

El «*versari in re illicita*» en el Código penal español

JOSE CEREZO MIR

El principio *qui versatur in re illicita respondit etiam pro casu*, es decir, el que realiza un acto ilícito responde de todas las consecuencias de dicho acto, aunque no fueran queridas, ni previstas, ni previsibles por él, tiene su origen en el Derecho penal de la Edad Media, inspirado fundamentalmente en el criterio de la responsabilidad objetiva. Aparece por vez primera en las fuentes del Derecho canónico (1) y representó entonces una dulcificación de la responsabilidad objetiva del Derecho penal germánico (2). El *versari in re illicita* es incompatible, sin embargo, con el principio de culpabilidad (no hay pena sin culpabilidad). El resultado no querido, no provisto y a veces incluso no previsible es imputado al agente por el mero hecho de su vínculo causal con un acto ilícito y le es imputado a título de dolo. El principio del *versari* obliga a reconocer la responsabilidad dolosa donde no concurre siquiera culpa. Si alguien quiere matar al caballo de su vecino, movido por un deseo de venganza, y dadas las circunstancias del caso, no puede percibir que junto a él está su dueño, y al disparar mata al dueño en vez de matar al caballo, el principio, del *versari in re illicita* obliga a admitir que la muerte de su vecino ha sido dolosa, cuando no ha concurrido siquiera culpa. De acuerdo con el principio de culpabilidad, cabría admitir en este caso exclusivamente un delito frustrado de daños.

La opinión dominante en la doctrina considera que nuestro Código penal da amplia cabida al principio del *versari in re illicita* (3). En el párrafo tercero del artículo 1.º —que dice: «El que cometiere voluntariamente un delito o falta incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar»— ven casi todos los autores espa-

(1) Véase los estudios históricos del P. PEREDA, *El «versari in re illicita» en la doctrina y en el Código penal*. Solución suareciana, Madrid, 1948, págs. 22 y ss. (especialmente las págs. 37-8, 46-8 y 66-8), y de HUERTA FERRER, *La relación de causalidad en la teoría del delito*, Madrid, 1948, págs. 239 y ss.

(2) Así lo afirma con razón el P. PEREDA, *Ob. cit.*, pág. 67.

(3) Véase, por ejemplo, RODRIGUEZ MUÑOZ, *Notas a la traducción del Tratado de Derecho Penal de Mezger*, II, 1949, págs. 27 y ss., y FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, I, págs. 30 y ss., 217 y ss., y II, págs. 236 y ss.

fioles el reconocimiento expreso y general del *versari* (4). El párrafo 3.º del artículo 1.º es puesto en relación con el número 4.º del artículo 9.º y el artículo 50. El número 4.º del artículo 9.º establece la llamada atenuante de preterintencionalidad: «La de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo.» El artículo 50 está contenido en el capítulo IV del título III, que establece las reglas para la aplicación de las penas, y dice: «En los casos en que el delito ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar el culpable, se impondrá a éste la pena correspondiente al delito de menor gravedad en su grado máximo. Lo dispuesto en el párrafo anterior no tendrá lugar cuando los actos ejecutados por el culpable constituyeran tentativa o frustración de otro hecho, si la ley castigare estos actos con mayor pena, en cuyo caso se impondrá la correspondiente a la tentativa o al delito frustrado». Para delimitar la esfera de aplicación del número 4.º del artículo 9.º y el artículo 50, ha prevalecido en la doctrina la interpretación propuesta por Silvela (5). La atenuante del número 4.º del artículo 9.º se aplica cuando el mal causado por el agente es mayor que el que se había propuesto causar, pero el delito ejecutado es el mismo que se había propuesto cometer. Las reglas del artículo 50 se aplicarían, en cambio, cuando el delito correspondiente al resultado causado y el que se había propuesto ejecutar el autor sean distintos. La atenuante del número 4.º del artículo 9.º se aplica, por ejemplo, cuando las lesiones causadas sean más graves que las que se propuso causar el agente. El artículo 50 se aplicaría, en cambio, cuando queriendo el autor causar sólo lesiones produce involuntariamente la muerte de la víctima. El campo de aplicación de la atenuante del número 4.º del artículo 9.º se reduce, por tanto, a aquellos delitos cuyos resultados sean susceptibles de graduación.

El Tribunal Supremo español no ha aceptado esta interpretación del número 4.º del artículo 9.º y del artículo 50. Ha mantenido el criterio de que en los delitos contra las personas el artículo 50 debe ser aplicado sólo en los casos en que el sujeto pasivo sea una persona distinta de la que quiso lesionar el culpable (error in persona, aberratio ictus) (6). En los demás casos puede aplicarse la atenuante de preterintencionalidad del número 4.º del artículo 9.º. Si el autor quería causar sólo lesiones y produce la muerte de la víctima, el Tribunal Supremo suele aplicar la pena del ho-

(4) Se aparta de la opinión dominante el P. PEREDA, Ob. cit., págs. 166 y ss. Más adelante nos ocuparemos de su interpretación.

(5) SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la Legislación vigente en España*, Madrid 1879, II, pág. 137.

(6) Véase, p. ej., las sentencias de 2 de octubre de 1897, 25 de enero de 1909, 8 de julio de 1914, 14 de noviembre de 1917, 15 de octubre de 1942, 5 de enero de 1944, 17 de marzo de 1947, 23 de enero de 1959 y de 13 de noviembre de 1959.

micidio doloso con la atenuante de preterintencionalidad (7). El fundamento de este criterio se halla, según Antón Oneca, en que concretadas las figuras de lesiones por medio de los resultados causados, específicamente descritos, ha repugnado al Tribunal Supremo el calificar las lesiones que tardaron en curar un cierto número de días aquellas que dieron lugar a la muerte de la víctima (8).

La doctrina española ha visto, por último, una nueva confirmación del reconocimiento por el Código del *versari in re illicita* en el número 8 del artículo 8.º Este dice: «El que en ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente, sin culpa ni intención de causarlo.» Este precepto regula, según la opinión unánime, la eximente del caso fortuito como límite de la culpabilidad. El primer requisito que establece es que la conducta inicial del autor sea *lícita*, es decir, que no exista dolo alguno (9). Si a ello se añade, dice Rodríguez Muñoz, que en jurisprudencia constante se viene considerando al artículo 8.º como un catálogo cerrado de las causas de exclusión de la responsabilidad, resulta evidente que la presunción de culpabilidad de la conducta no podrá ser destruída sino mediante la demostración positiva de que concurren los requisitos enumerados en el número 8.º, es decir, que la conducta inicial era *lícita* (10).

(7) Son innumerables las sentencias en este sentido. Véase, entre las más recientes, las de 11 de febrero de 1950, 27 de mayo de 1950, 18 de octubre de 1951, 10 de diciembre de 1951, 6 de octubre de 1952, 18 de octubre de 1952, 26 de marzo de 1953, 27 de junio de 1953, 1 de julio de 1953, 2 de abril de 1954, 25 de febrero de 1955, 7 de noviembre de 1955, 12 de febrero de 1957, 12 de marzo de 1957, 23 de mayo de 1957, 5 de diciembre de 1957, 19 de junio de 1958, 15 de octubre de 1958, 3 de enero de 1959, 5 de mayo de 1959, 13 de noviembre de 1959 y 30 de diciembre de 1959. De esta línea general se apartó la sentencia de 17 de diciembre de 1958, que aun reconociendo la existencia de dolo de lesiones (de escasa entidad) calificó el hecho de homicidio por imprudencia temeraria.

(8) ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, I, Parte General, 1949, pág. 231. En este sentido, expresamente, la sentencia de 13 de noviembre de 1959 («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»). ANTÓN ONECA observa, sin embargo, con razón, que los resultados hipotéticos, para la determinación de la pena según la intención del sujeto, son adoptados continuamente en la tentativa.

(9) La ilicitud meramente administrativa no es suficiente para excluir por sí el caso fortuito, según doctrina del Tribunal Supremo, mantenida, por ejemplo, en las sentencias de 23 de diciembre de 1932 y 17 de marzo de 1933. No faltan, sin embargo, sentencias contradictorias (véase, p. ej., la de 10 de julio de 1954). La lícitud del núm. 8 del art. 8.º ha de ser interpretada como una falta de ilicitud penal, según la opinión dominante en la doctrina; véase, p. ej., FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, I, Murcia, 1946, págs. 219-20, y ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, I, Madrid, 1949, pág. 232.

(10) Notas a la traducción del *Tratado de Derecho Penal de Mezger*, II, 1949, pág. 30.

En íntima conexión con esta interpretación de los preceptos mencionados se halla también la doctrina mantenida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo —con excepciones cada vez más frecuentes (11)— de que no es posible apreciar la culpa si

(11) Entre las sentencias antiguas merece ser destacada la de 8 de julio de 1933. Antes de la promulgación de la Ley penal del automóvil de 9 de mayo de 1950, las sentencias en que se admitía la culpa, a pesar de ser el acto inicial penalmente ilícito, fueron muy raras y no muy claras. Después de promulgada la mencionada Ley, las excepciones se han hecho cada vez más frecuentes. Al constituir ahora delito, conductas como la conducción sin permiso (art. 3.º), se pusieron de manifiesto de modo aún más claro las consecuencias injustas a que conduce el pensamiento del *versari*. Todas las lesiones de bienes jurídicos, causadas en forma no dolosa, por el que conduce sin permiso, le habrían de ser imputadas a título de dolo, aunque no concurra siquiera culpa. La más explícita de las nuevas sentencias es la de 17 de diciembre de 1958: «Que la doctrina de esta Sala ha moderado en cierto respecto el carácter absoluto de la exigencia de licitud del acto inicial originario del delito culposo, moderación que ha tenido lugar en ciertas hipótesis delictivas previstas en la Ley penal del automóvil de 9 de mayo de 1950, que a pesar de su comienzo con ilicitud, como sucede en la conducción sin permiso o licencia del conductor, no impide que el daño posterior en personas o cosas se venga calificando de imprudencia punible; lo que coincide, en la esfera administrativa influyente en lo penal, con la figura de simple imprudencia o negligencia antirreglamentaria comprendida en el párrafo 2.º del artículo 565 del Código, cuyo origen ilícito admite la Ley represiva.» Véase, además, las sentencias de 2 de diciembre de 1953, 17 de diciembre de 1953, 3 de mayo de 1955, 27 de junio de 1955, 1 de marzo de 1956, 8 de marzo de 1956, 3 de diciembre de 1956, 2 de enero de 1957, 12 de noviembre de 1957, 13 de diciembre de 1957, 16 de diciembre de 1957, 23 de diciembre de 1957, 8 de abril de 1958, 29 de abril de 1958, 7 de mayo de 1958, 10 de diciembre de 1958, 12 de febrero de 1959, 14 de marzo de 1959, 3 de abril de 1959, 14 de mayo de 1959, 26 de mayo de 1959, 8 de octubre de 1959, 13 de noviembre de 1959, 21 de noviembre de 1959, 19 de diciembre de 1959, 4 de enero de 1960, 16 de enero de 1960, 1 de febrero de 1960, 11 de febrero de 1960, 1 de abril de 1960, 20 de abril de 1960, 21 de mayo de 1960, 11 de octubre de 1960, 9 de noviembre de 1960, 12 de noviembre de 1960, 21 de noviembre de 1960, 28 de noviembre de 1960 y 20 de diciembre de 1960. En todas estas sentencias —salvo la de 17 de diciembre de 1958— se trata siempre de casos en que la conducta dolosa inicial es uno de los delitos de la Ley de 9 de mayo de 1950. En los demás casos el Tribunal Supremo mantiene la doctrina tradicional; véase las sentencias de 30 de enero de 1954, 2 de abril de 1954, 24 de abril de 1954, 26 de septiembre de 1955, 16 de enero de 1957, 25 de noviembre de 1957, 5 de diciembre de 1957, 3 de febrero de 1958 y 19 de junio de 1958. No cabe hablar, pues, sino de una atenuación del requisito del arranque lícito de la conducta —como dice la sentencia de 17 de diciembre de 1958—, pero no de un definitivo abandono. En la sentencia de 23 de mayo de 1961 se sigue el principio del *versari*, a pesar de la solemne declaración en contra de dicho principio, en uno de los considerandos. La misma sentencia reconoce la falta de dolo de homicidio, al apreciar la c.ª 4.ª del artículo 9.º y la responsabilidad del autor a título de homicidio *doloso* se basa exclusivamente en el nexo causal y la existencia del dolo de lesiones. El abandono del requisito del arranque lícito en la culpa es, sin duda alguna, aconsejable (lo han exigido últimamente con especial insistencia, JIMÉNEZ ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, V, págs. 847 y ss., y QUINTANO RIPOLLÉS, *El Derecho penal de la culpa*, páginas 310-1), pero requiere una interpretación adecuada de todos los

la conducta inicial del autor era ilícita. Se trata, naturalmente, de una ilicitud penal, pues dada la redacción del párrafo 2.º del artículo 565 (imprudencia simple con infracción de reglamentos) no cabía concebir la ilicitud de un modo más amplio (12).

¿La interpretación, de la opinión dominante, de los preceptos legales mencionados es, sin embargo necesaria? ¿Es preciso admitir que estos preceptos del Código penal español se inspiran en el principio del *versari in re illicita*? ¿Es éste su único sentido posible?

En primer lugar nos plantearemos el problema de si esta interpretación, a que han llegado la doctrina y la jurisprudencia, coincide con la voluntad del legislador histórico.

En el Código penal de 1848 parece indudable que el legislador quiso introducir el principio del *versari in re illicita*. Basta leer para convencerse de ello las palabras de Pacheco al comentar la circunstancia tercera del artículo 9.º (hoy cuarta) y el número 8.º del artículo 8.º Respecto a la atenuante de preterintencionalidad dice: «Hay discordancia entre la intención y la obra, y esta discordancia resulta de haber sido la obra más dura, más grave, más punible que la intención. Quiso dar un golpe y se mató; quiso herir a un extraño y se hirió a un hijo o a un padre. El mal causado es mayor que el mal querido: lo material y lo moral de la obra, lo hecho y lo intentado no han ido acordes. No pretendía hacer el agente todo el daño que «hizo.» «Primeramente queremos advertir que la ley dice *«todo el mal que produjo»*, y supone por lo mismo que el actor de quien se habla se proponía causar o producir *algún mal*. Y justamente se lo propone, y parte de tal supuesto en este caso, pues si hubiera obrado sin esa intención; si hubiera sido en su ánimo inocente; si el mal hubiese ocurrido por casualidad tan sólo, entonces no sería aquí donde habríamos de buscar el oportuno derecho, ni serían tal vez las circunstancias atenuantes el único beneficio que sacara de su intencional inocencia. Aquí nos ocupamos únicamente de hechos que exceden al propósito, pero que se derivan de un criminal propósito» (13).

Respecto a la eximente del caso fortuito dice: «Como se ve, la ley ha rodeado de precauciones, y de justas precauciones, su disposición. Primeramente ha puesto como base que la acción que se pensaba cometer había de contarse entre las lícitas. Ha querido y ha dispuesto que, cuando se emprende una criminal no sea causa que justifique la del *acaso*, aun suponiendo que lo hubiera en lo que resultó. La inocencia absoluta de lo intentado es una precisa

preceptos concomitantes (párrafo 3.º del art. 1.º, núm. 8 del art. 8.º, c.ª 4.ª del art. 9.º y art. 50). Sólo así puede quedar privada de todo sentido la doctrina tradicional del Tribunal Supremo y se ataca el mal en su raíz.

(12) Véase, en este sentido, la sentencia de 10 de diciembre de 1949 y la ya mencionada de 17 de diciembre de 1958.

(13) PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, 1.ª segunda edición, 1856, pág. 195.

condición según ella, para justificar lo sucedido». «Si en ello no había intención de verificar lo que se verificara, había, empero, una intención ilícita, y se marchaba por el camino del crimen, del peligro ó de la desobediencia a la ley. No se puede rectamente pretender la absolución de lo que era sólo un paso más en la vía por donde se andaba. Quien de su voluntad se acerca a males notorios no se queje si perece en ellos» (14) (15). Con la misma claridad se expresan también Castro y Orozco y Ortiz de Zúñiga. Al comentar el artículo 469 (que corresponde al artículo 565 del Código actual) afirman estos comentaristas rotundamente: «Según el principio o base en que descansa la definición del delito hecha en el artículo 1.º y la exención número 8 del artículo 8.º, cuando no ha habido intención de causar todo el mal que se produjo, pero existió al cabo intención de causar alguno, el Código concede sólo una circunstancia atenuante a favor del reo (véase el comentario a la 3.ª del art. 9.º) (16).»

El párrafo 3.º del artículo 1.º en el Código de 1848 (como en el de 1850) se refería únicamente a los supuestos de error in persona y alguno de los casos de *aberratio ictus* (en que el error en el golpe da lugar a que la víctima sea una persona distinta). El error debía ser inessential para que pudiera ser aplicado este precepto, según los comentaristas de la época, es decir, el error no debía alterar la índole del delito. En otro caso (homicidio-parricidio, por ejemplo) este precepto no debía encontrar aplicación y debía ser resuelto el caso de acuerdo con la definición del delito (doloso) del párrafo 1.º del artículo 1.º (17). Los comenta-

(14) PACHECO, *Ob. cit.*, I, pág. 167. Es curioso que entre los ejemplos que cita PACHECO haya uno (el que corría un caballo donde estaba prohibido que se corriese) que aparece ya en las Decretales de Gregorio IX (cap. 13, *Dilectus*) y en las Partidas (ley 15, título IV de la primera Partida); véase P. PEREDA, *Ob. cit.*, págs. 55 y 94. En este caso habían negado ya, sin embargo, gran parte de nuestros clásicos la responsabilidad por el *versari*; véase P. PEREDA, *Ob. cit.*, pág. 75.

(15) En el mismo sentido que PACHECO, VIZMANOS y ALVAREZ, *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1848, I, págs. 86-7 (caso fortuito) y páginas 117 y 118 (circunstancia tercera del artículo 9.º).

(16) CASTRO y OROZCO y ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Código Penal*, Granada, 1848, págs. 80 y ss. Véase también pág. 60 (caso fortuito) y pág. 66 (c.ª 3.ª del art. 9.º).

(17) En este sentido PACHECO, *Ob. cit.*, I, pág. 81 y ss. Dice PACHECO: «El delito —hemos dicho— es una acción voluntaria penada por la ley. Luego si no hay acción penada por la ley, no hay delito. Luego si no hay voluntad penada por la ley, tampoco hay delito. La acción y la intención son igualmente indispensables. La acción sin la voluntad no lo es. La intención sin el hecho tampoco» (pág. 82). «En aquel grado es en el que convienen el hecho y el intento. Lo que el uno de los dos tenga más que ese grado, aquello es singular, aquello o no es acción o no es voluntario y, por consiguiente no puede influir en la naturaleza del delito» (pág. 83). En el mismo sentido que PACHECO, VIZMANOS y ALVAREZ, *Ob. cit.*, I, pág. 13 y ss. «... Pero adviértase esto bien: el delito consumado, aunque en persona distinta de la que el culpable se proponía ofender, ha de ser el mismo que el delincuente se propuso, pues de otro modo

ristas de la época no advirtieron la contradicción flagrante entre la solución que daban a estos casos, en que el error in persona afectaba a la índole del delito y su interpretación del número 8 del artículo 8.º, c.ª 3.ª del artículo 9.º y artículo 469 (hoy 565).

En la reforma del Código penal de 1870 se mantiene la redacción del número 8 del artículo 8.º y de la atenuante tercera del artículo 9.º El legislador modifica, en cambio, la redacción del párrafo 3.º del artículo 1.º e introduce un nuevo artículo: el art. 65.

¿Cuáles fueron los móviles de la reforma? No pueden ser comprendidos sin tener en cuenta la crítica, que había hecho Groizard, de la interpretación del párrafo 3.º del artículo 1.º por los comentaristas del Código de 1848. Groizard consideraba que la exclusión del párrafo 3.º del artículo 1.º en los casos en que el error in persona era esencial, es decir, afectaba a la índole del delito, era puramente arbitraria. La interpretación restrictiva de los comentaristas del Código de 1848, mediante la invocación de la definición del delito del párrafo 3.º del artículo 1.º, carecía de fundamento, según Groizard. Este consideraba que el párrafo 1.º del artículo 1.º incluía en su ámbito los delitos culposos, pues en éstos la acción es también voluntaria, aunque no maliciosa o intencional. La palabra voluntaria no era, pues para Groizard, sinónima del dolo (18). Llamaba también la atención, por otra parte, Groizard, sobre el hecho de que la falta de intención, en ciertos casos (c.ª 3.ª del art. 9.º) no era una circunstancia eximente, sino meramente atenuante de la responsabilidad por el daño causado. Consideraba, por ello, Groizard que la interpretación restrictiva del párrafo 3.º del artículo 1.º carecía de fundamento y que el caso tan comentado, del que queriendo matar a un extraño mata a su padre, estaba incluido en dicho precepto. La consecuencia era que el autor debía ser castigado como reo de parricidio doloso y podía aplicarse únicamente la atenuante 3.ª del artículo 9.º. Groizard criticó con dureza la injusticia de la regulación legal (19).

En la reforma de 1870, el legislador se propuso evitar las consecuencias injustas a que daba lugar la aplicación del párrafo 3.º del artículo 1.º, interpretado de este modo. El párrafo 3.º del artículo 1.º queda ahora redactado de una forma más general:

la aplicación del precepto legal no podría hacerse sin grave injusticia» (pág. 14); y CASTRO OROZCO y ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Ob. cit.*, págs. 7-9).

(18) Como lo era para PACHECO, véase *Ob. cit.*, I, pág. 81 («La intención, lo que el Código de 1822 llamaba *malicia*, lo que éste llama *voluntad* siempre es necesario»).

(19) GROIZARD formuló su crítica en un artículo publicado en la Revista de Legislación y Jurisprudencia en 1865 (tomo 26, pág. 48) que recogió después en *El Código penal de 1870, concordado y comentado*. I, Burgos, 1870, págs. 56 y ss. GROIZARD venía, pues, a resolver la contradicción en que habían incurrido los comentaristas del Código de 1848 al interpretar el párrafo 3.º del art. 1.º, el núm. 8 del art. 8.º y la c.ª 3.ª del art. 9.º

«El que cometiere voluntariamente un delito o falta incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal ejecutado fuese distinto del que se había propuesto ejecutar» (20). Dice a este respecto Groizard: «Esto que decíamos entonces, exponiendo y criticando la redacción del párrafo, esto que como nosotros habían indicado otros comentadores, ha sido oído por el autor de la reforma. El que ejecutare el *hecho* ya no será responsable del *hecho*; ya no será siempre castigado con la pena que la ley al *hecho* señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponía ofender. El que cometiere un *delito* incurrirá, sí, en responsabilidad criminal, aunque el mal ejecutado fuera distinto del que se había propuesto ejecutar. Pero esa responsabilidad no será siempre la que la ley señala al *hecho* ejecutado: esa responsabilidad, no aquí, que no es lugar oportuno, sino en el capítulo IV de este libro, al hablar de la aplicación de las penas, el legislador nos dirá cuál debe ser, y allí veremos que no es, como en el antiguo Código, siempre la misma, sino que está sujeta a reglas prudentes y equitativas que han hecho desaparecer el antagonismo que establecía el primitivo texto entre el precepto legal y el sentimiento de justicia» (21). Las reglas de medición de la pena, a que se refiere Groizard, estaban contenidas en el artículo 65 (22) (23). En estas reglas se trataba de ponderar junto al resultado causado la intención del culpable.

Un problema muy importante es el de si el legislador histórico

(20) El párrafo 3.º del art. 1.º del Código de 1848 decía: «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 a quien se proponía ofender».

(21) GROIZARD, *Ob. cit.*, I, págs. 59-60.

(22) Art. 65 del Código de 1870: «En los casos en que el delito ejecutado fuese distinto del que se había propuesto ejecutar el culpable se observarán las reglas siguientes:

1.ª Si el delito ejecutado tuviere señalada pena mayor que la correspondiente al que se había propuesto ejecutar el culpable se impondrá a éste en su grado máximo la pena correspondiente al segundo.

2.ª Si el delito ejecutado tuviere señalada pena menor que la correspondiente al que se había propuesto ejecutar el culpable se impondrá a éste, también en grado máximo, la pena correspondiente al primero.

3.ª Lo dispuesto en la regla anterior no tendrá lugar cuando los actos ejecutados por el culpable constituyeran además tentativa o delito frustrado de otro hecho, si la ley castigara estos actos con mayor pena, en cuyo caso se impondrá la correspondiente a la tentativa o al delito frustrado en su grado máximo.»

(23) La relación del artículo 65 con el párrafo 3.º del artículo 1.º es tan evidente, que no me parece posible considerar que, según la voluntad del legislador histórico de 1870, el párrafo 3.º del artículo 1.º se refiera exclusivamente a los casos en que el resultado causado es más grave que el querido, pero el delito cometido es el mismo que se propuso cometer el agente; esta opinión es sustentada por el P. PEREDA, *Ob. cit.*, páginas 170 y ss. y *Vestigios actuales de la responsabilidad objetiva*, ANUARIO DE DERECHO PENAL, IX, 1956, fasc. II, pág. 222.

estableció el principio del párrafo 3.º del artículo 1.º y las reglas de medición de la pena del artículo 65 únicamente para los supuestos de error in persona (y parte de los aberratio ictus) (24) o quiso dar a estos preceptos un contenido más amplio. Es verdad que la reforma partió sólo del deseo de dar una solución más justa a los casos en que el error in persona afectaba a la índole del delito; pero también es indudable que la nueva fórmula del párrafo 3.º del artículo 1.º y el artículo 65 están redactados en términos muy generales. No se hace alusión en ellos para nada al error in persona. Groizard, al comentar la reforma, cita siempre ejemplos de error in persona, pero de su comentario se desprende también, a mi juicio, el carácter general que atribuye al principio establecido en el párrafo 3.º del artículo 1.º y a las reglas de medición de la pena del artículo 65 (25). Comentando el artículo 65, señala, incidentalmente, cómo éste se refiere al supuesto de dos delitos distintos y la c.ª 3.ª del artículo 9.º, en cambio, al caso en que dentro de un mismo delito el daño causado sea mayor que el que se propuso causar el agente. Groizard exige, por otra parte, el arranque lícito para poder apreciar la culpa. Según Groizard, «quien obra con intención de dañar a otro, cualquiera que sean las consecuencias de su acto, no debe ser reo de culpa sino de dolo» (26). Me inclino a creer, por ello, que el legislador fué consciente de la ampliación del ámbito del párrafo 3.º del artículo 1.º

En la reforma de 1870 el legislador se propuso reducir el ámbito de la responsabilidad objetiva en nuestro Derecho penal. Las reglas de medición de la pena del artículo 65 dan lugar a resultados inaceptables desde el punto de vista del principio de culpabilidad, pero que no responden tampoco al principio del *versari in re illicita*. El que había matado por error a su padre, queriendo matar a un extraño, no era castigado ya con la pena del delito de parricidio doloso, sino con la del simple homicidio dólolo. La circunstancia de que la víctima fuera su padre determinaba sólo una agravación de la pena del homicidio. El que se proponía causar unas lesiones y producía la muerte de la víctima no era castigado ya con la pena del homicidio doloso, sino con la

(24) Esta es la opinión de HUERTA FERRER, *La relación de causalidad en la teoría del delito*, Madrid, 1948, págs. 332-3.

(25) Véase GROIZARD, *Obr. cit.*, I, págs. 55 y ss., y II, Burgos, 1872, páginas 314 y ss. SALDAÑA consideraba incluidos en el párrafo 3.º del artículo 1.º, no sólo los casos mencionados de aberratio ictus y los de error in persona, sino también todos los demás casos de error en el objeto y los de error en el resultado (allí donde la cantidad de daño causado excede al propuesto, siendo acertados el golpe y el objeto del delito); véase *Comentarios científico-prácticos al Código penal de 1870*, Madrid, 1920, I, págs. 497, 502 y 510. El carácter general del párrafo 3.º del artículo 1.º y del artículo 65 es presupuesto por SILVELA, cuando deslinda los campos de aplicación de la c.ª 3.ª del artículo 9.º y del artículo 65 y cuando defiende el requisito de la licitud inicial del acto en el delito culposo. Véase SILVELA, *Ob. cit.*, II, págs. 137 y 154 y ss.

(26) *El Código Penal concordado y comentado*, VIII, págs. 377 y ss.

del delito de lesiones, aplicándole sólo la pena en el grado máximo. El que se proponía causar unos daños y había causado la muerte de un hombre no era castigado ya con la pena del homicidio doloso, sino con la del delito de daños en el grado máximo. Cuando la pena de la tentativa o frustración del delito, que se proponía cometer el agente, fuera mayor que la del delito cometido, se debía aplicar la pena de la tentativa o del delito frustrado en el grado máximo. Las reglas del artículo 65 implican un abandono del principio del *versari* y su sustitución por un criterio ecléctico, en que se pondera el resultado y la intención para la medición de la pena.

Las reglas de medición de la pena del artículo 65 conducen, sin embargo, todavía a resultados inadmisibles desde el punto de vista del principio de culpabilidad. Si el autor se propuso causar unos daños y causó la muerte de un hombre, se aplicará la pena del delito consumado de daños, aunque éstos carecen de realidad objetiva. Si el autor se propuso matar a otro y causó, en cambio, unos daños, se le aplica la pena del delito doloso de daños en grado de consumación, siendo así que falta el dolo de daños. La lesión del bien jurídico es tenida en cuenta siempre para la medición de la pena, aun cuando no sea siquiera culposa, es decir, aunque sea fortuita. En caso de que sea culposa, la medida de la pena, a tenor del artículo 65, no se ajusta a la medida de la culpabilidad (tentativa o frustración de un delito doloso y delito culposamente consumado). La lesión culposa del bien jurídico queda impune, por el hecho de que el autor se propusiera cometer otro delito, si la pena de la tentativa o frustración del delito doloso, es superior a la del delito *doloso* correspondiente al resultado causado. Las duras críticas de que ha sido objeto el artículo 65 (hoy 50) en la doctrina, que parecen por ello justificadas (27).

La regulación legal destinada por el legislador a sustituir el principio del *versari in re illicita* es, pues, también inaceptable desde el punto de vista del principio de culpabilidad, aunque conduzca a consecuencias prácticas menos injustas que las que se derivarían de la aplicación del principio del *versari* (28).

¿El sentido atribuido por el legislador de 1870 al párrafo 3.º del artículo 1.º, c.ª 3.ª (hoy 4.ª) del artículo 9.º, número 8 del artículo 8.º y art. 65 (hoy 50) es, sin embargo, el único sentido *posible* de estos preceptos? No será posible descubrir un sentido de estos preceptos, compatible con el principio de culpabilidad? Es preciso abordar esta tarea en espera de una reforma. El Derecho es una parte integrante de la cultura y ha de ser interpretado.

(27) Véase RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Ob. cit.*, II, 1949, pág. 32, y HUERTA FERRER, *Ob. cit.*, pág. 333.

(28) Esta ligera mejoría en las consecuencias prácticas es casi anulada por el Tribunal Supremo al limitar la aplicación del artículo 50, dentro de los delitos contra las personas, a los supuestos de persona distinta (error in persona y los casos mencionados de aberratio ictus).

de forma que pueda cumplir las tareas éticas, sociales y económicas de nuestro tiempo. No sería posible hacerlo, en este caso, si para comprender el sentido de los preceptos del Código tuviéramos que situarnos en la mente del legislador de 1870. La moderna concepción funcional del Derecho (29) nos exige que tratemos de descubrir un sentido de los preceptos jurídico-penales que corresponda a los juicios valorativos del actual estado de cultura; en nuestro caso, un sentido que corresponda al principio de que no hay pena sin culpabilidad.

Esta tarea ha sido abordada ya por varios penalistas españoles, pero éstos nunca han tratado el problema en su conjunto, es decir, prestando atención simultánea a todos los preceptos que aquí interesan (párrafo 3.º del art. 1.º, núm. 8 del art. 8.º, c.ª 4.ª del art. 9.º y art. 50).

El P. Pereda cree que es posible considerar —en una interpretación que atienda a la voluntad de la ley, con independencia de la voluntad del legislador— que el párrafo 3.º del artículo 1.º se refiere sólo a los casos en que el delito cometido es el mismo que se propuso cometer el agente, pero el resultado causado es más grave que el que se propuso causar (30). Esta interpretación, que puede verse avalada por la redacción del precepto mencionado, no es, a mi juicio, viable por prescindir, sobre todo, de la relación, a mi entender necesaria, de dicho precepto con el artículo 50. Sin encontrar una interpretación adecuada, coherente, del número 8 del artículo 8.º, de la c.ª 4.ª del artículo 9.º y del artículo 50, poco se habría adelantado en el intento de reducir el campo de la responsabilidad objetiva (31).

Quintano Ripollés estima que el párrafo 3.º del artículo 1.º no obliga a que la «responsabilidad criminal», en que ha de incurrir el que cometiere voluntariamente un delito o una falta, sea la dolosa, puesto que la culpa es asimismo responsabilidad criminal (32). Esta interpretación sería aceptable si se considerase este

(29) Véase a este respecto SIEBERT, *Die Methode der Gesetzesauslegung*, págs. 7 y ss.

(30) Véase P. PEREDA, *El «versari in re illicita» en la doctrina y en el Código Penal*, págs. 173 y ss., y *Vestigios actuales de la responsabilidad objetiva*, ANUARIO DE DERECHO PENAL, IX, 1956, fasc. II, páginas 223-4.

(31) El mismo P. PEREDA parece darse cuenta de ello, pero no trata de resolver esta dificultad; véase *El «versari in re illicita»...*, págs. 190 y ss. La exigencia de la voluntad indirecta para la imputación del resultado más grave causado —como pretende el P. PEREDA (*El «versari in re illicita»...*, pág. 189)— dentro de estos casos del párrafo 3.º del artículo 1.º (de un mismo delito) entrañaría el inconveniente grave de resucitar una forma de dolo que fué superada por la doctrina en su tendencia a una más clara distinción del dolo y la culpa. En su artículo posterior, *Vestigios actuales de la responsabilidad objetiva*, el P. PEREDA no insiste más en este punto de vista.

(32) QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, Barcelona, Bosch, 1958, pág. 309. CORDOBA se ha adherido a la opinión de QUINTANO; véase *Zum Verkehrsstrafrecht in Spanien*, «Z. Str. W.», 73 Bd (1961), H. 1,

precepto aisladamente, pero no si se atiende al mismo tiempo al número 8 del artículo 8.º y al artículo 50. Por otra parte, la interpretación de Quintano conduce a una presunción de culpa, incompatible asimismo con el principio de culpabilidad. Habría que admitir la culpa en todos los casos comprendidos en el párrafo 3.º del artículo 1.º, aunque en muchos casos no concurra. El dolo inicial sería la base de la presunción de culpa. Esta consecuencia no creo que fuera admitida por Quintano.

¿Qué sentido se puede atribuir al párrafo 3.º del artículo 1.º y al artículo 50, dentro del límite del tenor literal de estos preceptos y que sea compatible, o más conforme, con el principio de culpabilidad? A mi juicio, 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) (33). Entonces se habrán de aplicar las reglas de medición de la pena del artículo 50. La solución no es satisfactoria (34), pero no hay, según creo, otra mejor. Se restringe así el ámbito de aplicación del párrafo 3.º del artículo 1.º y de

fg. 14. QUINTANO RIPOLLÉS (*Compendio de Derecho Penal*, I, pág. 202) y CUELLO CALÓN creen posible considerar que el párrafo 3.º del artículo 1.º contiene, junto a otras hipótesis, la regulación del dolo eventual (véase CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, Parte General, 12 ed., 1956, págs. 417 y 423). Esta interpretación —sumamente discutible— no nos permitiría reducir tampoco el área de la responsabilidad objetiva.

(33) Para su inclusión en el artículo 50 no es preciso, a mi juicio, que los dos delitos (el «cometido» y el que quiso cometer el agente) sean independientes en sentido estricto, es decir, que estén definidos con caracteres (positivos) diferentes, sino que basta que se trate de tipos cualificados (atenuados o agravados) (homicidio-parricidio). Su inclusión formal bajo un mismo epígrafe o capítulo (Cap. I, Tit. VIII del Código actual) o bajo epígrafes o capítulos diferentes (Código de 1870, Tit. VIII), no tiene, por otra parte, a mi entender importancia decisiva para determinar la independencia de dos delitos o su mera condición de tipos cualificados. De otra opinión RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Ob. cit.*, II, págs. 109 y ss.

(34) En estos casos se llegaría a las consecuencias injustas señaladas al censurar las reglas de medición de la pena del artículo 50 (antes 65). Cuando el delito que intentó cometer el agente fuera calificable de asesinato y resultara muerto, por error in persona o aberratio ictus, su padre, el juego de las reglas del artículo 50 podría dar lugar a la aplicación de la pena de muerte en todo caso, es decir, aunque concurren circunstancias atenuantes (véase RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Ob. cit.*, II, págs. 111-2). Estos casos, en que la pena del delito «cometido» y la del delito que quiso cometer el agente son iguales podrían ser excluidos, sin embargo, de las reglas de medición de la pena del artículo 50, aunque estén comprendidos, sin duda, en el párrafo 3.º del artículo 1.º. En los casos de aberratio ictus, en que éste da lugar a que la víctima sea una persona distinta, la solución, de acuerdo con el párrafo 3.º del artículo 1.º, no será tampoco correcta. Piénsese en los casos en que la desviación del golpe es esencial, por no ser objetivamente posible. Esta desviación no estaría comprendida por el dolo.

las reglas de medición de la pena del artículo 50 a los casos que constituyeron el motivo de la reforma (35).

La circunstancia 4.^a del artículo 9.^o debe ser interpretada de acuerdo con el criterio de Silvela y Groizard y que parece coincidir, como decíamos, con la voluntad del legislador de 1870. Debe aplicarse sólo, cuando dentro de un mismo delito, el resultado causado sea más grave que el que se propuso causar al autor.

Nos queda ya sólo por salvar la dificultad que plantea el requisito de la licitud en el número 8 del artículo 8.^o Jiménez Asúa ha tratado de salvarla recientemente diciendo que el número 8 del artículo 8.^o regula el caso fortuito, pero que éste no es sino un supuesto de un concepto más amplio, que es la falta de previsibilidad o la imposibilidad de cálculo (36). Jiménez Asúa acude, pues, a los principios de la culpabilidad para sortear la regulación incorrecta del número 8 del artículo 8.^o En realidad, lo que hace Jiménez Asúa, es considerar que el precepto mencionado se regula un supuesto de caso fortuito, pero no todos, puesto que el caso fortuito no puede ser definido de otro modo que por la falta de previsibilidad. En los supuestos de caso fortuito, no comprendidos en el número 8 del artículo 8.^o, es decir, cuando el acto inicial sea ilícito, cabría apreciar, a mi juicio, una causa suprallegal de exclusión de la culpabilidad (caso fortuito suprallegal).

No cabe objetar a esta solución, que el artículo 8.^o sea un catálogo cerrado de las causas de exclusión de la responsabilidad, pues esto no es cierto, a mi juicio. La conciencia de la antiju-

(35) Esta interpretación coincide, en el resultado, con la que HUERTA FERRER hace de los mismos preceptos (*Ob. cit.*, págs. 331-4). HUERTA FERRER cree, sin embargo, que éste es el sentido atribuido a dichos preceptos por el legislador histórico. A mi juicio, el legislador histórico quiso atribuirles un sentido más amplio y es preciso recurrir a una interpretación restrictiva para llegar a resultados más conformes con el principio de culpabilidad. No es cierto, por otra parte, que el Tribunal Supremo haya aplicado sólo el párrafo 3.^o del artículo 1.^o y el artículo 50 en los casos de persona distinta (*error in persona* y *aberratio ictus*), como afirma HUERTA FERRER (*Ob. cit.*, págs. 327 y ss.). El Tribunal Supremo ha invocado el párrafo 3.^o del artículo 1.^o para fundamentar su doctrina del homicidio preterintencional (art. 407, y c.^a 4.^a del ar. 9.^o) por ejemplo, en las sentencias de 20 de marzo de 1945, 23 de noviembre de 1945, 4 de junio de 1946, 10 de junio de 1949, 23 de enero de 1959 y 13 de noviembre de 1959; para fundamentar la responsabilidad dolosa por las lesiones causadas al dar un ligero empujón a la víctima (art. 420, núm. 4 y c.^a 4.^a del art. 9.^o) (sentencia de 6 de diciembre de 1956); para justificar la responsabilidad dolosa por lesiones graves, cuando el autor causó sólo dolosamente unas lesiones leves (sentencia de 13 de enero de 1947), y no excluye la aplicación del artículo 50 fuera del ámbito de los delitos contra personas (véase, por ejemplo, las sentencias de 2 de octubre de 1897, 15 de octubre de 1942, 5 de enero de 1944, 17 de marzo de 1947, 30 de noviembre de 1949, 24 de octubre de 1951, 3 de noviembre de 1958 y 13 de noviembre de 1959).

(36) JIMÉNEZ ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, V, págs. 859-60.

ricidad tiene relevancia en el Derecho penal español (37), a pesar de no ser mencionada expresamente en el Código penal, (38) y no estar incluida en el artículo 8.º su falta irremediable. Piénsese también en los requisitos o notas conceptuales del dolo y la culpa (por ejemplo, el riesgo permitido, o el cuidado objetivamente debido) precisados por la doctrina y la jurisprudencia y que no están definidos en el Código. La admisión de la teoría normativa de la culpabilidad impide especialmente hablar de un catálogo cerrado de causas de exclusión de la responsabilidad (piénsese, por ejemplo, en la no exigibilidad en los delitos culposos, es decir, en los casos en que al autor no puede serle exigida la observancia del cuidado objetivamente debido). Piénsese, asimismo, en todas las sentencias del Tribunal Supremo sobre el problema causal, en que se aparta de la teoría de la equivalencia de las condiciones (39). En todos estos casos el nexo causal existe, lo que se niega es, en realidad, su relevancia jurídica.

La interpretación expuesta del párrafo 3.º del artículo 1.º, del artículo 50, del número 8 del artículo 8.º y de la c.ª 4.ª del artículo 9.º permite llegar en la práctica a resultados más justos, es decir, más conformes con el principio de que no hay pena sin culpabilidad. Solamente en los pocos casos, en que el error in persona (o la aberratio ictus, que dé lugar a que el mal recaiga sobre persona distinta) afecte a la índole del delito (art. 50), el resultado no será satisfactorio. La interpretación expuesta priva, además, de toda base legal posible a la doctrina del Tribunal Supremo, de exigir para la apreciación de la culpa el arranque lícito de la conducta.

De lege ferenda me parece, sin duda, aconsejable la supresión del párrafo 3.º del artículo 1.º y del artículo 50. El requisito de la licitud del acto en el número 8 del artículo 8.º debería ser igualmente suprimido.

(37) El Tribunal Supremo ha concedido relevancia a la falta de conciencia de la antijuricidad de la conducta cuando era debida a un error jurídico extrapenal. Véase a este respecto, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, pág. 216. La opinión dominante en la doctrina española considera que la conciencia de la antijuricidad es un elemento del dolo.

(38) Véase, a este respecto, mi artículo *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1961, fasc. 1.º, págs. 67-8.

(39) Véase el detenido estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que hace ANTÓN ONECA, *Ob. cit.*, págs. 162 y ss.