

El *versari in re illicita* y el párrafo tercero del artículo 340 bis a del Código penal español *

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza

Para una contribución al Libro Homenaje a don Luis Jiménez de Asúa, con motivo de su ochenta aniversario, creo que está especialmente indicado el tema del *versari in re illicita*. Don Luis Jiménez de Asúa ha defendido denodadamente el principio de culpabilidad y ha tratado de interpretar siempre los preceptos de nuestro Código penal del modo más conforme posible con dicho principio. Don Luis Jiménez de Asúa cree, por ejemplo, que nuestro Código, en el párrafo 3.º del artículo 1.º, c.ª 4.ª del artículo 9.º, artículo 50 y núm. 8 del artículo 8.º, no se inspira en el viejo principio del Derecho canónico medieval (1). Este crite-

(*) Este artículo se ha publicado en el Libro Homenaje a D. Luis Jiménez de Asúa «Problemas actuales de las Ciencias Penales y de la Filosofía del Derecho», Buenos Aires, 1970, Ediciones Pannedille. Se ha añadido únicamente una referencia (en la nota 15) a la posición mantenida por Rodríguez Devesa en su Derecho Penal Español, Parte General, Madrid, 1970, y se han actualizado las citas de la jurisprudencia.

(1) Véase *Tratado de Derecho Penal*, VI, págs. 99-101, 161, 251 y ss., 284 y ss. y 627 y ss. En el párrafo 3.º del artículo 1.º y en el artículo 50 ve D. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA una regulación de la *aberratio delicti*, es decir, de los casos de error *in objecto* o *aberratio ictus* en que éstos dan lugar a que el delito cometido sea distinto del que se había propuesto cometer el culpable. Esta interpretación del párrafo 3.º del artículo 1.º y del artículo 50 no me parece convincente, pues desde un punto de vista histórico es indudable que estos preceptos guardan relación con la c.ª 4.ª del artículo 9.º y que el legislador les dio, por otra parte, un alcance general. (Véase mi artículo *El versari in re illicita en el Código penal español*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1962, fasc. 1.º, págs. 53 y ss.). La exclusión que hace JIMÉNEZ DE ASÚA de los supuestos de *aberratio delicti* de homicidio-parricidio, del artículo 50, por ser el parricidio un simple homicidio calificado y no un delito independiente (distinto) del homicidio, no me parece tampoco convincente. Para la aplicación del artículo 50 basta, a mi juicio, que se trate de tipos agravados o privilegiados de un tipo básico o fundamental. Véase a este respecto mi artículo antes citado, pág. 58, nota 33.

En la circunstancia 4.ª del artículo 9.º, según D. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, se regula con carácter general la preterintencionalidad que concibe como combinación de dolo y culpa. Este precepto sería, según él, aplicable aunque se tratara de delitos distintos, siempre que los bienes jurídicos protegidos fueran iguales o análogos (lug. cit. pág. 161). Esta interpretación carece de base desde un punto de vista histórico. Desde el punto de vista de una interpretación objetiva, que atienda a la voluntad de la ley con independencia de la voluntad del legislador histórico, si se aceptase esta tesis carecerían de sentido todos o gran parte de

rio no es compartido por la opinión dominante en la doctrina española (2); el P. Pereda (3) y él son los únicos penalistas españoles que mantienen esta postura (4). En los últimos años se ha producido, sin embargo, una intensa polémica en la Ciencia del Derecho Penal española acerca de una posible interpretación de los preceptos que se inspiran, según la opinión dominante, en el principio del *versari* con el fin de reducir el ámbito de la responsabilidad objetiva. Con la reforma parcial del Código penal por la Ley 3/1967, de 8 de abril, el legislador ha introducido en el Código un precepto, el párrafo 3.º del artículo 340 bis a, que creo viene a favorecer los esfuerzos que se realizan por parte de la doctrina y de la jurisprudencia para desterrar o restringir el ámbito de aplicación del principio del *versari*.

Según el párrafo 3.º del artículo 340 bis a: «Cuando de los actos sancionados en este artículo o en el siguiente resultare, además del riesgo prevenido, lesión o daño, cualquiera que sea su gravedad, los Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada». Se refiere este precepto a los delitos contra la seguridad del tráfico, de peligro concreto, es decir, el de la conducción con temeridad manifiesta del núm. 2.º del artículo 340 bis a (5), y el de creación de un riesgo

los preceptos del Código en que se regulan delitos calificados por el resultado (por lo menos todos aquellos en que los bienes jurídicos lesionados por la conducta básica y por el resultado que determina la agravación de la pena fueran análogos; por ejemplo, el aborto con resultado de muerte del último párrafo del artículo 411), puesto que éstos constituyen también, como reconoce don Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, supuestos de preterintencionalidad (lug. cit. págs. 101 y ss., especialmente 105-6). JIMÉNEZ ASÚA considera, por último, con razón, como veremos más adelante, que se puede excluir, de *lege data*, la responsabilidad por los resultados fortuitos derivados de un acto ilícito inicial voluntario, a pesar de no estar incluidos estos supuestos en el núm. 8 del artículo 8.º.

(2) Véase, por ejemplo, RODRÍGUEZ MUÑOZ, notas a la traducción del *Tratado de Derecho Penal de Mezger*, II, 1949, págs. 27 y ss.; FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, I, págs. 30 y ss., 217 y ss., y II, págs. 236 y ss.; ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, 1949, págs. 230-1, y CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, I, *Parte General*, 15 ed., 1968, págs. 433, 450 y 456-7.

(3) Véase *El versari in re illicita* en la doctrina y en el Código penal. Solución suareciana, Madrid, 1948, págs. 166 y ss.; y *Vestigios actuales de la responsabilidad objetiva*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1956, fasc. 2.º, páginas 221 y ss. Sobre la posición del P. Pereda, véase mi artículo *El versari in re illicita en el Código penal español*, lug. cit., pág. 54, nota 23 y pág. 57.

(4) A mi juicio, nuestro Código penal, a partir de la reforma de 1870, no se inspira ya exactamente en el principio del *versari*, pero sí en un criterio ecléctico en que se pondera el resultado y la intención en la medición de la pena, criterio que conduce todavía a resultados insatisfactorios desde el punto de vista del principio de culpabilidad. Véase mi artículo *El versari in re illicita en el Código penal español*, lug. cit., págs. 55-6; véase también, en este sentido, COBO DEL ROSAL, *Fraeter intentionem y principio de culpabilidad*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1965, pág. 89.

(5) Según el artículo 340 bis a, será castigado con la pena de multa de 5.000 a 50.000 pesetas y privación del permiso de conducir por tiempo de tres meses y un día a cinco años... «2.º, El que condujere un vehículo de motor con temeridad manifiesta y pusiera en concreto peligro la vida de las personas, su integridad o sus bienes».

grave para la seguridad de la circulación del artículo 340 bis b (6), cuando además del riesgo prevenido resultare lesión o daño. No es aplicable al delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes del núm. 1.º del artículo 340 bis a (7), pues éste no es un delito de peligro concreto, sino de peligro abstracto (8). El peligro no es un elemento integrante del tipo. No es necesario que al iniciarse la conducción bajo la influencia de las bebidas alcohólicas, por ejemplo, sea objetivamente previsible la producción de un resultado lesivo, ni mucho menos que un bien jurídico concreto, determinado—la vida de un peatón, otro vehículo, etc—haya entrado en el radio de acción del conductor ebrio; es decir que haya corrido realmente peligro (9). No es obstáculo para ello, como ha puesto de relieve Rodríguez Devesa, el empleo del plural en el párrafo 3.º del artículo 340 bis a, pues está plenamente justificado sin incluir los casos del núm. 1.º de dicho artículo. Está justificado con la referencia a los supuestos de conducción temeraria (núm. 2.º del art. 340 bis a) y de creación de un grave riesgo para la seguridad de la circulación, del artículo 340 bis b (10).

No vamos a analizar ahora todos los problemas que plantea el pá-

(6) Art. 340 bis b: «Será castigado con la pena de arresto mayor o multa de 5.000 a 50.000 pesetas el que origine un grave riesgo para la circulación de alguna de las siguientes formas: 1.º, Alterando la seguridad del tráfico mediante la colocación en la vía de obstáculos imprevisibles, derramamiento de sustancias deslizantes o inflamables, mutación o daño de la señalización o por cualquier otro medio. 2.º, No restableciendo la seguridad de la vía cuando haya obligación de hacerlo».

(7) Según el artículo 340 bis a: «Será castigado con las penas de multa de 5.000 a 50.000 pesetas y privación del permiso de conducir por tiempo de tres meses y un día a cinco años: 1.º, El que condujere un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes...».

(8) En este sentido también, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 3.ª ed., 1969, pág. 885, y CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Las modificaciones introducidas en el tratamiento penal de los delitos de tráfico por la Ley 3/1967*, de 8 de abril, «Revista de derecho de la circulación», mayo-junio 1967, págs. 237-8. De otra opinión, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, IV, págs. 534 y ss.; DEL ROSAL, *Meditación crítica sobre la modificación de los delitos de la circulación* (Ley de 8 de abril de 1967), «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1968, fasc. 1.º, pág. 21; y la sentencia de 25 de junio de 1968 de la Audiencia de Málaga (Sentencias en apelación de las Audiencias provinciales. En materia civil y penal, 1968. Ministerio de Justicia y «Boletín Oficial del Estado», 1969). Como es sabido, desde la reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 8 de abril de 1967, conocen de los delitos castigados con las penas de arresto mayor, multa de hasta 50.000 pesetas, privación del permiso de conducir o con cualquiera de estas penas conjuntamente, los jueces de instrucción, cabiendo únicamente un recurso de apelación ante las Audiencias provinciales (véase, art. 14, núm. 3 y arts. 790 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

(9) Véase, sobre estos dos juicios de peligro, uno realizado en el momento del comienzo de la realización de la acción y otro al entrar un bien jurídico concreto en el radio de acción de la conducta del sujeto, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11 ed., pág. 137; *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, Karlsruhe, 1961, páginas 20-3; y *El nuevo sistema del Derecho Penal*, Barcelona, Ariel, 1964 pág. 77.

(10) Véase, RODRÍGUEZ DEVESA, ob. cit., pág. 885.

rrafo 3.º del artículo 340 bis a. Únicamente llamaremos la atención sobre su relevancia para el problema del *versari in re illicita* en nuestro Código. En efecto, dicho precepto aparece en íntima contradicción con lo establecido en el párrafo 3.º del artículo 1.º, núm. 8 del artículo 8.º, c.ª 4.ª del artículo 9.º y artículo 50, que se inspiran, según la opinión dominante, en el principio del *versari in re illicita*. Con arreglo a dichos preceptos, si un conductor conduce un vehículo de motor con temeridad manifiesta, produciendo un peligro concreto para la vida de un peatón y actúa dolosamente, en relación con la conducción temeraria y la producción del peligro, cuando éste se realice debe responder del resultado a título de dolo. Si el peatón muere se le debería aplicar, a tenor del artículo 50, la pena del delito menos grave —conducción temeraria— en su grado máximo. De acuerdo con la interpretación restrictiva que hace la jurisprudencia del Tribunal Supremo del artículo 50, que aplica sólo, dentro de los delitos contra las personas, en los supuestos de error *in personam o aberratio ictus* en que ésta da lugar a que la víctima sea una persona distinta, el autor respondería de homicidio doloso (art. 407), con la atenuante 4.ª del artículo 9.º. Del mismo modo que en las lesiones dolosas con resultado de muerte. No es más que otra variante del homicidio preterintencional.

El Tribunal Supremo vio el problema durante la vigencia de la Ley de 9 de mayo de 1950, pero no se atrevió a aplicar los preceptos que encarnan el *versari*. Cuando el acto ilícito inicial doloso era un delito de los comprendidos en la llamada Ley del automóvil, el Tribunal Supremo abandonaba el requisito de la licitud inicial del acto en el delito culposo, que es una consecuencia lógica e insoslayable del principio del *versari* (11). El Tribunal Supremo no acertó a dar una fundamentación dogmática satisfactoria a esta desviación. En la más explícita de las sentencias que he consultado (12), dice: «Que la doctri-

(11) Véase, a este respecto, mi trabajo *El versari in re illicita en el Código penal español*, lug. cit., pág. 50, y especialmente la nota 11. Entre las sentencias del Tribunal Supremo posteriores a mi trabajo, véase, por ejemplo, las de 13, 25, 26 y 27 de febrero de 1965, 7 de abril de 1965, 14 y 15 de junio de 1965, 2, 3 y 13 de noviembre de 1965, 4 de julio de 1966, 16 de noviembre de 1966, 20 y 28 de junio de 1967, 25 de septiembre de 1967, 28 de enero de 1969, 13 de febrero de 1969 y 23 de junio de 1969.

(12) Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1958. En esta sentencia la conducta dolosa inicial no era, por cierto, uno de los delitos de la Ley de 9 de mayo de 1950, pues, como es sabido, el Tribunal Supremo ha abandonado también en otros casos el requisito del arranque lícito en la culpa. Véase mi artículo *El versari in re illicita en el Código penal español*, lug. cit. en la nota anterior. Con posterioridad a mi trabajo, el Tribunal Supremo ha seguido la línea marcada en la sentencia de 17 de diciembre de 1958 (en casos en que la conducta ilícita inicial voluntaria no era un delito de la Ley de 9 de mayo de 1950), en las de 28 de septiembre de 1964, 17 de diciembre de 1964 (especialmente interesante), 5 de junio de 1968 y 15 de noviembre de 1969. En otras muchas sentencias ha seguido, en cambio, el criterio tradicional de aplicar el artículo 407 y la atenuante 4.ª del artículo 9.º; véase, por ejemplo, las sentencias de 7 de marzo de 1966, 20 de octubre de 1967, 22 de febrero de 1968, 22 de abril de 1969, 2 y 17 de junio de 1969 y 28 de enero de 1970.

na 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».

A la vista de estas dificultades con que tropezaba la jurisprudencia cabía esperar una reforma del párrafo 3.º del artículo 1.º, núm. 8 del artículo 8.º y artículo 50. La injusticia del *versari* se había hecho aún más patente. No fue así, sin embargo, sino que se crearon las complejas figuras delictivas de los artículos 2.º y 3.º de la Ley de 24 de diciembre de 1962, donde se reunía en un mismo precepto una conducta básica de peligro —punible la de conducción temeraria e impune la de conducción sin el debido cuidado y con infracción de las reglas de la circulación— y los resultados que de ellas se derivasen, que daban lugar a una agravación de la pena, mayor o menor, según su gravedad. El problema seguía planteándose, sin embargo, en relación con los delitos de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, el de conducir sin haber obtenido el correspondiente permiso y el de conducción de un vehículo de motor con placa de matrícula falsa o distinta de la debida, alterada o hecha ilegible o sin placa alguna con propósitos delictivos, de los artículos 5.º, 6.º y 8.º de la mencionada Ley (13).

El problema se vuelve a plantear ahora en las mismas proporciones que durante la vigencia de la Ley de 9 de mayo de 1950, después de la incorporación al Código de los delitos contra la seguridad del tráfico por la Ley de 8 de abril de 1967 (14). Sería de desear que se llevara a cabo cuanto antes la esperada reforma suprimiendo el párrafo 3.º del artículo 1.º, el artículo 50 y el requisito de la licitud del acto inicial del núm. 8 del artículo 8.º.

(13) El Tribunal Supremo, cuando de dichas conductas se derivaba un resultado lesivo, abandonaba también el requisito del arranque lícito en la culpa; véase, por ejemplo, las sentencias de 25 de enero de 1968, 7, 11 y 18 de marzo de 1968, 31 de enero de 1969, 28 de marzo de 1969, 2, 21 y 26 de junio de 1969, 4 de julio de 1969, 25 de octubre de 1969, 25 de noviembre de 1969 y 6 de diciembre de 1969.

(14) La jurisprudencia mantiene, por ahora, el mismo criterio de renunciar al requisito del arranque lícito en la culpa cuando el resultado se ha derivado de un delito doloso contra la seguridad del tráfico; véase, por ejemplo, la sentencia de 10 de diciembre de 1968 de la Audiencia de Cádiz, la de 29 de noviembre de 1968 de la Audiencia de Madrid, la de 25 de junio de 1968 de la Audiencia de Málaga, la de 22 de octubre de 1968 de la Audiencia de Sevilla, la de 10 de octubre de 1968 de la Audiencia de Zamora, la de 22 de marzo de 1969 de la Audiencia de Zaragoza, la de 1 de abril de 1969 de la Audiencia de Jaén, la de 23 de abril de 1969 de la Audiencia de Santander, las de 26 de abril y 24 de mayo de 1969 de la Audiencia de Huelva, la de 18 de junio de 1969 de la Audiencia de Córdoba y la de 28 de junio de 1969 de la Audiencia de Madrid. Sentencias en apelación de las Audiencias Provinciales. En materia civil y penal 1968 y 1969, primer semestre. Ministerio de Justicia y «Boletín Oficial del Estado» 1969 y 1970. Véase también las sentencias del Tribunal Supremo de 16 y 23 de abril de 1970.

Ahora bien, el párrafo 3.º del artículo 340 bis a se refiere, sin duda, a los delitos o faltas culposos regulados en el artículo 565, núm. 3.º del artículo 586 y artículo 600. Parece que escaparon a la atención del legislador, al realizar esta reforma tan concreta, las conexiones con otros preceptos fundamentales del Código. De momento, en espera de la deseada reforma, creo que el párrafo 3.º del artículo 340 bis a viene en apoyo de las interpretaciones del párrafo 3.º del artículo 1.º, del núm. 8 del artículo 8.º, c.ª 4.ª del artículo 9.º y artículo 50, que trataban de restringir el ámbito de la responsabilidad objetiva (15). Viene en apoyo, sobre todo, de la interpretación que propugné hace ya unos años: restricción del párrafo 3.º del artículo 1.º y del artículo 50 a los casos de error *in personam* o *aberratio ictus* en que ésta da lugar a que la víctima sea una persona distinta [este error sería irrelevante a efectos penales salvo cuando afectase a la índole del delito (homicidio-parricidio, homicidio común-homicidio del Jefe del Estado, por ejemplo), en cuyo caso se aplicarían las reglas de medición de la pena del artículo 50]; interpretación de la atenuante 4.ª del artículo 9.º del modo propuesto por Silvela, es decir, aplicándola únicamente cuando dentro de un mismo delito el resultado causado sea más grave que el que se propuso causar el autor; y la apreciación de una causa supralegal de exclusión de la culpabilidad (caso fortuito supralegal), o sea, de una eximente por analogía a la del núm. 8 del artículo 8.º, cuando de un acto inicial ilícito se derive un mal por mero accidente, sin culpa ni intención de causarlo (16).

(15) Acerca de la interpretación propuesta por QUINTANO RIPOLLÉS, véase mi artículo *El versari in re illicita en el Código penal español*, lug. cit., págs. 57-8; CÓRDOBA, notas a la traducción del *Tratado de Derecho penal de Maurach*, II, páginas 85-6, nota 9; y CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Modificaciones, en el aspecto penal, de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», julio-agosto 1968, pág. 47. GIMBERNAT se ha adherido posteriormente a la tesis de QUINTANO, véase *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, Reus, 1966, págs. 214 y 215 (aunque excluye ya previamente del ámbito del homicidio preterintencional todos aquellos casos en que el resultado no represente la realización de algún riesgo, por mínimo que sea, implícito en el comportamiento base; véase, ob. cit., págs. 213-14 y 169-170, nota 150). RODRÍGUEZ DEVESA (véase *Derecho Penal Español, Parte General*, Madrid, 1970, págs. 517 y ss., y 522-23) sigue el criterio de Quintano en la interpretación del párrafo 3.º del artículo 1.º, subrayando únicamente que con el empleo del término «mal causado» en lugar de «mal ejecutado», a partir de la reforma de 1963, quedan sólo comprendidos en el precepto los delitos de resultado material. En la interpretación del núm. 8 del artículo 8.º, RODRÍGUEZ DEVESA estima que este precepto «viene a decir, en consecuencia, que el que realiza un acto que la ley permite no queda exento de responsabilidad cualquiera que sean los resultados que de él se deriven. Si esos resultados se causan, no por el acto peligroso en sí, sino por no haber puesto en él la diligencia que se debía, la hay a título de culpa». Si este fuera el sentido del núm. 8 del artículo 8.º nos encontraríamos ante una declaración absolutamente innecesaria, pues está ya contenida en el artículo 565, número 3.º del artículo 586 y artículo 600. El núm. 8 del artículo 8.º no comprende, según RODRÍGUEZ DEVESA, los delitos de omisión y los delitos de simple actividad.

(16) Véase mi artículo, ya citado, *El versari in re illicita en el Código penal español*, págs. 58 y ss.

A la apreciación de una causa supralegal de exclusión de la culpabilidad (caso fortuito supralegal) en los supuestos de caso fortuito no comprendidos en el núm. 8.º del artículo 8.º, ha objetado Gimbernat (17) que se trata de una tesis contra legem. «La exigencia de licitud inicial en el artículo 8, núm. 8, sólo tiene sentido si se interpreta aplicando el argumento a contrario: el caso fortuito que no tiene arranque lícito no exime de responsabilidad». «Al exigir que el comportamiento inicial sea adecuado a Derecho, la ley toma postura frente al caso fortuito, esa exigencia no es posible explicarla más que de una manera: el Código penal quiere castigar la lesión fortuita causada por un comportamiento prohibido... «no existe ni un solo precepto en el que el Código penal conceda eficacia al caso fortuito con arranque ilícito, y por ello no es posible inferir de la ley positiva —análogamente a como lo hizo el RG con el estado de necesidad supralegal— un principio de carácter general en este sentido; en cambio, existen en el Código penal muchas disposiciones en que se consagra el principio del *versari*». Es indudable, a mi juicio, que el legislador de 1848 quiso consagrar en el núm. 8 del artículo 8.º el principio del *versari* y por ello incluyó en dicho precepto el requisito de la licitud del acto inicial. Solamente los casos comprendidos en el núm. 8 del artículo 8.º constituían para él realmente caso fortuito, solamente en ellos se daba una ausencia completa de culpabilidad, de acuerdo con la concepción entonces imperante (18). Consagró al mismo tiempo, sin embargo, en muchos preceptos del Código (arts. 1.º, 8.º, núms. 1, 2, 3, 8 y 10, y en los correspondientes a los actuales arts. 565, núm. 3.º del art. 586 y art. 600) el principio de que no hay pena sin culpabilidad. En la reforma de 1870

(17) Véase, *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*, páginas 206 y ss.

(18) Decía Pacheco, al comentar la c.ª 3.ª (hoy 4.ª) del artículo 9.º: «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 ese 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» (*El Código penal concordado y comentado*, I, 2.ª ed., 1856, pág. 195), y en relación con la exigencia de caso fortuito observa: «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 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 o de la desobediencia a la ley. No se puede rectamente pretender la absolución de lo que era sólo un paso más en la vía por donde se andaba. Quien de su voluntad se acerca a males notorios no se queje si perece en ellos» (ob. cit., pág. 167). Véase, también, en el mismo sentido, VIZMANOS y ALVAREZ, *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1848, I, págs. 86-7; y CASTRO y OROZCO y ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Código penal*, Granada, 1848, pág. 60.

el legislador al introducir el art. 65 (actual art. 50) abandonó, en rigor, el principio del *versari*, sustituyéndolo por un sistema ecléctico en que se pondera la intención y el resultado, pero siguió considerando, de acuerdo con las concepciones de la época (19), que sólo los supuestos comprendidos en el núm. 8 del artículo 8.º constituían realmente caso fortuito. De acuerdo con las modernas concepciones de la culpabilidad, en cambio, en el núm. 8. del artículo 8.º no están comprendidos todos los supuestos de caso fortuito. Quedan fuera de él aquellos en que con ocasión de realizar un acto ilícito se deriva un mal por mero accidente sin culpa ni intención de causarlo. En estos casos, dentro del marco de una interpretación objetiva de la ley, con independencia de la voluntad del legislador histórico y dado que, por una parte, en el núm. 8 del artículo 8.º no se utiliza el término caso fortuito (y no se dice, por tanto, que sólo esos supuestos constituyan caso fortuito) y por otro, que el Código establece, sin duda, con carácter general, el principio de culpabilidad, es posible apreciar una causa suprallegal de exclusión de la culpabilidad (caso fortuito suprallegal) (20).

Esta posibilidad viene reforzada, por otra parte, por la introducción del párrafo 3.º del artículo 340 bis a) en el Código. Este precepto se refiere, sin duda, como decíamos, a los delitos o faltas culposos de los artículos 565, núm. 3.º del artículo 586 y artículo 600 y supone,

(19) Decía GROIZARD, al comentar el núm. 8 del artículo 8.º: «El que ejecuta un daño elevado por la ley a la categoría de delito, si ha de gozar de la exención que este número establece, deberá demostrar que obró sin intención y que la acción que dio causa al mal producido era lícita y pudo ejecutarla con perfecto derecho, sin infringir las leyes penales ni civiles, ni los deberes morales racionales y sociales que al hombre impone la vida civil», GROIZARD, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, I, Burgos, 1870, pág. 251; según GÓMEZ DE LA SERNA: «Mas al efecto, exige el Código que copulativamente concurren cuatro circunstancias; éstas son: 1.ª, Que el acto que ocasione el daño sea *lícito*: no es necesario, por lo tanto, para considerarlo ilícito, que una ley lo prohíba, basta una simple prohibición de policía urbana o rural. El que faltando a ellas hace un mal en que no pensó, podrá merecer que se atenúe o disminuya la penalidad, pero no pretender que se le declare irresponsable», *Elementos de Derecho civil y penal de España*, de don Pedro GÓMEZ DE LA SERNA y don Juan Manuel MONTALBÁN, 12 ed., tomo 3.º, Madrid, 1877; SILVELA, al comentar el requisito del arranque lícito en la culpa, dice: «Y a nuestro parecer, es completamente evidente que la idea o el pensamiento de diligencia, cuidado y atención debida, no puede aplicarse más que a los actos lícitos: lo prohibido por la ley no se ejecuta jamás con cuidado debido, con la atención propia del caso, con la diligencia que la naturaleza del hecho requiere, al menos el legislador no puede expresar que el homicida, que el ladrón, que el calumniador deban matar, robar o calumniar, poniendo para ello los medios a propósito, con diligencia debida. Por esto castiga como reo de Delito al que ocasiona un mal contra su deseo al ejecutar un hecho ilícito, absuelve al que perjudica a otro al practicar un acto permitido, si lo hace con la diligencia debida, y pena como imprudente al que daña la propiedad o la persona de otro al practicar un hecho no prohibido, si omitió el tomar las precauciones necesarias para evitar el mal», *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid, 1879, II, pág. 156; véase, en el mismo sentido, también, VIADA, *Código penal reformado de 1870*, Madrid, 1890, pág. 168.

(20) Véase también, en este sentido, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, V, 1.ª ed., págs. 859-860, y VI, págs. 156, 251 y ss. y 290-91.

en primer lugar, la previsión, con carácter expreso, en el Código de unos supuestos en que a pesar de concurrir un acto ilícito inicial voluntario (delito doloso de peligro) no se responde a título de dolo de las consecuencias no queridas que de él se deriven. Pero no se responde tampoco a título de culpa de toda consecuencia no querida que se derive de la conducta dolosa inicial. En el párrafo 3.º del artículo 340 bis a, no se hace referencia a los resultados lesivos fortuitos. Se habla de la «*infracción* más gravemente penada» (el subrayado ha sido añadido) y las infracciones de los artículos 565, núm. 3.º del artículo 586 y artículo 600 sólo concurren si el resultado lesivo se ha producido culposamente. Si no media culpa respecto al resultado lesivo no querido no puede entrar en juego el párrafo 3.º del artículo 340 bis a. Y no cabe suponer que la voluntad de la ley sea que cuando el resultado lesivo sea fortuito (se haya producido por mero accidente, sin culpa ni intención de causarlo) deba responder el autor de él a título de dolo (por ejemplo, de homicidio doloso, art. 407 con la c.ª atenuante 4.ª del art. 9.º) y, por tanto, con mayor pena que si se ha producido de modo culposo, en cuyo caso se aplicaría el párrafo 3.º del artículo 340 bis a, y por tanto, la pena del delito de peligro o de los delitos o faltas culposos del artículo 565, núm. 3.º del artículo 586 y artículo 600 (por ejemplo, de homicidio por imprudencia temeraria), es decir, una pena inferior. Es preciso considerar, por tanto, que el legislador ha dado por supuesto —sin tener en cuenta otros preceptos fundamentales del Código— que no se incurre en responsabilidad criminal por los resultados fortuitos derivados de los delitos dolosos de peligro concreto del núm. 2.º del artículo 340 bis a y del artículo 340 bis b. La única vía para conseguirlo es la de la apreciación de una eximente por analogía a la del núm. 8 del artículo 8.º.

A la apreciación de una eximente por analogía no cabe objetar, como he señalado ya varias veces, que el artículo 8.º sea un catálogo cerrado de las causas de exclusión de la responsabilidad, pues esto no es cierto (21). No constituye tampoco un obstáculo a la apreciación de eximentes por analogía (analogía in bonam partem) el artículo 2.º del Código, pues éste se refiere sólo al establecimiento, supresión o alteración de figuras delictivas o a la modificación de las penas previstas en las mismas, pero no a la apreciación de eximentes o atenuantes (la apreciación de atenuantes por analogía está prevista, incluso, expresamente en el núm. 10 del artículo 9.º) (22). No me parece correcta,

(21) Véanse mis artículos *El versari in re illicita en el Código penal español*, lug. cit., págs. 59-60, y *La conciencia de la antijuridicidad en el Código penal español*, separata de la «Revista de Estudios Penitenciarios», núm. 166, julio-septiembre 1964, pág. 19; en el mismo sentido también, CÓRDOBA, notas a la traducción del *Tratado de Derecho Penal de Maurach*, I, págs. 165-66, nota 10, y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Hacia una nueva interpretación de la eximente de caso fortuito*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1963, fasc. 2.º, páginas 294 y ss.

(22) Véase, en este sentido, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, 1949, págs. 102-3.

por ello, la jurisprudencia del Tribunal Supremo que niega la posibilidad de apreciación de eximentes por analogía (23) (24).

Rodríguez Mourullo acude también al principio de culpabilidad, que inspira, con carácter general, el Código, para excluir la responsabilidad penal por los resultados derivados, por mero accidente, de un acto ilícito inicial. Ante la reluctancia del Tribunal Supremo a apreciar eximentes por analogía, prefiere, sin embargo, seguir otra vía. Cree que la exclusión de la responsabilidad puede fundamentarse en la definición del delito del párrafo 1.º del artículo 1.º del Código, ya que para él, el término «voluntarias» es sinónimo de culpables (25). Esta interpretación del término «voluntarias» no me parece convincente, pero aunque se admitiera hipotéticamente (26), el núm. 8 del artículo 8.º aparecería, dada nuestra concepción actual de la culpabilidad, como una restricción del principio general establecido en el párrafo 1.º del artículo 1.º (27). Para eximir de responsabilidad por los resultados fortuitos derivados de un acto ilícito inicial sería necesario apreciar, con base en el principio general del párrafo 1.º del artículo 1.º, una causa supralegal de exclusión de la culpabilidad.

Córdoba ha propuesto también una interpretación de la c.ª 4.ª del artículo 9.º y del artículo 50 para reducir el ámbito del *versari in re illicita* en nuestro Código (28). Según él, «estos preceptos se refieren a los casos en los que *no* se haya producido el mal o delito propuesto y si se haya ejecutado un mal o delito distintos...». En las lesiones dolosas con resultado de muerte (homicidio preterintencional), en cambio, «junto a un determinado delito... concurre la causación de un nuevo delito». Desde el punto de vista histórico esta interpretación carece de base (29), pero Córdoba parece tener conciencia de ello. Desde el punto de vista de una interpretación objetiva me parece también discutible. Según la c.ª 4.ª del artículo 9.º, es una circunstancia atenuante «la de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo. De ahí no cabe deducir, a mi entender, que el delincuente no ha de haber causado el mal que se propuso causar. El mal causado puede comprender

(23) Véase, por ejemplo, las sentencias de 24 de febrero de 1917, 3 de junio de 1948 y 19 de junio de 1952.

(24) De otra opinión, CUELLO CALÓN, *Derecho Penal, Parte General*, 15 ed., 1968, págs. 215-16.

(25) Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, *Hacia una nueva interpretación de la eximente de caso fortuito*, lug. cit., págs. 295 y ss. y 301-2; *La imprudencia simple sin infracción de reglamentos en el Código penal*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1963, fasc. 3.º, págs. 625-26, y *La presunción de voluntariedad*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1965, fasc. 1.º, pág. 79.

(26) No es posible, ni necesario, dilucidar aquí el sentido de la palabra «voluntarias» en el párrafo 1.º del artículo 1.º.

(27) Véase, la crítica de GIMBERNAT de la solución propuesta por RODRÍGUEZ MOURULLO, lug. cit., págs. 210 y ss.

(28) Notas a la traducción del *Tratado de Derecho Penal de Maurach*, II, páginas 85-86.

(29) Véase mi artículo *El versari in re illicita en el Código penal español*, lug. cit., págs. 51 y ss.

y rebasar el mal que se había querido causar (lesiones más graves, botín más valioso en el hurto o en el robo con fuerza en las cosas). Tampoco cabe deducir esa conclusión del artículo 50. Pues si bien en el párrafo 1.º de este artículo se dice que: «en los casos en que el delito ejecutado fuera distinto del que se hubiera propuesto ejecutar el culpable...», en el párrafo 2.º se añade que: «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». Aquí se prevé expresamente un caso en que se ha realizado (de forma parcial) el delito que se quiso cometer (que quedó en el estadio de la tentativa o el delito frustrado). Puede suceder también que el delito que se quiso someter (lesiones) llegara a consumarse (homicidio preterintencional). Respecto a la posibilidad que apunta Córdoba, en último término, de excluir la responsabilidad penal por los resultados fortuitos derivados de un acto ilícito inicial, con base en la definición del párrafo 1.º del artículo 1.º (sentido de la palabra «voluntarias», aquí como voluntad opuesta a la norma), vale lo dicho anteriormente en relación con la tesis de Rodríguez Mourullo.

Cobo del Rosal propone también una interpretación restrictiva del párrafo 3.º del artículo 1.º y del artículo 50, pero no incluye en ellos únicamente los supuestos de error *in personam* o de *aberratio ictus* en que ésta dé lugar a que la víctima sea una persona distinta, sino también los casos de lesiones dolosas con resultado de muerte (30). La inclusión de estos supuestos de homicidio preterintencional dentro del artículo 50 conduce a resultados más justos, como ha señalado repetidamente la doctrina, que el criterio seguido en general por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de aplicar el artículo 407 y la atenuante 4.ª del artículo 9.º. La interpretación restrictiva que propugna Cobo del párrafo 3.º del artículo 1.º y del artículo 50 carece, sin embargo, de toda base o justificación. En primer lugar, no se comprende la razón por la que se han de incluir únicamente en el artículo 50 los casos de lesiones dolosas con resultado de muerte y no los demás supuestos de homicidio preterintencional (p. ej., violación, incendio, conducción con temeridad manifiesta con producción de un peligro concreto para la vida de las personas, su integridad o sus bienes: conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes; creación de un grave riesgo para la seguridad de la circulación o conducir por vía pública un vehículo de motor sin haber obtenido el correspondiente permiso, cuando de estas conductas se haya derivado un resultado de muerte). La única explicación podría ser histórica, pero desde el punto de vista histórico esta interpretación restrictiva carece de base. En el Código penal de 1848, el párrafo 3.º del artículo 1.º se refería únicamente a los su-

(30) Véase COBO DEL ROSAL, *Praeter intentionem y principio de culpabilidad*, separata del «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1965, págs. 99-100.

puestos de error *in personam* o de *aberratio ictus* en que, como consecuencia de ésta, la víctima fuera una persona distinta (31). En el Código penal de 1870 el párrafo 3.º del artículo 1.º recibe una redacción más general, que coincide esencialmente con la actual (32) y se incluye dentro de las reglas de medición de la pena el artículo 65, que corresponde al actual artículo 50 (33). El legislador dio a estos preceptos un alcance general. No se menciona en ellos para nada ni el error *in personam*, ni la *aberratio ictus*, ni el homicidio preterintencional. Ahora bien, el motivo de la reforma fue, sin duda, el dar una solución más justa a los supuestos de error *in personam* y *aberratio ictus* en que ésta dé lugar a que la víctima sea una persona distinta. Concretamente, al caso del que queriendo matar a un extraño mata por error o desviación en el golpe a su padre, o del que queriendo matar a su padre mata por error o desviación en el golpe a un extraño (34). Con base en la evolución histórica de estos preceptos sólo cabe fundamentar o explicar una restricción de los mismos a los supuestos mencionados de error *in personam* y *aberratio ictus*.

Por otra parte, la interpretación restrictiva que propugna Cobo del párrafo 1.º del artículo 50 —con base en el texto del párrafo 2.º del mismo artículo— en el sentido de que se establezca la comparación entre la pena de la tentativa o el delito frustrado del delito que se quería cometer y la correspondiente al delito consumado cometido (35), carece también de base. En el párrafo 1.º del artículo 50 se establece la comparación entre la pena del delito cometido y la del delito que se quiso cometer (y el autor quiso llegar a la consumación del delito, pues de lo contrario no existiría el dolo y, por tanto, ni la misma tentativa o el delito frustrado). El párrafo 2.º del artículo 50, en que se atiende a la pena de la tentativa o del delito frustrado del delito

(31) El párrafo 3.º del artículo 1.º del Código penal 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».

(32) Según el párrafo 3.º del artículo 1.º del Código penal de 1870: «El que cometiere voluntariamente un delito o falta incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal ejecutado fuese distinto del que se había propuesto ejecutar».

(33) Artículo 65 del Código penal 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».

(34) Véase mi artículo, ya citado, *El versari in re illicita en el Código penal español*, págs. 53 y ss.

(35) Véase COBO, *Praeter intentionem y principio de culpabilidad*, lug. cit., páginas 96 y ss.

que se quiso cometer (cuando sea más elevada que la correspondiente al delito consumado cometido), tiene precisamente el carácter de una excepción a la regla del párrafo 1.º.

En relación con la c.ª 4.ª del artículo 9.º, Cobo acepta la tesis de Silvela (36), pero para conciliar aún en mayor medida este precepto con el principio de culpabilidad prevé varias soluciones: «a') Negando la existencia de relación causal por ser objetivamente imprevisible; b') Afirmando la previsibilidad por parte del sujeto activo (culpa); c') Negando, con un sector doctrinal... se diera la voluntariedad del párrafo 1.º del artículo 1.º del Código penal, que no queda invalidado en estos casos» (37). Ninguna de estas soluciones es enteramente satisfactoria, como señala el mismo Cobo, pero entre ellas me parece preferible la segunda. La primera conduce a resultados menos conformes con el principio de culpabilidad e implica, además, una determinada toma de posición en el problema causal. La tercera me parece discutible por las razones ya aducidas al hacer la crítica de la tesis de Rodríguez Mourullo. Con arreglo a la segunda de las soluciones propuestas por Cobo, sólo se imputarían los resultados más graves (dentro de un mismo delito) cuando hubieran sido previstos o fueran previsibles por el sujeto. Entonces se aplicaría la pena correspondiente al resultado más grave (como si hubiera sido causado dolosamente) y la atenuante 4.ª del artículo 9.º. ¿Cómo eximir de responsabilidad, sin embargo cuando el resultado más grave sea fortuito? Será preciso apreciar, a mi juicio, una eximente por analogía a la del núm. 8 del artículo 8.º.

En la tesis de Cobo se advierte, sin embargo, una laguna fundamental. Una vez propugnada la interpretación restrictiva, en los términos enunciados, del párrafo 3.º del artículo 1.º y del artículo 50, y aceptada la tesis de Silvela en cuanto a la interpretación de la c.ª 4.ª del artículo 9.º, no señala un camino para salvar el escollo

(36) Según COBO (ob cit., págs. 90 y ss. y 99 y ss.) de admitirse la interpretación restrictiva del párrafo 3.º del artículo 1.º y del artículo 50, que propugno (reduciendo su aplicación a los casos de error *in personam* o *aberratio ictus* en que ésta dé lugar a que la víctima sea una persona distinta), se perdería la base para restringir la c.ª 4.ª del artículo 9.º a los supuestos en que dentro de un mismo delito el resultado causado sea más grave que el que se quería producir. No comprendo por qué no habría de suceder lo mismo si se incluyen, además, en dichos preceptos, como hace COBO, los supuestos de lesiones dolosas con resultado de muerte, *excluyendo todos los demás casos de homicidio preterintencional y todos los restantes supuestos en que el delito cometido es distinto del que se proponía cometer el culpable*. En realidad, en ninguno de los dos casos falta la base para llevar a cabo la interpretación mencionada de la c.ª 4.ª del artículo 9.º, pues en el artículo 50 se incluyen sólo supuestos de delitos distintos y se relegan los casos de causación de un resultado más grave que el que se quiso causar dentro de un injusto o una culpabilidad mayor o menor en una conducta delictiva tanquam atenuantes y agravantes se refieren siempre, en principio, a la presencia de un injusto o una culpabilidad de mayor o menor en una conducta delictiva concreta. Todas se refieren, en principio, a circunstancias o elementos accidentales de un mismo delito.

(37) Véase COBO, ob. cit., pág. 100.

del requisito de la licitud del acto inicial en la exigente del núm. 8 del artículo 8.º. Este impide, en efecto, el libre juego del principio de culpabilidad en los casos que quedan excluidos del artículo 50 de acuerdo con la interpretación restrictiva que Cobo propugna. ¿Si alguien quiere causar unos daños —que quedan en grado de tentativa o frustración— y causa por mero accidente, sin culpa ni intención, la muerte de un hombre, cómo excluir su responsabilidad por la producción de este resultado? Este supuesto no está comprendido, según Cobo, en el artículo 50, ni en la c.ª 4.ª del artículo 9.º, pero tampoco encaja en la exigente núm. 8 del artículo 8.º.

Todas estas interpretaciones propuestas por la doctrina, las de Quintano Ripollés, Gimbernat, Rodríguez Mourullo, Córdoba, Cobo, Rodríguez Devesa y la mía propia, pueden ser más o menos discutibles, pero revelan, sin duda, un estado de opinión generalizado en la moderna Ciencia del Derecho penal española. Existe una coincidencia total de criterio en que el párrafo 3.º del artículo 1.º, la c.ª 4.ª del artículo 9.º, el artículo 50 y el requisito de la licitud del acto inicial del núm. 8 del artículo 8.º son incompatibles con nuestra concepción actual de la culpabilidad y, por tanto, con el principio de que no hay pena sin culpabilidad, que es uno de los pilares fundamentales del Derecho penal moderno. Existe también una coincidencia de criterio en que el problema no puede ser resuelto de un modo enteramente satisfactorio sin una intervención del legislador (38). Sería deseable que la Comisión general de codificación acometiera la reforma de esos preceptos sin mayor demora, sin esperar a la elaboración de un código completamente nuevo. Han transcurrido ya cien años desde 1870. Con la simple supresión del párrafo 3.º del artículo 1.º, de la c.ª 4.ª del artículo 9.º, del artículo 50 y del requisito de la licitud del acto inicial en el núm. 8 del artículo 8.º se permitiría ya el libre juego del principio de culpabilidad. La exigencia del requisito de la licitud del acto inicial para la apreciación de la culpa carecería entonces de toda base legal.

(38) Respecto a los pocos casos que no recibirían una solución satisfactoria con la interpretación que propugno del párrafo 3.º del artículo 1.º, c.ª 4.ª del artículo 9.º, artículo 50 y núm. 8 del artículo 8.º, véase mi artículo *El versari in re illicita en el Código penal español*, pág. 58, nota 34 y pág. 60. A los casos allí mencionados habría que añadir los de aplicación de la c.ª 4.ª del artículo 9.º, a pesar de la interpretación restrictiva que hemos aceptado de este precepto.