión deriva un evento dañoso o peligroso más grave que el querido por el agente».

(4) Vid. J. CEREZO MIR, *El «versari in re illicita» en el Código penal español*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL (1962), p. 47. Siempre de interés J. PEREDA, *El «versari in re illicita» en la doctrina y en el Código (solución suareciana)* (Madrid, 1948), fundamental desde el punto de vista histórico.

menté produjo. Sólo partiendo del principio del *versari in re illicita* puede calificarse, como hace la S. 28 de febrero de 1966, a la atenuante de preterintencionalidad de «correctivo de la pena por la culpabilidad».

La existencia misma de la atenuante de preterintencionalidad denuncia la vigencia en nuestro Código del principio del *versari*. Hay que reconocerlo así, aunque la vigencia del *versari*, que supone una desviación del principio de culpabilidad y es fuente de responsabilidad objetiva, resulte altamente insatisfactoria para la actual conciencia jurídico-penal. «El loable principio espiritualista con más vigor hasta ahora, de ideal aspiración que de realidad legal —advierte la interesante S. 15 noviembre 1969, dictada bajo ponencia de Oro Pulido—, a cuyo tenor la responsabilidad criminal a título de dolo no debe extenderse más allá de la cierta y efectiva culpabilidad del agente, cualquiera que hubiere sido la extensión o gravedad del mal resultante de su conducta, sufre, en los ordenamientos penales positivos y por influjo de explicable exigencias político-criminales, sensibles desviaciones que implican otras tantas concesiones en provecho del objetivismo, inspiradas en el viejo criterio del *versari in re illicita* y plasmadas, en nuestra legalidad punitiva vigente, en fórmulas tales como los concretos delitos agravados por razón del resultado y, sobre todo, y con genérica amplitud de *numerus apertus*, poco usual en el Derecho comparado, en el peculiar instituto de la preterintencionalidad, desdoblada en la atenuante cuarta del artículo 9, calificable de preterintencionalidad homogénea o de grado menor, y en la preterintencionalidad heterogénea o de grado mayor, contemplada en el casi inédito apartado primero del artículo 50, implantados uno y otro en la ambigua declaración del párrafo 3.º del artículo 1.º».

El reconocimiento de esto «no empece —como, con razón, observa la S. 15 noviembre de 1969— una inteligencia restrictiva» en la aplicación de los mencionados preceptos. Quizá el aspecto más significativo de la S. 15 noviembre de 1969 sea precisamente que el T. S. haya reconocido expresamente la conveniencia y necesidad de proceder a una interpretación restrictiva de la atenuante 4.ª del artículo 9. Una interpretación restrictiva que debería evitar en cuanto sea posible soluciones como la que la propia sentencia califica de «paradójica consecuencia de tomar en cuenta voluntades o propósitos exclusivamente ficticios y no reales e incriminar como homicidios dolosos —más o menos atenuados— conductas carentes de ánimo homicida». Sobre las posibles interpretaciones restrictivas del apartado 4.º del artículo 9 volveremos más adelante. Quede constancia aquí de la necesidad de interpretarlo restrictivamente, justamente por tratarse de una disposición legal originariamente vinculada al pensamiento del *versari*.

II. ESTRUCTURA DE LA PRETERINTENCIONALIDAD.— ELEMENTOS

La preterintencionalidad se estructura sobre la base de los siguientes elementos:

1. *Homogeneidad de bienes*

La preterintención encierra la idea de progresión, que implica, a su vez, que el bien jurídico que se quería lesionar y el que efectivamente se lesionó sean de la misma especie o al menos pertenezcan al mismo género. Hay una diferencia fundamental entre «*delitos más allá de la intención*, en los cuales se sobrepasa la meta propuesta, y *delitos fuera de la intención*, en los que existe una desviación del evento en relación a la intención» (5). La diferencia entre estas dos categorías delictivas, hace referencia —como señala Vitale— a dos clases de relaciones. En los casos de delitos *más allá* de la intención, se da una relación cuantitativa. En el caso de los delitos *fuera* de la intención, una relación cualitativa. En el primer supuesto, una progresión; en el segundo, una desviación. El delito preterintencional surge cuando 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 aparece cuando el resultado más grave no querido no es de la misma índole del querido (6). Se puede hablar de preterintencionalidad cuando de las lesiones deriva la muerte, pero no cuando, por ejemplo, con la intención de causar daños se dispara sobre un animal y se hiere a una persona.

El T. S. se mueve en esta línea cuando indica que la preterintencionalidad sólo es aplicable en aquellos delitos caracterizados por un daño material «cuyas consecuencias puedan alcanzar mayor o menor gravedad o cuantía independientemente de la voluntad de quienes los originen» (7). La S. de 17 diciembre 1964 declara expresamente que «la preterintencionalidad presupone, como su nombre indica, una intención concreta, aunque de dimensión cuantitativa menor, pero dirigida a una tipicidad homogénea, como es el caso cuando de lesiones de levedad manifiesta, o por el empleo de medios inidóneos, se determinan resultados excesivos cuantitativamente, pero no cuando, como en la ocasión de autos, las tipicidades respectivas discurren por cauces diversos».

2. *Actuación inicial dolosa y resultado cuya gravedad sobrepasa a la intención*

Hay que distinguir aquí varios aspectos:

A) La existencia de una *intención inicial*, que no cubre, sin embargo, el resultado efectivamente producido. No se puede hablar de

(5) E. ALTAVILLA, *Preterintenzionalità*, en *Novissimo Digesto italiano*, XIII (1966), p. 798.

(6) N. VITALE, *La preterintenzione*, cit., p. 17-19.

(7) S. 21 diciembre 1942 y 21 noviembre 1968.

preterintención más que si se parte de la existencia de una intención. El T. S. ha señalado repetidamente que la preterintencionalidad «no tiene cabida en los delitos cometidos por imprudencia, ya que la esencial característica de éstos consiste en la ausencia de intención, y en términos lógicos carece de medida una calidad negativa» (8).

La prueba de los límites de la intención inicial no es tarea fácil. Las Sentencias 26 de marzo 1953 y 5 noviembre 1966 señalan oportunamente que la cuestión no puede decidirse plenamente «si se atiende tan sólo a factores externos u objetivos, como la proporcionalidad real entre el medio y el resultado, porque esto, si bien implica una presunción de que la intención del culpable fue causar el mal producido dado el medio idóneo que empleó, esa presunción no puede sostenerse cuando de los hechos probados aparece, ante la forma de ejecución, la situación psicológica del agente y los propios móviles del hecho, que la intención del agente no pudo ser la de causar un mal tan grave».

Pero la verdad es que la mayoría de las veces el T. S. se atiene a presunciones, ya se trate de «aquella presunción respecto del culpable de toda acción voluntaria, de que su intención era la de originar la totalidad del mal causado, y que descansa esencialmente en lo dispuesto en el artículo 1.º» o bien de la presunción de que «la lógica proporcionalidad entre el acto realizado y el mal causado» indica que el sujeto quiso alcanzar el resultado efectivamente ejecutado (9).

Esto conduce, en la práctica, a un entendimiento objetivo de la presente circunstancia, que sólo se aplica cuando hay una «notoria desproporción» (10), un «desacuerdo o falta de armonía» (11) entre «el medio empleado y el resultado logrado» (12). «La preterintencionalidad, según tiene declarado repetidamente esta Sala—dice la S. 23 noviembre 1962—, *supone siempre* una desproporción entre los medios empleados para cometer el delito y el resultado obtenido». Del plano probatorio—una de las bases para deducir que el sujeto no tenía intención de causar un mal tan grave, es la desproporción entre el medio y el resultado— se pasa, de hecho, al plano sustantivo y acaba por definirse a la preterintencionalidad en términos puramente objetivos como falta de proporción entre el medio y el resultado. Un ejemplo claro nos lo ofrece la declaración contenida en la S. 29 marzo 1968, en la que puede leerse: «... *siendo* la preterintencionalidad un desacuerdo entre los medios empleados y el resultado...». Ya no se afirma únicamente que la preterintencionalidad se *prueba*, en su caso, a través de esa desproporción, sino que la preterintencionalidad *es* «un desacuerdo entre los medios empleados y el resultado».

La consecuencia es que, conforme a este punto de vista, se descarta la atenuante siempre que objetivamente el acto ejecutado era idóneo

(8) S. 11 diciembre 1940. Vid. también S. 28 noviembre 1955.

(9) S. 16 mayo 1954.

(10) S. 2 marzo 1934.

(11) S. 17 noviembre 1969 y 3 mayo 1968.

(12) S. 28 febrero 1968.

para causar el resultado o hay entre ambos una lógica proporcionalidad (13). La atenuante deja de apreciarse cuando el resultado más grave es consecuencia «natural y previsible» del acto ejecutado por el sujeto (14), porque se presume sin más que cuando el mal «guarda relación con el agente empleado para producirlo, ese resultado fue el previsto y querido por el culpable» (15). Semejante simplificación es harto criticable, pero está tan arraigada en la praxis judicial que, por ejemplo, la S. 2 marzo 1934 rechazó la apreciación de la preterintencionalidad porque no se daba «notoria desproporción entre la actuación criminosa y su resultado», pesa a que el Jurado había afirmado expresamente que el acusado «no tuvo intención de matar al interfecto» (16).

Según esta dirección jurisprudencial el sujeto debe responder a título de dolo, y sin que pueda beneficiarse de la atenuante de preterintencionalidad, de todas las «consecuencias naturales» de su inicial conducta intencional. El pensamiento del *versari* obtiene así un pleno reconocimiento y no se somete siquiera al correctivo de la atenuante de preterintencionalidad.

Como la preterintencionalidad no *es* una desproporción entre el *medio* y el resultado, sino entre la *intención* y el resultado, deberá apreciarse 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. Como acertadamente asegura la S. 30 septiembre 1964 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».

B) El mal cuya gravedad desborda la intención ha de consistir, según doctrina del T. S., en un *daño material*. La desproporción entre lo querido y lo causado ha de referirse, según la doctrina jurisprudencial, al *daño material* y no a la significación antijurídica del hecho en sí

(13) S. 16 mayo 1954, 23 noviembre 1962, 10 febrero 1968, 28 febrero 1968, 29 marzo 1968, 7 noviembre 1968, 28 febrero 1969 y 17 noviembre 1969.

(14) Cfr. S. 3 mayo 1968.

(15) S. 28 febrero 1969. Esta doctrina jurisprudencial que descarta la preterintencionalidad cuando el medio empleado es objetivamente idóneo o adecuado para producir el resultado efectivamente causado, enlaza con la presunción, enraizada desde viejo en la praxis, de que quien quiere la causa quiere sus efectos ordinarios. F. TOMÁS VALIENTE, *El Derecho penal de la monarquía absoluta* (sí glos XVI - XVII - XVIII) (Madrid 1969), p. 316-317, recoge una interesante resolución de la Sala de Alcaldes de Casa y Corte del año 1806, en la que se rechaza la consideración de homicidio preterintencional y se subraya, con carácter general, que ninguna presunción «más natural ni más fuerte que la de que quien quiere la causa, quiere también sus efectos ordinarios».

(16) La sentencia justifica su proceder indicando que debe hacerse «caso omiso de las preguntas hechas por el Jurado respecto a la intención de matar, que por tratarse de una apreciación jurídica es ajena a éste».

mismo (17). El T. S. declara que «esta atenuante 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» (18). Conforme a este punto de vista quedan al margen de la atenuante los casos de discrepancia entre la intención y el mal causado cuando éste no entraña un daño material, sino únicamente *lesión ideal* de un bien jurídico, y no podrá referirse tampoco la atenuante a los delitos de *perigo*, en los que, por definición, falta un daño material (19).

C) Más allá de la intención están tanto los resultados imprudentes como los fortuitos. La S. 12 abril 1967 declara que «la preterintencionalidad debe concebirse, según tradicionales enseñanzas, como una conjunción de «dolo y culpa» y de «dolo y caso», según que el exceso dañoso fuera o no racionalmente previsible».

En cualquiera de ambos supuestos el sujeto responde, conforme a nuestro texto legal, a título *de dolo*, si bien con la atenuante de preterintencionalidad. No hay base legal alguna que permita restringir esa responsabilidad dolosa, aunque atenuada, a los casos en que el resultado preterintencional está cubierto al menos por la imprudencia. 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 (20).

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 4.^a, el sujeto deba responder a título de dolo del resultado preterintencional, muestra, como hemos indicado anteriormente, que estamos ante un precepto informado por el principio *versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*. Y ya sabemos que conforme a 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*»). Fiel a este pensamiento, la S. 12 abril 1967, anteriormente citada, advierte que la preterintencio-

(17) La S. 27 octubre 1959 advierte que «el problema de la ignorancia de la ley prohibitiva... no puede enlazarse con la circunstancia atenuante de preterintencionalidad, que es de esencia voluntarista y se da en el aspecto material por la desproporción entre lo querido y el resultado». No obstante, la S. 22 mayo 1935 apreció una atenuante por analogía a la de preterintencionalidad en un supuesto en que el autor, por su manifiesta ignorancia y analfabetismo, desconocía la significación criminal de su conducta: «... pues es, indudablemente, análoga a la atenuante de preterintencionalidad la creencia de obrar lícitamente y la falta de intención de causar ningún mal, pues entonces la inadecuación entre el propósito y el resultado es todavía más pronunciada».

(18) S. 21 diciembre 1942 y 21 noviembre 1968.

(19) El art. 43 del Código italiano comprende en el marco del delito preterintencional los casos en los que de la acción u omisión deriva «un evento peligroso» más grave que el querido.

(20) Defensor de la consideración de la *praeter-intentionem* como un supuesto mixto de dolo y culpa es, entre los autores españoles, L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, VI (Buenos Aires 1962), p. 149-156.

nalidad debe concebirse como conjunción de dolo y culpa y de dolo y caso. Este reconocimiento, que implica una clara desviación del principio de culpabilidad, aconseja restringir en la medida en que lo consienta la ley —como procuraremos hacer más adelante—, la esfera de aplicación de la circunstancia 4.^a del artículo 9.^o.

Es indiferente, pues, para la existencia de la atenuante 4.^a que el resultado preterintencional fuese o no previsible. Así como no hay —según expusimos más arriba— base para reducir la atenuante a los supuestos en que el resultado preterintencional está cubierto por imprudencia, todavía la hay menos —si cabe— para reservar su aplicación a las hipótesis en las que el evento más grave era imprevisible. Si, como declara la antes citada S. 12 abril 1967, la preterintencionalidad debe concebirse como una conjunción de «dolo y culpa» y de «dolo y caso», no podrá luego reducirse unilateralmente a mixta composición de dolo e imprudencia o bien de dolo y caso fortuito. En este sentido son rechazables aquellas declaraciones jurisprudenciales que caracterizan a la preterintencionalidad diciendo que en ella el resultado rebasa «las consecuencias naturales y previsibles». (21), o descartan la apreciación de la atenuante porque las consecuencias eran «totalmente previsibles», y el procesado las «debió y pudo prever» (22).

Es obvio que la circunstancia de que el resultado fuese previsible no quiere decir que tal resultado haya sido siquiera efectivamente previsto y menos aún que haya sido *intencionalmente querido* y, por consiguiente, el sujeto no pueda beneficiarse de la atenuante de preterintencionalidad. El T. S. procede aquí a una criticable simplificación e identifica lo previsible con lo directamente querido. Veamos, a título de muestra, algunos ejemplos. S. 28 febrero 1969: «... y cuando éste (s. c. mal) se produce y guarda relación con el agente empleado para producirlo, ese resultado fue el previsto y querido por el culpable». S. 28 febrero 1968: «... y aún pudieron ser las consecuencias de mayor gravedad, siempre previsible y, por tanto, queridas por el agente».

La ponderación de «lo previsible o prevenible del exceso» sirve, según la S. 12 abril 1967, para «graduar la extensión de la pena a aplicar». El carácter imprevisible del resultado preterintencional puede —y suele— fundamentar la apreciación de la atenuante como *muy calificada* (23). En estos casos en los que el resultado era imprevisible es donde, como es lógico, repugna más la exigencia de responsabilidad dolosa, aunque sea con el beneficio de una atenuante *muy calificada*.

(21) S. 3 mayo 1968.

(22) S. 29 septiembre 1967. Vid. también S. 22 febrero 1968 (resultado «lógicamente posible»), 28 febrero 1968 («pues era de suponer...») y, de fecha más lejana, S. 19 septiembre 1939 («no es de apreciar porque dentro de un orden lógico hay que pensar que un golpe dado en la cabeza con una cacha puede producir la muerte y, por tanto, el que lo da sabe que una de las posibles consecuencias de su agresión es el fallecimiento»).

(23) S. 25 junio 1963: «por lo que se contempla un resultado racionalmente no previsible por el agente, que conduce a estimar como muy calificada la atenuante 4.^a del artículo 9.^o, dada la mínima cantidad de dolo que aparece en su conducta».

Ello explica que el T. S. en algunas ocasiones en que las Audiencias, precisamente en atención a lo imprevisible del resultado, habían apreciado la atenuante muy calificada, haya preferido la apreciación de un delito imprudente (24). El expediente, en abstracto plausible, pues parece un menor quebranto del principio de culpabilidad exigir en los referidos supuestos de caso fortuito responsabilidad culposa en vez de dolosa, puede conducir, sin embargo, a consecuencias y soluciones muy poco satisfactorias, como veremos más adelante al ocuparnos concretamente del problema del homicidio preterintencional.

3. *Relación de causalidad entre la conducta inicial dolosa y el resultado preterintencional*

La responsabilidad por la consecuencia no querida en los supuestos de preterintencionalidad sólo puede encontrar un límite en la noción de relación de causalidad (25). De ahí la trascendencia que tiene operar con una u otra doctrina del nexo causal. Únicamente una doctrina limitadora de la causalidad está en condiciones de reducir los efectos del *versari*, pues sólo desde el momento en que, conforme a ella, el mal de mayor gravedad no se considere causalmente vinculado a la inicial conducta dolosa del sujeto, la responsabilidad de éste dejará de extenderse a ese mal más grave. Siempre de interés en este sentido, la conocida S. 8 julio 1933, en la que se dice que «si bien en términos generales, al agente que realiza un hecho punible le son imputables, a los efectos de la responsabilidad criminal, las consecuencias que del mismo se deriven; 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, deja de tener aplicación la doctrina del principio de derecho expuesto, y es procedente en tal caso, desligar al culpable en el proceso criminal de su acción, de cuanto es resultado mediato o remoto de ésta, y reducir su responsabilidad al que, naturalmente y en condiciones normales se hubiese producido, como efecto directo e inmediato de su actuación dolosa».

La Audiencia había condenado al procesado como autor de un delito de asesinato con la concurrencia, entre otras, de la atenuante de preterintencionalidad. El T. S., operando con una doctrina limitadora de la causalidad, casa la sentencia y califica los hechos como delito de lesiones graves. «Estableciéndose en la segunda pregunta del veredicto que la lesión sufrida en la cabeza por el 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 pre-

(24) Ss. 17 diciembre 1958, 28 septiembre 1964, 17 diciembre 1964, 5 junio 1968, 17 junio 1969 y 15 noviembre 1969.

(25) F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, 5.^a ed. (Milano 1963), p. 392.

gunta, 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 los efectos de imputación de responsabilidad criminal atribuible al procesado, la grave trascendencia del suceso ocasionado, muerte del 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». La solución consagrada en la S. 8 julio 1933 no podría haberse mantenido si se utilizase la teoría de la equivalencia de condiciones.

III. LAS RESPECTIVAS ESFERAS DE APLICACION DE LOS ARTICULOS 50 y 9, 4.^a

1. LA FÓRMULA DE SILVELA

Como indica la S. 15 noviembre 1969, en nuestro Derecho, el peculiar instituto de la preterintencionalidad aparece «desdoblado en los artículos 9, 4.^a, y 50, apartado primero (26), implantados uno y otro en la ambigua declaración del párrafo 3.º del artículo 1.º» (27).

El párrafo 3.º, que la sentencia que acabamos de citar califica, con razón, de «ambiguo» y «vago», tenía en el Código de 1848-1850 un contenido preciso. Se refería concretamente a supuestos de *error en la persona* y, según algunos, también a casos de *aberratio ictus* (aquéllos en los que, como consecuencia del error en el golpe, la víctima resultaba ser una persona distinta) (28). Fue el Código de 1870 el que dotó al párrafo 3.º del art. 1.º de los actuales contornos indefinidos e introdujo la nueva regla contenida en el párrafo primero del vigente artículo 50 (29). Desde entonces los artículos 9, 4.^a, y 50, párrafo primero,

(26) «En los casos en que el delito ejecutado fuera distinto del que se había propuesto ejecutar el culpable, se impondrá a éste la pena correspondiente al delito de menor gravedad en su grado máximo.»

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

(28) C. de 1848-50, artículo 1.º, párrafo 3.º: «El que ejecutare voluntariamente el hecho será responsable de él e incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella de quien se proponía ofender». Es discutible que el precepto comprendiese también casos de error en el golpe.

(29) El párrafo 3.º del artículo 1.º no encerraba en el Código de 1848-50 nada que pudiese comprometer los principios generales de la culpabilidad. Se refería a supuestos de error irrelevante en la persona y era en realidad un precepto superfluo porque la solución que expresamente venía a consagrar derivaba naturalmente de la estructura de los correspondientes tipos —indiferencia de la identidad personal del sujeto— y de la noción de dolo.

Como en tantas otras ocasiones, la explícita regulación de lo que no necesitaba ser expresamente regulado sólo sirvió para complicar las cosas. En estos casos es hasta cierto punto inevitable que los comentaristas tiendan a ver detrás del texto legal más de lo que en realidad hay. El párrafo tercero del artículo 1.º del Código de 1848-50 no escapó a esta suerte, y sus intérpretes acabaron

aparecen como manifestaciones de un mismo fenómeno —la preterintencionalidad—; y se hace preciso delimitar las respectivas esferas de aplicación. La interpretación propuesta por Silvela con tal finalidad obtuvo una amplia difusión en el plano doctrinal.

«Ambas disposiciones —escribió Silvela— precisamente por su analogía, dan lugar a una duda —no resuelta de un modo claro por la jurisprudencia—, que consiste en saber cuándo se considerará que hay delito distinto del que el autor se había propuesto ejecutar, y cuándo puede decirse que no ha tenido intención de causar un mal de tanta gravedad como el producido. Y, decididamente, parece que la primera de las disposiciones se aplicará cuando los dos hechos —el intentado y el ejecutado— sean dos delitos diversos, y la segunda en el caso de que no haya más que uno, que sea el realizado, pero respecto del que sea el daño producido mayor que el que se propuso llevar a cabo, como sucede a menudo en las lesiones y puede acontecer en el robo» (30).

Conforme a este punto de vista, la atenuante de preterintencionalidad se reserva para los delitos cuyo resultado es graduable y se aplicará precisamente en los casos en que el delito ejecutado es el mismo que se había propuesto ejecutar, si bien el mal causado reviste mayor gravedad. Por ejemplo, se querían causar lesiones menos graves y se causan lesiones graves. El artículo 50 entrará, en cambio, en juego cuando la discordancia entre el mal propuesto y el causado origina una diversidad de delitos. Se quería lesionar (delito propuesto, lesiones) y se causa la muerte (delito ejecutado, homicidio).

Moviéndose en idéntica línea a la de Silvela, echaba de menos Ramiro Rueda, en la atenuante de preterintencionalidad, la expresión «no haber tenido el delincuente intención de causar todo el mal que produjo», que utilizaba el C. de 1848-50, porque con esta referencia a *todo el mal que produjo*, «se da a entender que el mal del delito no varió esencialmente y sí tan sólo en su extensión» (31).

por atribuirle un significado mucho más amplio del que en realidad tenía, a pesar de que un comentarista tan autorizado como Pacheco (*Código Penal concordado y comentado*, I, 5.^a ed. (Madrid 1881), p. 81-83) había sugerido desde el inicio un correcto entendimiento restrictivo. Acabó viéndose en el mencionado precepto una regla que abarcaba indistintamente tanto los casos de error en la persona inoperantes como aquellos otros en los que es relevante por pertenecer al tipo legal, como características esenciales, determinadas particularidades del sujeto pasivo. Surgió especialmente, de modo inmediato, la imagen del hijo que, queriendo matar a un extraño, da muerte a su propio padre. La regla del párrafo tercero del artículo 1.º obligaba, según esa interpretación amplia, a castigarle como parricida, pese a que faltó la voluntad de matar al padre. «Dura Ley, pero Ley», repetía Groizard en 1865 (cfr. *El Código Penal de 1870*, I (Burgos 1870), p. 56-59), al tiempo que pedía su reforma. Y la reforma se produjo en 1870.

(30) L. SILVELA, *El Derecho Penal estudiado en principios y en la Legislación vigente en España (segunda parte)* (Madrid 1879), p. 137.

(31) R. RAMIRO RUEDA, *Elementos de Derecho Penal*, I, 3.^a ed. (Santiago 1891), p. 210.

2. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL

A) *Lesiones seguidas de muerte calificadas como delito doloso de homicidio con la atenuante de preterintencionalidad.*

La fórmula de Silvela no fue acogida por la jurisprudencia. El T. S. prescinde del artículo 50 y aplica la atenuante de preterintencionalidad cuando con ánimo de lesionar se ocasiona la muerte. De este modo, mediante la integración de los artículos 407 y 9, 4.^a, el T. S. construye una innominada figura (32) de «homicidio preterintencional doloso», que viene suscitando duras críticas por parte de autorizados comentaristas.

Ya en el siglo pasado, Ramiro Rueda denunció con particular claridad las contradicciones que entraña tal figura: «En efecto: si un individuo dice que se propuso únicamente lesionar y que el hecho dio por resultado la muerte, o se demuestra o no su intención de matar. Si esa intención resulta demostrada racionalmente, será reo de homicidio; pero nunca con la circunstancia atenuante repetida. Si la circunstancia atenuante de no haber tenido *intención* de cometer un mal de tanta gravedad como el que produjo se admite como cierta, claro está que esa falta de *intención* revela que no se propuso matar, en cuyo caso no debe ser calificado como reo de homicidio; ¿cómo se concibe un homicidio sin intención de causar todo el mal necesario para matar?. Cuando falta algo a esa intención, falta un elemento indispensable para que el homicidio resulte» (33).

Se trata de un proceder en el que —como advirtió Rodríguez Muñoz— se van acumulando los errores: «Se afirma primero la responsabilidad con arreglo al artículo del libro II del Código a cuya descripción corresponda el resultado material objetivo, verbigracia, el artículo 419 (hoy 407, homicidio), lo que implícitamente encierra la afirmación de que el sujeto ha procedido dolosamente, siendo así que falta el dolo (primer error); y después, en ciertos casos, y al objeto de paliar en alguna medida las consecuencias injustas de la primera afirmación, se admite la circunstancia atenuante «de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo», siendo así que esta segunda afirmación es terminantemente incompatible con la primera, ya que, como quiera que en la privación de la vida no hay gradaciones ni un más o un menos, es indudable que si el sujeto activo tenía *dolo de matar*, según se empieza afirmando, no es posible decir acto seguido que *no quería matar tanto como mató*, que no otra cosa supone el reconocimiento en este caso de la preterintencionalidad (segundo error). En este proceder, a mi juicio equivocado y contrario a la ley, el Supremo tan sólo niega las consecuencias durísimas a que conduce este modo de entender el *versari*, en el caso en que no proceda afirmar la relación de causalidad.

(32) A. QUINTANO, *Curso de Derecho Penal*, II (Madrid 1963), p. 18.

(33) R. RAMIRO RUEDA, *Elementos de Derecho Penal*, I, cit., p. 177.

Pero el correctivo es débil en demasía, y sería de desear que el Supremo rectificara su punto de vista, ampliando a sus justos y verdaderos límites la esfera de aplicación del actual artículo 50» (34).

El T. S. declara en constante jurisprudencia que en los delitos contra las personas el artículo 50 sólo es aplicable cuando el daño recae en persona distinta de la que se pretendió ofender (35). Esta interpretación jurisprudencial se apoya en una razón de carácter *histórico* y otra de índole *práctica*. Históricamente, como ya sabemos, el párrafo 3.º del artículo 1.º, se refería, en el Código 1848-50, únicamente a casos de error en la persona o de *aberratio ictus*, que daban lugar a que la víctima fuese persona distinta de la que se quería ofender. Desde el punto de vista práctico, se subraya que las figuras de lesiones aparecen estructuradas sobre resultados taxativos, y es difícil, por no decir imposible, fijar en un cierto número de días la curación de las lesiones que originaron la muerte (36).

La S. 13 noviembre 1951 rechaza la aplicación del artículo 50 y mantiene la calificación del homicidio doloso con la atenuante de preterintencionalidad, indicando que no concurre ninguno de los dos presupuestos del citado artículo, «puesto que el mal recayó en la misma persona a quien se quiso agredir, y agredió, y no es fácil ni siquiera conjeturar qué clase de delito trataba de cometer el procesado, puesto que el de lesiones ofrece una extensa gama que se caracteriza por el resultado y las consecuencias, y no puede encajarse *ad libitum* el propósito del agente en una modalidad determinada, porque sería una decisión caprichosa y sin base legal».

La verdad es que la mencionada razón histórica carece de virtualidad, pues cualquiera que haya sido la intención del legislador, no se puede negar la mayor amplitud que adquirió el párrafo 3.º del artículo 1.º, y tras él la regla del actual artículo 50, en el Código de 1870, y, por otra parte, en cuanto a las dificultades prácticas hay que tener en cuenta—como observa Antón—que «los resultados hipotéticos para la determinación de la pena, según la intención del sujeto, son adoptados continuamente en la tentativa» (37). Por lo demás, el principio *pro reo* impide, como agudamente observó en el pasado siglo Ramiro Rueda, que se califique al autor de homicida «por la única

(34) J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, notas a la traducción española de MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, II (Madrid 1955), p. 42-43. Vid. también J. DEL ROSAL, M. COBO, G. R. MOURULLO, *Derecho Penal español. Parte especial* (Madrid 1962), p. 146 y ss.

(35) Entre otras muchas, sentencias 2 octubre 1897, 8 abril 1911, 15 octubre 1942, 5 enero 1944, 17 marzo 1947, 23 enero 1959, 13 noviembre 1959, 3 diciembre 1964.

(36) Vid. J. ANTÓN ONECA, J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho Penal*, I (Madrid 1949), p. 237.

(37) J. ANTÓN ONECA, J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho Penal*, I, cit., página 231. En el mismo sentido, J. CEREZO MIR, *El «versari in re illicita» en el Código Penal español*, cit., p. 49, nota 8.

razón de no ser posible demostrar con *evidencia* la clase de lesiones que tuvo *intención* de cometer» (38).

B. *Lesiones dolosas seguidas de muerte castigadas como homicidio culposo.*

Ciertas declaraciones jurisprudenciales recientes comienzan a mostrar explícitamente su insatisfacción ante esa contradictoria figura de «homicidio doloso preterintencional». Un extraño homicidio doloso sin *animus necandi*, como expresamente reconocieron las Sentencias de 23 mayo 1961 y 27 diciembre 1962 (39). Se trata de declaraciones jurisprudenciales tímidas aún, vacilantes, que no quieren romper bruscamente con la línea tradicional y, por ello, a veces contradictorias, pero que en cualquier caso muestran el deseo de buscar soluciones más satisfactorias.

Un magnífico exponente nos lo ofrece la S. 15 noviembre 1969: «Dada la vinculante imperatividad del régimen objetivista que queda bosquejado y cualquiera que fuere la opinión que pudiera profesarse acerca de la justificación racional del mismo que, partiendo del decisivo valor atribuido al dolo inicial, llega a la paradójica consecuencia de tomar en cuenta voluntades o propósitos exclusivamente ficticios y no reales e inculpar como homicidios dolosos —más o menos atenuados— conductas carentes de ánimo homicida, es lo cierto que, en tanto subsista la actual normativa, es inexcusable su acatamiento y consiguiente observancia, lo que no empece una inteligencia restrictiva en su aplicación, eludible ésta en cuantos casos pueda quebrar el obligado supuesto de hecho, abriéndose así distintas y más benignas posibilidades propicias a la admisión de la forma imprudente o culposa, cual ocurrió en la S. 17 diciembre 1958, que, si bien debe ser evocada con la más prudente cautela, en evitación de desmedidas y peligrosas generalizaciones, extensivas de su criterio a situaciones dife-

(38) R. RAMIRO RUEDA, *Elementos de Derecho Penal*, I, cit., p. 178-9: «Si se califica, no de reo de homicidio, y sí de lesiones, al sujeto que no teniendo intención de matar, mató sin embargo, ¿de qué lesiones deberá considerarse culpable? ¿Cómo puede saberse si dichas lesiones tardarían en curarse tantos o cuantos días? La observación tiene más fuerza en la apariencia que en el fondo, y lo único que revela es una dificultad que está en la naturaleza de las cosas, y que no es la única con que se tropieza en la práctica. Esa dificultad obligará a los Tribunales a meditar con detenimiento sobre el asunto, estudiando, con la posible escrupulosidad, todas las pruebas aducidas en el curso del procedimiento e ilustrándose con cuantos informes crea necesarios para deducir si las lesiones podrían ser de ésta o de la otra clase; pero nos parece injusto a todas luces el que se califique a un individuo de homicida por la única razón de no ser posible demostrar con *evidencia* la clase de lesiones que tuvo *intención* de cometer».

(39) «... evidenciaron en el autor ya que no el *animus necandi*, propio del dolo finalista de causar la muerte, si el *vulnerandi* que basta para desencadenar el proceso causal en su doble perspectiva natural y jurídica, haciéndose, por dicha conducta dirigida a dañar la integridad física de la persona, acreedor a la responsabilidad propia del homicidio doloso configurada en nuestro derecho en una dimensión de resultado.»

rentes de la allí enjuiciada, marca rumbos progresivos, contrarios a todo desbordamiento de la responsabilidad objetiva, para aquellos casos que, por la inequívoca afinidad que ofrezcan con el entonces resuelto, no vengan a chocar con el valladar infranqueable de la norma legal».

Los rumbos marcados por la evocada S. 17 diciembre 1958 consisten en sustituir la calificación de homicidio doloso del artículo 407 con la atenuante de preterintencionalidad, por la calificación de homicidio culposo a través del artículo 565 (40). Este expediente, enjuiciado recientemente por algunos comentaristas como más correcto (41), no pasa de ser, a nuestro juicio, la clásica solución de equidad que ante la notoria desproporción de la pena y la culpabilidad del autor va en busca de un artículo del Código, cuya invocación formal le permita rebajar la sanción.

Si efectivamente se quebranta la estructura del homicidio preterintencional calificándole de homicidio doloso, porque por definición falta el dolo homicida, tampoco deja de quebrantarse esa estructura si se le califica pura y simplemente de homicidio culposo, pues entonces se prescinde de la existencia de las lesiones dolosas que, también por definición, están siempre en la base del denominado homicidio preterintencional. En uno y otro caso, ambas calificaciones —homicidio doloso, con la atenuante 4.^a del artículo 9, y homicidio culposo— operan como verdadero lecho de Procusto, que alarga o mutila los hechos para hacerlos encajar en las fórmulas legales apriorísticamente elegidas en función de la mayor o menor penalidad que señalan.

No se puede prescindir de las iniciales lesiones dolosas, porque en caso contrario, en muchas ocasiones, la calificación de homicidio culposo supondría un absurdo privilegio fundado precisamente en la producción del resultado más grave, muerte. Compárese, por ejemplo, la penalidad establecida en los artículos 418 a 420 para la castración o esterilización, mutilaciones y lesiones graves, que oscila de reclusión menor a arresto mayor y multa de 5.000 a 25.000 pesetas, con la señalada en el primero y segundo párrafo del artículo 565, prisión menor y arresto mayor respectivamente. Quien causa dolosamente lesiones del núm. 2 del artículo 420 es castigado con la pena de prisión menor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas. Si a consecuencia de esas lesiones dolosas, y más allá de su intención, se produce la muerte de la víctima, según la tesis que estamos comentando, debería ser castigado tan sólo con la pena de prisión menor o arresto mayor, a tenor

(40) Hav una línea jurisprudencial en esta dirección que arranca de la S. 19 diciembre 1871 (en contra, en un caso análogo, S. 28 abril 1886), se mantiene en las sentencias de 21 noviembre 1884 y 13 junio 1887, reaparece en la citada de 17 diciembre 1958 (en contra, en un caso parecido, 6 octubre 1969) y se prolonga, al parecer cada vez con mayor fuerza, en las de 17 diciembre 1964, 5 junio 1968, 17 junio 1969 y 15 noviembre 1969.

(41) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español. Parte general* (Madrid 1970), p. 580, nota 58: «Esporádicamente gana terreno esta tesis más correcta». E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad* (Madrid 1966), p. 213: «La tesis correcta».

del artículo 565, como autor de un delito culposo de homicidio. El contraste llega a sus extremos si se admite que la calificación de homicidio culposo debería efectuarse, como es lógico, atendiendo al grado de imprudencia del sujeto respecto al resultado muerte, que puede ser simple sin infracción de reglamentos, de modo que el homicidio preterintencional habría de ser contemplado como falta del número 3 del artículo 586.

Para evitar este paradójico premio habría que recurrir a la regla del artículo 68 y castigar el homicidio preterintencional sólo como lesiones dolosas, cuando la pena correspondiente a éstas fuere superior a la prevista para el homicidio culposo. Ahora bien, de esta suerte tropezaríamos con las mismas dificultades prácticas que el T. S. invoca para justificar la no aplicación del artículo 50, con la desventaja de que al aplicar en virtud del artículo 68 el correspondiente tipo de lesiones con preferencia al de homicidio por imprudencia, se prescinde por completo del resultado muerte, lo que no sucede en el artículo 50, donde este resultado cumple la función de exasperar la pena.

La alternativa es clara: si se califican los hechos de homicidio culposo, se prescinde de la inicial actuación dolosa: si precisamente por estar castigada más severamente esta actuación dolosa, se califican, en virtud del artículo 68, como lesiones, se prescinde por completo del resultado preterintencional.

Sin duda, no escaparon estas consideraciones a la atención de las interesantes Sentencias 23 mayo 1961 y 17 diciembre 1964, dictadas ambas bajo ponencia de Quintano Ripollés, en las que se sostiene que para calificar los hechos como homicidio culposo, es indispensable que no haya existido intención de lesionar, o mejor dicho, no hayan existido unas previas lesiones dolosas. En la primera de las resoluciones citadas se indica: «Para prosperar plenamente el criterio mantenido en los dos motivos del recurso, tendentes a sustituir el homicidio doloso del artículo 407 por el culposo a través del 565, que se dicen infringidos por aplicación indebida y no aplicación, respectivamente, sería menester acreditar una premisa de hechos probados, en que se pusiese de manifiesto con mayor intensidad que la que figura en el caso de autos, la plena desvinculación entre la conducta y el resultado... acreedor a la responsabilidad propia del homicidio doloso configurada en nuestro derecho en una dimensión de resultado *que únicamente puede desvirtuarse por la ausencia de propósitos lesivos, no cuando éstos se aprecian aunque cuantitativamente menores que los acaecidos, dando lugar tan sólo a la concurrencia de la circunstancia atenuante de preterintencionalidad 4.^a del artículo 9, rectamente apreciada por la Sala*».

Como se ve, la S. 23 mayo 1961 reserva la solución del homicidio imprudente para los casos de *desviación*, es decir, para los supuestos en los que el homicidio está no ya más allá de la intención, sino *fuera de la intención* («plena desvinculación entre la conducta y el resultado», «ausencia de propósitos lesivos, no cuando éstos se apre-

ción aunque cuantitativamente menores que los acaecidos»). Consecuente con este punto de partida, la S. 17 diciembre 1964 sustituyó la calificación de homicidio doloso con la atenuante de preterintencionalidad por la calificación de homicidio imprudente en un caso en el que de un *atentado* derivó la muerte no querida, pero previsible, de un agente de la autoridad. «Se acoge el motivo, como en la más reciente doctrina científica y jurisprudencial —dice la S. 17 diciembre 1964— y que tiende a valorar, sobre el elemento lógico naturalista de la acción causal, el de la culpabilidad, ya que en el comportamiento del procesado se acredita una decidida voluntad final de oponerse a las pretensiones de los agentes, pero no la de menoscabar su integridad física, y como quiera que la caída y muerte de uno de ellos sobrevino, no por lesiones, sino como consecuencia de un empujón en el forcejeo de no querer ser esposado el procesado, tal acaecimiento se desconecta del dolo originario del atentado, y la muerte sobrevenida sólo le es achacable a título de grave imprudencia, por ser previsible que de los actos de empujar fuertemente a una persona pueden derivar males como el efectivamente acaecido, sin que sea obstáculo infranqueable para la aplicación del artículo 565 la ilicitud del acto originario, que para nada se alude en su texto definidor de la imprudencia, y sí únicamente para la de caso fortuito, en el número 8.º del artículo 8.º, y sin que sirva siempre para paliar las consecuencias, la aplicación de la circunstancia atenuante 4.ª del artículo 9.º, como hizo la Sala, pues la preterintencionalidad presupone, como su nombre indica, una intención concreta, aunque de dimensión cuantitativa menor, pero dirigida a una tipicidad homogénea, como es el caso de lesiones de levedad manifiesta o por el empleo de medios idóneos se determinan resultados excesivos cuantitativamente, pero no cuando, como en esta ocasión, las tipicidades respectivas discurren por cauces diversos y el resultado de la muerte deriva de la caída, y ésta no de lesiones, sino de un mero empujón constitutivo del ánimo de atentar al principio de autoridad, tan diverso cualitativamente del bien material y jurídico constitutivo del homicidio culposo».

En definitiva, pues, según las sentencias 23 mayo 1961 y 17 diciembre 1964, la tesis del homicidio culposo sólo es viable en casos de *desviación* y no de *preterintención*, es decir, en casos en los que por estar el resultado más grave no más allá (*praeter*), sino fuera de la intención, son inaplicables las dos normas —artículo 9, 4.ª y 50, párrafo primero— que nuestro Código dedica al fenómeno de la preterintencionalidad. En tales casos habrá que recurrir a preceptos y principios generales distintos, abriendo paso a un concurso de delitos, integrado por el doloso inicial (consumado o en forma imperfecta de ejecución) y, en su caso, si la muerte era previsible y el sujeto pudo y debió evitarla, el homicidio imprudente. Por ejemplo, concurso (ideal) de atentado y homicidio culposo en supuestos similares al contemplado en la S. 17 diciembre 1964.

Por último, en referencia con la tesis jurisprudencial de recurrir

al homicidio culposo para castigar el homicidio preterintencional, hay que llamar la atención sobre el hecho de que el T. S. llegó a aplicar el artículo 565 en casos en los que la muerte era imprevisible, es decir, en casos en los que bajo ningún concepto cabía hablar de imprudencia.

Como es sabido, la preterintención es, según doctrina del T. S., una composición de dolo y culpa o de dolo y caso. Sabemos también que es criterio jurisprudencial el de atender a la previsibilidad o imprevisibilidad del resultado preterintencional para apreciar la atenuante cuarta del artículo 9 como simple o muy cualificada, respectivamente. La necesidad de rebajar al máximo la pena prevista para el delito doloso se hace, como es obvio, más sensible cuando el resultado más grave es imprevisible (fortuito), es decir, está más allá de cualquier forma de culpabilidad del autor. A esta misma necesidad obedece la sustitución de la calificación de homicidio doloso con la atenuante de preterintencionalidad, por la calificación de homicidio imprudente. Es bien significativo que la mayoría de las veces que el T. S. procedió a tal sustitución, los Tribunales de instancia habían apreciado la atenuante de preterintencionalidad como muy cualificada (42), aplicación privilegiada que respondía, con frecuencia, al hecho de ser el resultado más grave imprevisible, o sea, fortuito. En virtud de este proceso, acaban calificándose de homicidios imprudentes muertes fortuitas, con el consiguiente quebranto de la ley, pues el artículo 565 sólo puede aplicarse, como es notorio, cuando existe efectivamente imprudencia temeraria o simple con infracción de reglamentos.

El expediente de recurrir al artículo 565 para paliar las insatisfactorias consecuencias del *versari* puede resultar plausible desde la perspectiva de la doctrina jurisprudencial que prescinde del artículo 50 y se empeña en castigar al homicidio preterintencional como homicidio doloso, pero al margen de esa tan criticable interpretación tradicional —a la que de ninguna manera obliga el texto legal—, la aplicación del artículo 565 en casos de muerte fortuita es absolutamente repudiable, entre otras razones por el valor que tiene como precedente. Equivale a reconocer que el agente puede responder como autor de un delito por imprudencia temeraria, aunque no haya mediado ninguna clase de imprudencia. Se abre así una peligrosa brecha en el artículo 565, que se convierte infundadamente y contradiciendo su claro tenor literal en otro precepto más cobijador del *versari* y fundamentador de responsabilidades objetivas.

La S. 17 diciembre de 1958, criticada desde este punto de vista con toda razón por Cobo (43), ofrece un claro ejemplo de cuanto venimos señalando. La Audiencia, sin duda en atención a la imprevisibilidad del resultado muerte, había apreciado la preterintencionalidad como

(42) Vid. sentencias 17 diciembre 1958, 28 septiembre 1964, 17 diciembre 1964, 5 junio 1968, 17 junio 1969 y 15 noviembre 1969.

(43) M. COBO, «*Praeter intentionem*» y principio de culpabilidad, cit., páginas 102 y ss.

atenuante muy calificada. El T. S. sustituye la calificación del Tribunal *a quo* por la de homicidio imprudente, invocando los siguientes razonamientos: «El acto inicial, de indudable lesividad, sólo permite valorar como consecuencia posible y previsible, la de unas lesiones corporales de escasa entidad, ya que se trata de una agresión sin armas y sin especiales condiciones de gravedad, y el resultado mortal se encuentra tan alejado del propósito y de la actuación de los agresores, como que el lanzamiento de la contendiente, que lógicamente debía ser contenida por la barandilla, se convirtió en consecuencia mortal, por el desprendimiento de esta barandilla, cuyas malas condiciones y la posterior declaración de finca ruinoso, no permiten prever en el momento de la lucha que muera la persona lanzada, ya que en el curso ordinario de la vida los sucesos que tienen este procedimiento no autorizan como lógica la posibilidad de enlazar el acto de los procesados con la muerte de la ofendida, más que desde el punto de vista de la causalidad material, pero no, como exige el proceso penal, desde el punto de vista de la causalidad jurídica, porque si se da intención agresora y *animus laedendi*, no existe *animus necandi*, como sería preciso para hablar de homicidio en cualquiera de sus formas, incluso en la preterintencional, que en ningún modo se presenta a la inteligencia, ni a la voluntad de los agresores, como efecto necesario y ni siquiera posible de su acto, y en consecuencia, procede acoger el recurso en el sentido no de tratarse de un homicidio preterintencional con arreglo a los artículos 407, 9, número 4 del C. P., sino de un delito de imprudencia temeraria del que resulta la muerte de una persona, conforme al párrafo primero del 565 del Código penal, en relación con el 407 del mismo Código».

Como puede observarse, se descarta la calificación de homicidio doloso con la atenuante de preterintencional invocando insistentemente el carácter *imprevisible* de la muerte, y seguidamente se aplica el primer párrafo del artículo 565, es decir, se castiga como homicidio cometido por imprudencia temeraria una muerte fortuita.

Abundando en la misma línea, la S. 6 octubre 1969, en un caso parecido descarta la aplicación del artículo 565 mediante el paradójico argumento de que la muerte era «previsible». La Audiencia, moviéndose en la dirección de la S. 17 diciembre 1958, había calificado los hechos como homicidio culposo. El T. S. casa la sentencia y vuelve a la calificación de homicidio doloso con la atenuante de preterintencionalidad, «por cuanto al autor del referido empujón *mal podían ocultársele las más que probables consecuencias lesivas y aun mortales*», que su voluntario y hostil acto de fuerza pudiera naturalmente ocasionar, al precipitar de espaldas la persona a la que empujaba, por la escalera con aristas vivas, sin barandilla ni protección natural y sobre suelo duro; caso bien distinto al contemplado en la S. 17 diciembre 1958, *en la que escapaba a la previsión* de la persona que dio el empujón a una señora contra una barandilla, que ésta cediese, se rompiese y cayese la empujada a un patio, produciéndose lesiones que determinaron su fallecimiento».

Por este camino se llega a la sorprendente conclusión de que la *previsibilidad* del resultado excluye la posibilidad de aplicar, como había hecho la Audiencia, el artículo 565, que, según la interpretación de la S. 17 diciembre 1958, deberá aplicarse, en cambio, cuando la muerte es imprevisible (fortuita) (44).

3.—INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE AMBOS PRECEPTOS.

A) *Causas por las cuales la fórmula de Silvela origina resultados injustos.*

La solución de Silvela es —como dice Antón— «el único medio de encontrar una función a la atenuante cuarta sin menoscabo de la correspondiente al artículo 50 y logra salvar lo que de otro modo sería contradicción entre ambos preceptos» (45). Pero —como advierte el propio Antón— los resultados a que conduce no son justos. Conforme a ella, por ejemplo, «el que con intención de causar lesiones menos graves ocasiona una muerte, incurrirá en la pena de las primeras en su grado máximo, por aplicación del artículo 50, mientras que si ocasiona lesiones graves tendrá que responder de éstas con la atenuante cuarta» (46). Por otro lado —observa Antón—, si se aplicase en todo

(44) La doctrina de la S. 17 diciembre de 1958 es criticable, como advierte M. COBO, «*Praeter intentionem*» y *principio de culpabilidad*, cit., p. 105, tanto por lo que se refiere a la configuración que hace del homicidio preterintencional, para el que exige inadecuadamente la existencia de *animus necandi*, que por definición ha de faltar, como por lo que respecta a la interpretación que hace del artículo 565: «El resultado muerte acontecido es, por tanto, para los procesados, en el caso estudiado, *imprevisible*: ni objetiva ni subjetivamente puede decirse que se hubiese podido prever, conforme se afirma en los «considerandos». Pero quizá por un afanoso deseo de descartar el homicidio preterintencional, la propia sentencia se ha ido cerrando el paso a la solución por la que definitivamente se decide: la imprudencia temeraria del párrafo primero del artículo 565 en relación con el 407. Resulta que la muerte es totalmente imprevisible, que no puede ser referida psicológicamente a los agentes, que sólo mediante el concurso de una causa extraña y anormal se produce materialmente, que son las malas condiciones de la barandilla las que, en suma, precipitan el suceso... y entonces se castiga por la forma más grave de imprudencia del número 1 del artículo 565. No se llega a comprender cómo habiendo negado la previsibilidad del resultado, la relación de causalidad «normal» y toda referencia subjetiva, puede afirmarse acto seguido que se trata de un homicidio por imprudencia; tampoco cómo una sentencia que descarta el arranque lícito de la imprudencia, y se muestra extraordinariamente rigurosa en la configuración del homicidio preterintencional, finaliza aceptando una concepción puramente causal material, sumamente genérica, de la primera; ni menos cómo habiéndose negado la operatividad del *versari* (necesariamente la culpa no necesita un arranque lícito), se emplea el mismo argumento implícitamente para, en definitiva, construir la imprudencia, y no afirmar *la falta también de esta última*, calificando el hecho de acuerdo con la estricta culpabilidad de los agentes».

(45) J. ANTÓN ONECA, J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho Penal*, I, cit., p. 336, nota 1.

(46) J. ANTÓN ONECA, J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho Penal*, I, p. 336, nota 1.

caso el artículo 50, se daría lugar al siguiente absurdo: «quien tirando al blanco —o sea, sin intención delincente— matare a un hombre, sería responsable de homicidio por imprudencia temeraria e incurriría en prisión menor; el que con su disparo intenta causar daños y mata a un hombre, respondería sólo por daños e incurriría en una multa o en arresto mayor. Lo cual equivaldría a dar un premio a la intención delincente» (47).

Cualquier solución sobre la materia, que aspire a ser viable, ha de partir efectivamente de la fórmula de Silvela. Ahora bien, es preciso, a nuestro juicio, proceder a una interpretación restrictiva que, sin desvirtuar el sentido originario de dicha fórmula, evite las consecuencias insatisfactorias a que conduce su versión inicial.

Los resultados injustos a que da lugar la fórmula de Silvela derivan, por un lado, de considerar como el *mismo delito* los *distintos tipos* comprendidos bajo un *nomen iuris genérico*, y, por otro, de incluir en el artículo 50 también los *casos de desviación*. Ninguna de estas consideraciones resulta obligada. Antes al contrario, un análisis detenido de nuestro cuerpo legal conduce a rechazarlas.

B) *Posibilidad de evitar los resultados injustos a que conduce la fórmula de Silvela en su versión originaria.*

a) *Las nociones de «delito distinto» y «mismo delito».*

No sólo no resulta obligado, sino que no está en absoluto permitido estimar que el delito de lesiones menos graves y el delito de lesiones graves son el *mismo delito* (la autonomía sería aún mayor, obviamente, si incluyéramos en la relación las faltas de lesiones) por el simple hecho de que ambas figuras delictivas aparecen comprendidas en un mismo capítulo del Código, bajo la común denominación de *lesiones*. Que estamos aquí ante figuras con contenido y ámbito de aplicación propios se deduce, sin más, de la diversa estructuración de la acción típica, con especificación de medios en las lesiones graves y sin limitación de medios en las menos graves (48), y del «cambio de criterio» en orden a la gravedad del resultado, no siendo suficiente en las lesiones menos graves que la enfermedad dure más de quince días, exigiéndose que concurra, además, la incapacidad para el trabajo o sea precisa la asistencia facultativa por igual tiempo (49). La misma autonomía hay que predicar, por ejemplo, entre las lesiones graves del artículo 420

(47) J. ANTÓN ONECA, J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho Penal*, I, p. 214, nota 2.

(48) A. QUINTANO, *Tratado de la parte especial del Derecho Penal*, I (Madrid 1962), p. 640 y ss.

(49) Cfr. J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español. Parte especial*, 3.^a ed. (Madrid 1969), p. 136.

y la castración o esterilización del artículo 418, que son figuras con una estructura subjetiva radicalmente diversa, revelando el tipo de la castración una nueva jerarquía valorativa, reflejada en la penalidad, la misma que se señala para el homicidio.

La interesante S. 23 noviembre 1934 rechazó, calificándola con razón de peligrosa, la doctrina que considera como el mismo delito las distintas figuras comprendidas, bajo una denominación genérica, en un mismo capítulo del Código. De aceptar semejante doctrina, sería obligado llegar a las consecuencias que precisamente pretendieron evitarse mediante la creación en 1870 de la regla del párrafo primero del artículo 50. En efecto, a partir de la reforma de 1932 las distintas figuras de delitos contra la vida aparecen agrupados en un mismo capítulo, con la denominación común «del homicidio». Habría que entender, pues, que el hijo que, queriendo matar a un extraño, mata por error a su padre, comete el *mismo delito* que se había propuesto ejecutar y, por consiguiente, no puede entrar en juego el artículo 50. El agente debería responder como autor de un delito doloso de parricidio, si bien con la atenuante cuarta de preterintencionalidad.

En definitiva, para saber si es aplicable el artículo 50 o la circunstancia 4.^a del 9, lo decisivo es determinar si la discordancia entre lo propuesto y lo ejecutado origina o no el paso de uno a otro tipo diverso, dependiente o autónomo (50). Decide, pues, la diferencia de tipos de las correspondientes figuras delictivas, al margen de que la inicialmente perseguida y la efectivamente cometida aparezcan reunidas en un mismo capítulo y respondan a una designación común (51). En este sentido, por ejemplo, las lesiones menos graves y las lesiones graves son delitos distintos, y por tanto, cuando el sujeto, queriendo producir las primeras, causa las segundas, es aplicable el artículo 50 y no la atenuante de preterintencionalidad, que deberá reservarse para los casos en que la divergencia entre el evento propuesto y el causado se mueve dentro de la variedad de resultados descritos en los respectivos marcos de las lesiones graves y menos graves.

Con esta interpretación se soslaya el primero de los resultados injustos que, siguiendo la exposición de Antón, habíamos visto se derivaba de la fórmula de Silvela en su versión originaria (el que con intención de causar lesiones menos graves, ocasiona una muerte, incurriría en la pena de las primeras en su grado máximo a tenor del artículo 50, mientras que si ocasiona lesiones graves tendría que responder de éstas con la atenuante cuarta).

(50) Sobre la diferencia entre tipos atenuados o agravados (que se muestran como una forma de aparición *dependiente* del tipo básico) y tipos autónomos, vid. R. MAURACH, *Tratado de Derecho Penal* (traducción y notas por J. CÓRDOBA RODA), I, p. 281 y ss.

(51) Cfr. J. CEREZO MIR, *El «versari in re illicita» en el Código Penal español*, cit., p. 58, nota 33, para quien la aplicación del artículo 50 no requiere que los dos delitos sean independientes en sentido estricto, «sino que basta que se trate de tipos cualificados (atenuados o agravados) (homicidio-parricidio)».

b) Delitos «más allá de la intención» y delitos «fuera de la intención».

La segunda de las causas por las que la fórmula de Silvela origina resultados injustos es la inclusión en el artículo 50 no sólo de casos de *preterintencionalidad* en los que el resultado más grave implica la existencia de un delito distinto, sino también de supuestos de *desviación*.

La necesidad de proceder a una interpretación restrictiva del artículo 50 fue denunciada repetidas veces en nuestra más reciente literatura.

«A mi juicio —indica Cerezo—, no hay más que un camino posible y es el de una interpretación restrictiva, que permita aplicar estos preceptos solamente cuando se trate de un supuesto de error *in persona* o un caso de *aberratio ictus*, en que éste dé lugar a que la víctima sea una persona distinta. Este error sería irrelevante a efectos penales, salvo cuando afecte a la índole del delito (homicidio-parricidio, homicidio común y homicidio del Jefe del Estado, por ejemplo). Entonces se habrán de aplicar las reglas de medición de la pena del artículo 50. La solución no es satisfactoria, pero no hay, según creo, otra mejor. Se restringe así el ámbito de aplicación del párrafo 3.º del artículo 1.º y de las reglas de medición de la pena del artículo 50 a los casos que constituyeron el motivo de la reforma» (52).

Una interpretación restrictiva como la de Cerezo (que reduce el ámbito del artículo 50 a los casos de *error in persona* y *aberratio ictus* que dé lugar a persona distinta, y afecten a la índole del delito) tiene, en opinión de Cobo, el inconveniente de hacer peligrar la limitación de la atenuante cuarta del artículo 9 a los casos en que tanto el resultado propuesto como el efectivamente causado constituyen el *mismo delito*. Cobo subraya que las reglas de Silvela son complementarias, de suerte que la una condiciona la vigencia de la otra. Si se limita la esfera del artículo 50 a los supuestos indicados por Cerezo, no existirá luego base para, *contrario sensu*, reducir el artículo 9, cuarta, al mismo delito. Según Cobo, hay que buscar ciertamente una interpretación restrictiva del artículo 50, pero una interpretación restrictiva que salve al mismo tiempo la congruencia interna de la fórmula de Silvela. Esto se consigue, a su juicio, si se reserva la aplicación del párrafo primero del artículo 50 para los siguientes supuestos: 1.º *Error in persona* y *aberratio ictus* que da lugar a que la víctima sea persona distinta y afecten a la índole del delito; 2.º y, además, los casos en que, con dolo de lesiones, se produce un resultado de muerte. («Delito *distinto*, sí, pero únicamente referido al binomio lesiones-homicidio») (53).

(52) J. CEREZO MIR, *El «versari in re illicita» en el Código Penal español*, cit., p. 58-59. Como advierte el propio Cerezo, p. 59, nota 35, esta interpretación coincide en el resultado con la de A. HUERTA FERRER, *La relación de causalidad en la teoría del delito* (Madrid 1948), p. 331 y ss.

(53) M. COBO, «*Praeter intentionem*» y principio de culpabilidad, cit., p. 99.

Las interpretaciones re restrictivas que estamos comentando, plausibles en sus propósitos, resultan, sin embargo, hasta cierto punto insatisfactorias. No hay base, como ya hemos indicado anteriormente, para reservar la aplicación del párrafo primero del 50 a los casos de error *in persona* y *aberratio ictus* que origina un cambio de víctima. Y, por otra parte, no se ve la razón que permita incluir en el citado precepto los casos en que con dolo de lesiones se produce un resultado de muerte y excluir contemporáneamente otros casos de preterintencionalidad de naturaleza idéntica (54).

Una interpretación restrictiva del párrafo primero del artículo 50 que le dote de un contenido coherente y al mismo tiempo no quebrante la congruencia de las reglas de Silvela, puede obtenerse, a nuestro juicio, partiendo de la firme premisa de que dicho precepto regula supuestos de *preterintencionalidad*. En este sentido resulta sumamente interesante la S. 15 noviembre 1969, en la que se habla del «peculiar instituto de la preterintencionalidad desdoblada en la atenuante cuarta del artículo 9, calificable de preterintencionalidad homogénea o de grado menor, y en la praterintencionalidad heterogénea o de grado mayor contemplada en el casi inédito apartado primero del artículo 50».

Si se acepta esto, hay que admitir seguidamente que los delitos a que se refiere el párrafo primero del artículo 50 han de ser, sí, delitos *distintos*, de mayor gravedad el cometido que el propuesto, pero en todo caso de contenido sustancial idéntico u homogéneo, porque, como ya hemos visto, a la esencia de la preterintención pertenece la idea de progresión, que implica, a su vez, que el bien jurídico que se quería ofender y el que efectivamente se lesionó sean de la misma especie o al menos pertenezcan al mismo género.

Quedan, pues, al margen del párrafo 1.º del artículo 50 los casos

Una consideración crítica, a su vez, de la interpretación de COBO, puede verse en J. CEREZO MIR, *El versari in re illicita y el párrafo tercero del artículo 340 bis ñ del Código penal español*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL (1970), p. 297 y ss.

(54) Son precisamente estos casos de preterintencionalidad, en los que el resultado efectivamente causado da lugar a un delito distinto del perseguido, los que motivan, a nuestro juicio, que la interpretación de Cobo acabe rompiendo también la congruencia de las reglas de Silvela. Porque si conducimos al artículo 50, párrafo primero, de todos esos casos de preterintencionalidad tan sólo los supuestos de lesiones-homicidio, parece que a los restantes deberá aplicárseles el artículo 9, cuarta. Pero entonces ya no puede continuar sosteniéndose que este último precepto debe contraerse siempre al *mismo delito*. M. COBO, «*Praeter intentionem*» y *principio de culpabilidad*, cit., pág. 100: «La anterior interpretación es *restringida*, desde el momento que *sólo* contempla lo expuesto en c') (en c' se reduce el ámbito del párrafo primero del artículo 50 a los casos de error *in persona* y *aberratio ictus* que dé lugar a persona distinta y afecten a la índole del delito, y a los casos en que con dolo de lesiones se produce un resultado de muerte) y se evitan los absurdos ya apuntados por la doctrina (especialmente referidos al delito de daños, o cualquier otro que no se encuentre en la línea lesiones-homicidio). De otro lado, no invalida la afirmación, generalmente aceptada, de a) (en a se dice que la atenuante de preterintencionalidad, «como dejó expuesto Silvela, y se adhiere la doctrina dominante, deberá contraerse siempre al *mismo delito*»).

en los que el delito de mayor gravedad está *fuera de la intención* y cuya relación con el propuesto no es de *progresión*, sino de *desviación*. Por ejemplo, el agente quería producir daños y causa homicidio. En estos casos, si existió imprudencia respecto al evento más grave, deberá apreciarse un concurso de delitos: delito doloso de daños (consumado o imperfecto) y delito culposo de homicidio (55). Esta es la solución adoptada en la S. 17 diciembre 1964, que enjuicia un supuesto en el que de un «mero empujón constitutivo del ánimo de atentar al principio de autoridad» deriva la muerte de un agente. El T. S. califica los hechos como un concurso del delito de atentado del artículo 236 y de homicidio imprudente.

(55) Si el resultado más grave se produjo por caso fortuito, no será posible hablar de dos delitos (por faltar toda culpabilidad respecto al evento de mayor gravedad), y la responsabilidad del autor deberá contraerse al delito doloso (consumado o imperfecto) que intencionalmente perseguía. Puede invocarse, según la interpretación que en otra ocasión hemos ofrecido de la eximente octava del artículo 8 (caso fortuito), la ausencia de *voluntariedad*, que el artículo 1.º del C. exige, con carácter general, para la existencia de delito. Distinta ha de ser la solución, naturalmente, para quienes entiendan que la ilicitud de la conducta inicial fundamenta, a tenor del art. 8, número 8.º, la responsabilidad también por los resultados fortuitos. Cfr. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Hacia una nueva interpretación de la eximente de caso fortuito*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL (1963), página 273 y ss.

