

<<VERSARI IN RE ILLICITTA>> Y DELITO CULPOSO.
EL DENOMINADO CASO FORTUITO IMPROPIO.

Ángel Torío López

ADPCP, T.XXIX, Fasc. I, Enero-Abril 1976, pp. 17-44

<http://www.cienciaspenales.net>

«Versari in re illicita» y delito culposo. El denominado caso fortuito impropio

Por ANGEL TORIO LOPEZ
Catedrático de Derecho penal
La Laguna (Tenerife)

I. En la jurisprudencia y doctrina científica recientes, se ha pretendido por diversos caminos corregir o limitar el peso del *versari in re illicita* en el sistema penal, que según el pensamiento prevalente desde la vigencia del código de 1870 hasta época próxima no sólo impedía la absolución por el resultado sobrevenido sin dolo ni culpa cuando dimanaba de un comportamiento originario "ilícito", sino que excluía también la posibilidad de apreciar un delito culposo, por reclamar esta clase de infracciones un "acto lícito inicial" (1). En dicha situación, era, pues, obligado estimar un delito doloso, en el que ulteriormente se hacían incidir los módulos correctivos de la denominada preterintencionalidad.

Para lograr una aproximación del derecho positivo al principio "no hay pena sin culpabilidad" Rodríguez Mourullo (2) y Cerezo Mir (3) han propuesto equiparar el caso fortuito con arranque lícito, regulado expresamente en el número octavo del artículo 8.º del Código penal, y el caso fortuito con arranque ilícito en cuanto a los efectos excluyentes de la responsabilidad. Para el primer autor, es esto posible si se tiene presente que en el caso fortuito con arranque ilícito se halla ausente, por falta de previsibilidad del resultado, la culpabilidad del autor, que según su criterio, se identifica con la voluntariedad que, como elemento general de todo delito, reclama el artículo 1.º del Código. Según Cerezo Mir, el caso fortuito con

(1) CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal*, p. gen., 17 ed., (Revisada y puesta al día por CAMARGO HERNÁNDEZ, C.) T. I. pág. 463, donde se informa sobre el problema.

(2) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., en CÓRDOBA RODA, J. y RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código penal*, T. I., 1972 págs. 451 y ss.

(3) V. CEREZO MIR, J., *El versari in re illicita en el Código penal español*, en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 1962, págs. 53 y ss., el mismo, *El versari in re illicita y el párrafo tercero del art. 340 bis a) del Código penal español*, en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 1970, págs. 287 y ss.; COBO DEL ROSAL, M., *Praeter intentionem y principio de culpabilidad*, en Anuario, 1965, págs. 454 y ss.

arranque ilícito constituye una causa supralegal de exclusión de la culpabilidad, susceptible de fundamentación mediante *analogía in bonam partem*, pues si bien es cierto que el legislador de 1848 consagró en el número 8 del artículo 8.º el principio del *versari*, al mismo tiempo reconoció en numerosos preceptos del Código el principio de culpabilidad, que al informar con carácter general el ordenamiento jurídico penal, conduciría a dicha conclusión.

Contra estas opiniones ha opuesto Gimbernat Ordeig que constituyen interpretaciones *contra legem*. Efectivamente, es difícil admitir que si el legislador ha reclamado en la noción legal del caso la licitud inicial del comportamiento como presupuesto expreso de la exención de responsabilidad, pueda prescindirse ulteriormente de tal exigencia mediante la invocación de principios jurídicos materiales o postulados ético jurídicos que el derecho positivo no ha pretendido reconocer en toda su extensión (4).

En sentido diverso de las anteriores concepciones, se orienta, por el contrario, la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. En ella se observa también el propósito de corregir, en lo que resulte posible, la pervivencia del *versari in re illicita* en el sistema de la culpabilidad inmanente en el Código, pero sin llegar formalmente en ningún caso, sin embargo, a sacrificar ni desconocer la situación positiva vigente, principalmente reflejada, en lo que al *versari* se refiere, en la fundamental disposición del caso fortuito. Por el contrario, las frecuentes declaraciones que registra la jurisprudencia de los últimos años cuidan de destacar la vigencia del requisito de la licitud inicial dentro de la eximente octava del artículo 8.º, lo que equivale a reconocer que cuando está presente un comportamiento originario ilícito no es procedente la absolucón (5).

(4) V. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966, págs. 203 y ss.

(5) V. Sentencia de 30-3-1973 (Col. Leg. núm. 513), en la que se afirma:

1.º CONSIDERANDO: que como viene afirmando esta Sala en su más reciente doctrina (sentencias de 15 de noviembre de 1969, 22 de febrero y 6 de noviembre de 1972, entre otras), el instituto de la "preterintencionalidad" entraña siempre un fenómeno de "progresión delictiva", en el que, no obstante, ser de mayor gravedad el mal causado que el propuesto por el culpable, ambos están en la misma línea ofensiva del bien jurídico atacado (vida e integridad física como más características), pues si se da una absoluta disparidad de bienes afectados por uno y otro lado, entonces se produce una total "desviación" o desvinculación en que la preterintencionalidad es suplantada por un concurso de delitos en concurrencia con un delito culposo de homicidio), por lo que partiendo de esta idea inicial y genérica es preciso distinguir dos especies o ramas en que se bifurca la "preterintencionalidad": una homogénea o de menor grado, amparada por la atenuante cuarta del artículo 9.º del Código penal, en que los dos delitos, el propuesto y el ejecutado, encarnan en un mismo tipo delictivo, aunque su resultado ofrezca un "quantum" de mayor o menor gravedad (delitos de lesiones graves descritos en el artículo 420 en escala descendente de resultados, como ejemplo típico) y una preterintención "heterogénea" o de mayor grado en que las dos infracciones, siempre situadas en la misma línea de ataque, de acuerdo con el común requisito antes exigido, están incardinadas en distintos tipos ("Ad exemplum", lesiones, homicidio) noción esta última que cabe amparar en el párrafo tercero del art. 1.º, en

De la jurisprudencia más reciente no puede deducirse, sin embargo, que los difíciles problemas interpretativos que plantea la pervivencia del *versari in re illicita* hayan encontrado una solución que pueda estimarse definitiva. No se está aquí, evidentemente, ante un cuadro normativo que quepa interpretar con seguridad y sin vacilaciones, sino ante anomalías del principio de culpabilidad, cuya dimensión y significado permanece por ahora abierta a la investigación teórica.

Si se pretende caracterizar el sistema de la culpabilidad que patrocinada por la jurisprudencia, cabe efectuarlo de la siguiente forma. En primer lugar, la materia está dominada por la exigencia del dolo o, alternativamente, de la culpa. Y en segundo lugar, no es posible en ese sistema la absolución cuando el resultado típico es consecuencia de un comportamiento típico, antijurídico y doloso (=ilícito) precedente.

El destino positivo del *versari* ha de desenvolverse, por tanto, entre estos extremos. Hasta hace escasos años, dominaba en la práctica el pensamiento de que mediante un "acto ilícito inicial", tópico necesitado todavía de clarificación, no sólo era imposible absolver, sino que estaba cerrada también la condena por delito culposo, pues

relación con el 50 del Código penal, pese a los escrúpulos manifestados por un sector de la doctrina, pues cualquiera que fuere el origen histórico del controvertido párrafo, es lo cierto que a partir del Código penal de 1870 se le dio tal amplitud de redacción que ya no sólo sirve para cobijar casos de error "in persona" y aún de "aberratio ictus", sino para englobar también los referidos supuestos de preterintencionalidad heterogénea.

2.º) CONSIDERANDO: *que distinguidas las dos especies de preterintención, la doctrina de esta Sala ha mostrado también los elementos estructurales de la misma que no son otros que, desde el "lado objetivo", una "relación causal" entre la inicial conducta del agente y el resultado, pues dicho se está que de no darse esta conexión objetiva mínima entre el hecho-base y el hecho-consecuencia no puede hablarse ni de preterintención ni siquiera de delito calificado por el resultado, subsistiendo tan sólo el delito propuesto por el culpable; y, desde el "lado subjetivo", una "intención o dolo" que cubra aquella preliminar actuación del sujeto agente, pero que, sin embargo, no se extiende al resultado más grave de muerte que dicha consecuencia última desborda, a modo de "plus effectum", lo realmente querido por el causante; o, lo que es lo mismo, que el dolo del culpable sólo se extiende al delito-base, pero no al delito-consecuencia, que le será imputable al título de culpa o de caso fortuito, por lo que si se obtiene la convicción de que la intención estuvo ausente en "todo" el decurso del hecho, no habrá preterintencionalidad de ninguna especie, restando tan sólo la posibilidad de un delito culposo si se dan los elementos —psicológicos y normativos— en que encarna la culpa, y sin que sea óbice la ilicitud del acto originario que si bien exigida en la noción legal del "casus" por el número 8 del art. 8.º del Código penal, para nada se menciona en las fórmulas legales de la imprudencia punible, con lo que se evita el escollo de acentuar la arcaica doctrina del "versari in re illicita", cuya observancia sólo debe acatarse cuando tenga expresa imperatividad legal.*

En la decisión se aprecia el peso del criterio de QUINTANO RIPOLLÉS, A. V., *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, T. I., vol 1, (Infracciones contra la persona en su realidad física, 2.ª ed., puesta al día por GIMBERNAT ORDEIG, E. 1972, págs. 116 y ss. coincidente con la ed. I de 1962); MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal*, p. espec. 1976, V. I., págs. 12 y ss.

en esta clase de comportamientos era necesario un "arranque ilícito". Procedía entonces condenar por delito doloso, con el mecanismo corrector o mitigador, en sí mismo discutido, de la preterintencionalidad.

En sentido diverso se pronuncia hoy la reciente jurisprudencia. En ella la preterintencionalidad, homogénea o heterogénea, supone la presencia de un acto doloso originario, dirigido a la lesión de un bien jurídico, que progresivamente produce resultados homogéneos (p. ej., lesiones) o heterogéneos (p. ej., homicidio en vez de lesiones) más graves que los pretendidos por el autor.

De la preterintencionalidad separa ahora la jurisprudencia las hipótesis denominadas de desviación. En ellas falta, según advierten diversas sentencias, la intención durante "todo" el decurso del hecho, perviviendo la posibilidad de apreciar un delito culposo si se dan los elementos de éste —psicológicos y normativos—, aunque preexista una acción originaria "ilícita", pues la licitud inicial reclamada en el caso fortuito, para nada se menciona en las fórmulas legales de la imprudencia "con lo que se evita el escollo de acentuar la arcaica doctrina del *versari in re illicita*, cuya observancia sólo debe acatarse cuando tenga expresa imperatividad legal" (6). Como germen y modelo de la nueva construcción suele invocarse la sentencia de 17 de diciembre de 1964, en que el autor causa la muerte de un agente de la Autoridad mediante un empujón no dirigido a menoscabar su integridad física, sino a impedir ser detenido y esposado. El Tribunal Supremo entiende que falta aquí la base de la preterintencionalidad y que al discurrir "las tipicidades respectivas... por cauces diversos" es posible apreciar delito culposo (7).

El sistema actual de la jurisprudencia implica, por tanto, una

(6) V. nota anterior. El criterio está reiterado en diversas sentencias del T. S. La más reciente de 7-4-1975 (rep. Aranzadi núm. 1558), informa sobre la jurisprudencia precedente:

CONSIDERANDO: que de acuerdo con la más reciente doctrina de esta Sala, para que se de la preterintencionalidad, ya sea homogénea o de menor grado (amparada por la circunstancia atenuante cuarta del art. 9.º del Código penal), ya sea heterogénea o de grado mayor (cubierta por el párrafo 3.º del art. 1.º en relación con el 50 de Código penal), es menester en todo caso, un hecho inicial o base, de carácter doloso, en conexión causal con un hecho-resultado o consecuencia atribuible a mera culpa o al fortuito, de suerte que exista una especie de progresión delictiva entre el delito propuesto y el cometido, desbordando este último a modo de plus effectum el mal realmente querido por el culpable; por lo que si se obtiene la convicción de que el dolo estuvo ausente en todo el decurso de la acción, no habrá preterintencionalidad de ninguna clase, restando tan sólo la posibilidad de un delito culposo si se dan los elementos —psicológicos y normativos— en que encarna la culpa y sin que sea óbice la ilicitud del acto originario que, si bien es exigida en la noción legal del casus por el núm. 8 del art. 8.º del Código penal, para nada se menciona en las fórmulas legales de la imprudencia punible, con lo que se evita el escollo de acentuar la arcaica doctrina del *versari in re illicita*, cuya observancia sólo debe acatarse cuando tenga expresa imperatividad legal.— SS. 15-11-1969 (R. 5431), 15-10-1971 (R. 3806), 22-2-1972 y 6-11-1972 (R. 745 y 4775), 30-3-1973 (R. 1464), 26-4 y 21-5-1974 (R. 1951 y 2381).

(7) V. Colección legislativa, T. LV. núm. 1.891.

rectificación del tradicionalmente dominante. Es más complejo, por otra parte, de lo que a primera vista pudiera parecer. Supuesto que reconoce la necesidad del dolo o de la culpa como presupuestos generales alternativos de la pena, concede la existencia de una excepción a este sistema en las hipótesis de preterintencionalidad, en las que no resulta preciso que el resultado típico sobrevenido sea querido por el autor, pese a lo cual se procede a imputarlo. Surge así, por tanto, una anomalía del principio de culpabilidad en el ámbito del dolo, pues la preterintencionalidad implica la atribución del resultado "como si" hubiese sido causado dolosamente, aunque haciendo intervenir determinados mecanismos correctores (regla 4.^a del art. 9.º y art. 50), según se trate de preterintencionalidad homogénea o heterogénea.

Por el contrario, la nueva orientación de la Sala Segunda del Tribunal Supremo no parece reconocer excepción o irregularidad ninguna del funcionamiento del principio de culpabilidad en el ámbito de la culpa. En hipótesis en que el resultado surge como efecto de un comportamiento "ilícito", la imputación tiene lugar si es previsible —como da a entender la sentencia citada de 17 de diciembre de 1964—, o como establece la de 7 de abril de 1975, en la que se cifra formalmente la evolución precedente, "si se dan los elementos psicológico y normativo en que encarna la culpa y sin que sea óbice la ilicitud del acto originario",

¿Está presente aquí un razonamiento jurídicamente coherente? De las premisas establecidas por la Sala Segunda se deduce que el acto ilícito originario *impide absolver*, al no mediar la totalidad de requisitos propios de la definición del caso fortuito. Paralelamente, se advierte, sin embargo, que la simple presencia de la ilicitud inicial *impide condenar*, pues para ello son necesarios los elementos propios —psicológico y normativo— de los delitos imprudentes. La situación jurisprudencial no posee plena coherencia. Por una parte atribuye al acto ilícito originario virtualidad para fundamentar la pena criminal con base en la disposición del caso fortuito; por otra, le niega esa virtualidad al someter tales hipótesis al régimen ordinario —previsibilidad y evitabilidad del resultado típico— del delito culposo. Según ésto, la nueva orientación considera jurídicamente accidental o inesencial en el ámbito de la culpa que el resultado sea efecto de un comportamiento ilícito originario, mientras que estima esencial esta situación en el ámbito del caso fortuito. El autor que con arranque ilícito, en el grupo de hipótesis caracterizadas como "desviación", causa sin dolo ni culpa el resultado típico, debe ser absuelto según la doctrina del delito culposo elaborada en los últimos años por la jurisprudencia. Simultáneamente no puede ser absuelto por impedirlo la fórmula del caso fortuito del artículo 8.º, eximente octava, del Código penal.

La conclusión que cabe deducir de la actual orientación de la Sala Segunda es que el concepto de desviación sustrae del ámbito de la preterintencionalidad hipótesis que precedentemente se compren-

dían en él, pero que simultáneamente no logra superar de forma definitiva los difíciles problemas que el régimen de la culpabilidad suscita en el Derecho positivo español. Es necesario proseguir, por tanto, la investigación de este régimen hasta lograr el equilibrio de los valores en juego, es decir, entre seguridad jurídica, por ser la construcción reflejo del derecho positivo, y justicia material, mediante el reconocimiento más amplio posible del principio “no hay pena sin culpabilidad”.

II. En la investigación que sigue se llega a conclusiones que sólo en parte coinciden con la nueva orientación de la jurisprudencia. El comportamiento ilícito originario no tiene por qué conducir en todo caso, como la doctrina precedente declaraba, al ámbito de la preterintencionalidad. En coincidencia con la Sala Segunda, se sostiene que las hipótesis que ahora se denominan de “desviación” son subsumibles en el artículo 565 del Código. En lo que difiere el punto de vista aquí mantenido del patrocinado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo de que para que dicha subsunción pueda tener lugar es necesario que medien los elementos —psicológicos y normativo, o la previsibilidad y evitabilidad del resultado— propios del delito culposo, es en que, a nuestro juicio, la causación del resultado en estos supuestos ha de ser incluida, aunque sobrevenga sin dolo ni culpa, en el artículo 565, es decir, aunque tenga carácter fortuito.

Según el criterio aquí propuesto el sistema de la culpabilidad propio del Código penal parte del principio general de la exigencia del dolo o alternativamente de la culpa como presupuestos de la pena. Pero este sistema presenta ulteriormente sendas perversiones o desviaciones. En el ámbito del dolo, aparece la irregularidad de la preterintención. En el de los delitos imprudentes, la anomalía del incompleto “caso fortuito impropio” del artículo 64 del Código penal, en el que han de subsumirse los supuestos, no reconducibles al área de la preterintencionalidad, en que el resultado típico sobrevenido por “desviación”, efecto de un comportamiento ilícito originario, surge incluso más allá del personal poder de previsión del sujeto. Si imaginamos un ejemplo correlativo al de la sentencia citada de 17 de diciembre de 1964, en el que el autor, sin embargo, no hubiera previsto personalmente— lo que en definitiva dependería de su capacidad individual— que la acción impulsiva podría causar la muerte del agente de la Autoridad, las premisas establecidas por la Sala Segunda conducirían directamente a la absolución. Pese a la existencia del arranque ilícito, es decir, de una acción típica en el sentido del delito de atentado, la falta de los elementos propios del delito culposo, “psicológicos” y “normativos” (Sentencia citada de 7 de abril de 1975), haría imposible la aplicación del artículo 565.

La solución que se propone en este estudio es diferente. En tal hipótesis sería imposible la absolución, porque lo impide —como reconoce la propia Sala Segunda— la fórmula del caso fortuito, que reclama la licitud originaria para la exención de responsabilidad. En

dicho ejemplo es procedente, a nuestro juicio, la condena por delito culposo, "como si" estuviesen presentes los elementos propios de la culpa, en atención a lo dispuesto en el artículo 64, en relación con el artículo 565 del Código penal.

Esta solución no ha sido admitida generalmente en la doctrina penal española, donde —salvo error— sólo Ferrer Sama ha propuesto, en el comentario al artículo 64 del Código, un camino paralelo (8).

En lo que sigue se considera, en sentido histórico dogmático, previamente al estudio interpretativo concreto del derecho positivo, el curso del problema. El sistema de la culpabilidad, propio del Código, está mediatizado por la doctrina de la culpabilidad del período del Derecho común. No se trata ahora, sin embargo, de reconstruir históricamente este sistema, sino de revisar tal problema concreto sobre la base de materiales conscientemente limitados. La solución aludida guarda relación con la evolución de *versari in re illicita*, evolución dispersa en numerosas fuentes que, sin embargo, encontró una síntesis fundamental en aportaciones de Kollmann y otros escritores no tenidas directamente en cuenta por los tratadistas españoles del *versari* (9). En la contemplación histórico dogmática de los precedentes inspiradores de lo que denominamos caso fortuito impropio, reactualizando una nomenclatura utilizada por Carrara (10), se halla, a nuestro juicio, el camino adecuado para superar las contradicciones aparentes de un sistema que, aunque sea criticable desde la perspectiva del principio "no hay pena sin culpabilidad", posee una lógica interna coherente. En él aparece, al lado de la forma básica de la culpabilidad o dolo, el dolo indirecto en la doble dirección de la preterintencionalidad homogénea (regla 4.^a del art. 9.^o) y heterogénea (art. 50). Y al lado de la segunda forma de culpabilidad, o culpa, el incompleto caso fortuito impropio reconocido en el artículo 64, en relación con la regla octava del artículo 8.^o y el artículo 565. Junto a cada forma de culpabilidad, aparecen formas espúreas o irregulares de imputación. Y frente al criterio jurisprudencial de que la condena por culpa implica siempre la presencia de sus elementos oportunos, psicológicos y normativos, es posible delatar en el derecho positivo la existencia de una culpa "presunta" o "indirecta", en que el elemento fundamentador de la responsabilidad no es la previsibilidad y evitabilidad del resultado, sino la vinculación de éste con una acción ilícita (típica, antijurídica y dolosa) precedente.

(8) V. FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código penal*, T. II. Murcia 1947, págs. 267 y ss.

(9) Para los datos histórico que se exponen a continuación, se tiene en cuenta fundamentalmente KOLLMANN, H., *Die Lehre vom versari in re illicita im Rahmen des Corpus iuris canonici*, en ZSTW, 35 (1914), págs. 46 y ss.; el mismo, *Die Schuldauffassung der Carolina*, en ZStW, 34 (1913), págs. 605 y ss. BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. IV, reimpresión en 1965 de la ed. de 1919.

(10) V. CARRARA, F., *Sul caso fortuito*, en *Opuscoli di Diritto criminale*, Lucca, 1870, V. III, págs. 7 y ss.; el mismo, *Programma del Corso di Diritto criminale*, P. gen. V. I., 11.^a ed., págs. 243 y ss.

III. En las investigaciones españolas sobre el *versari in re illicita* se ha producido un fenómeno correlativo al denunciado por Kollmann en relación con la literatura penal alemana. La repercusión del principio en la esfera del dolo ha sido analizada con profundidad, mientras que su posible incidencia en la esfera de la culpa ha pasado inadvertida. La antigua jurisprudencia rehusaba toda conexión entre *versari* y delito culposo al exigir en éste la licitud del acto originario. En la conocida monografía del P. Pereda sobre la incidencia del principio canónico en el Código penal, es éste el argumento tenido en cuenta para negar su proyección en los delitos imprudentes (11). Una de las más importantes aportaciones sobre estos problemas es la de Rodríguez Muñoz. En ella se examinan las relaciones del *versari* con la preterintencionalidad y el error, pero no la posibilidad de que estas relaciones se den también en el sistema de la culpa (12). En la reciente literatura no es diversa la situación. Rodríguez Devesa trata, por ejemplo, de reducir la aplicabilidad de la disposición del caso fortuito a los delitos de resultado, con exclusión de los de omisión pura —pues el precepto exige la ejecución de un acto, es decir, un comportamiento activo— y los de simple actividad —por la necesidad de que se produzca un mal o resultado natural—. Pero entiende que la presencia del arranque ilícito no obliga, sin más, a subsumir el comportamiento, por lo dispuesto en el artículo 64, en las fórmulas de los delitos imprudentes, es decir, en el artículo 565. Por el contrario, “la única conclusión correcta que autoriza el desgraciado tenor del artículo 64 —dice— es la de que se observará lo dispuesto en el artículo 564, cuando el hecho, si mediara malicia, constituiría delito y concurra imprudencia temeraria o imprudencia simple o negligencia con infracción de reglamentos (13). Este criterio no difiere del que la jurisprudencia sustancialmente patrocina en las hipótesis de “desviación” —sin mencionar el art. 64 del código—, e implica que el *versari* no despliega papel alguno en la fundamentación de la responsabilidad por culpa, responsabilidad que se rige por sus propias reglas, es decir, por la presencia de temeridad, negligencia, etc.

Tal desconexión entre *versari in re illicita* y delitos imprudentes discrepa, sin embargo, de la evolución histórico dogmática, canónica y penal. Históricamente, la doctrina del *versari in re illicita* aparece, según es conocido, como intento de sustraer determinadas hipótesis de irregularidad, singularmente a causa de homicidio, a los elementales módulos de la responsabilidad simplemente objetiva.

(11) PEREDA, J., El “*versari in re illicita*” en la doctrina y en el Código penal (solución suareciana), 1948, págs. 190 y ss.; el mismo, *Vestigios actuales de la responsabilidad objetiva*, en Anuario, 1959, págs. 213 y ss.; el mismo, *Covarrubias penalista*, 1959, págs. 13 y ss.

(12) V. notas al *Tratado de MEZGER*, II, 2.^a ed. 1957, págs. 39 y ss.

(13) V. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, Parte Gen., 4.^a ed. 1974, págs. 542 y ss.; sobre el problema del *versari* debe recordarse siempre el importante estudio de HUERTA FERRER, A., *La relación de causalidad en la teoría del delito*, 1948, especialmente págs. 247 y ss. y 316 y ss.

Como pone de relieve Kollmann, a quien fundamentalmente seguimos en lo sucesivo, frente a la responsabilidad por el hecho —*Der Tat tötet der Mann*— la exigencia de que el resultado sea consecuencia de un acto contrario a Derecho o ilícito constituye una evidente restricción. En la evolución histórico dogmática del problema se parte, en principio, de textos conciliares en que se establece que el homicidio cometido *non voluntate sed casu* engendra responsabilidad. Sin embargo, hacia finales de los siglos IV y V comienza ya a distinguirse, por el contrario, entre homicidios casuales culpables e inculpables, definiéndose éstos no porque el autor se comporte cuidadosa o prudentemente, sino por la naturaleza de la acción realizada por el sujeto. En algunos textos agustinianos se niega que cualquier homicidio pueda ser objeto de imputación, viéndose una excepción en aquello que se realiza por razón del bien y lícitamente cuando más allá de la voluntad (*praeter ... voluntatem*) sobrevenga algún mal. En el sentido de este principio, escribe San Agustín a Macedonio, que “no se es reo de todo lo que es causa de la muerte de otro”. Cuando una conducta justificada moralmente produce la muerte de alguien, el autor obra sin culpabilidad. En el supuesto de que el hijo se dé muerte por temor a la corrección paterna, carece el padre de responsabilidad si había de imponerle no *nocendi*, sino *corrigendi studio*.

La doctrina posterior al Decreto fue coincidente con el pensamiento agustiniano, siempre que el acto *propter bonum ac licitum* no violase el cuidado necesario. Diversos autores confirman este pensamiento en el caso de quien conduce caballos, bajo cuyos cascos cae repentinamente una mujer, surgiendo un aborto como consecuencia. La mujer y el guardador de los animales son enjuiciados por este *homicidium*. El Papa investiga si el hombre podía conducirlos, pues de llevar caballos robados, según la interpretación propuesta por Kollmann, sería culpable. El prohibido comportamiento habrá “causado” entonces la muerte, mientras que la mujer, no participante en la acción ilícita, estará exenta de responsabilidad.

La literatura canónica del siglo IX prestó, según Kollmann, atención particular al *homicidium casuale*. Mientras que en la hipótesis precedente se trata de establecer limitaciones objetivas a la responsabilidad, de acuerdo con la licitud o ilicitud de la acción, un sentido subjetivo aparece en el caso célebre de los leñadores que talan un árbol, que en la caída produce la muerte de un hombre. El fallo de Nicolás I ofrece un punto de vista nuevo cuando declara que, al no actuar con voluntad homicida, los leñadores sólo son culpables si por alguna culpa o negligencia ignoraron que la víctima se aproximaba. Esta es, a juicio de Kollmann, la referencia más remota dentro del Derecho canónico, en que el juicio sobre la irregularidad se hace depender de momentos subjetivos, es decir, del descuido o desatención del autor, resultando, sin embargo, dudoso, si se está ante una sustitución o sólo ante un complemento del criterio objetivo precedente. La probabilidad de la simple integración parece hallarse, según

dicho autor, en que el Papa parte de que los leñadores cumplen una acción permitida, reclamándose además, como presupuesto adicional negativo conducente a la irresponsabilidad, que el autor no haya procedido con negligencia, criterio que iba a patrocinar la ciencia canónica posterior.

En lo que concierne a la evolución ulterior del problema, destacamos, de la mano de Kollmann, algunos pasos fundamentales. En primer término, el criterio de Bernardo de Pavía, en quien los autores han solido ver el fundador de la doctrina del *versari*, porque su *Summa Decretalium* (1191-1198) fue posteriormente dada a conocer por medio de la imprenta, mientras que otros textos manuscritos permanecieron, por el contrario, desconocidos. El autor presenta sus investigaciones sobre el *homicidium casuale* en relación con algunos precedentes. El homicidio corporal presenta cuatro modalidades, a saber, justificado, necesario, voluntario y casual. Respecto a éste ha de tenerse en cuenta si el sujeto realizaba una acción lícita y si empleó la diligencia debida. En esta hipótesis no se le imputa a él la muerte, sino que se estima debida al caso, al *fatum* o la fortuna, mientras que si el sujeto no se dedicaba a una acción permitida o no aportó la debida diligencia, es responsable de homicidio.

Momento fundamental en la evolución es también la *Summa* de San Raimundo de Peñafort, en la que Kollmann ve un "resumen gráfico" de la investigación histórica del período precedente. Al igual que Bernardo de Pavía distingue, en primer término, un *homicidium spirituale*, como pecado, en el sentido de San Mateo, capítulo 5, 22, y un *homicidium corporale*, en el que aprecia cuatro modalidades: el homicidio en ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, el necesario, el voluntario y el casual. Este surge, por ejemplo, si se lanza una piedra sobre un ave u otro animal, que alcanza imprevistamente a un transeúnte, quien fallece; o cuando talándose un árbol es aplastada una persona, o en otros casos semejantes. En tales hipótesis procede distinguir según el autor realizase una acción permitida o prohibida. Si se ejecutaba un acto ilícito, como por ejemplo, arrojar la piedra hacia un punto por el que acostumbra a pasar gente, la imputación está fundamentada. Por el contrario, carece de fundamento si el sujeto ejecuta una acción verdaderamente lícita, como si el maestro por motivos educativos corrige al discípulo, o el propietario del árbol procede por necesidad a talarlo, etc. Entonces, si el autor empleó la diligencia a su alcance, el resultado sobrevenido no se le imputa, pero si efectuando un acto lícito, no aportó la diligencia debida, es pertinente la imputación.

Las consecuencias penales de la conducta son idénticas, según esto, cuando el homicidio es consecuencia de un acto ilícito y cuando realizando un acto permitido no se empleó la diligencia debida. En orden a la penalidad ambos comportamientos se equiparan. La irregularidad contraída impide la promoción del autor o da lugar a la irregularidad de quien previamente ha sido promovido. En el caso contrario de que el sujeto realizase un acto verdaderamente lícito

y aportase además la diligencia necesaria, se halla autorizado que no se le haga responder del caso fortuito, debiéndosele mantener *de iure* en las órdenes conferidas y promoverle a las superiores. San Raimundo advierte que las penas son en estos casos independientes de las de la penitencia y las legales, cuyo estudio afirma no ser de su competencia.

Presenta, pues, la doctrina canónica cuando alcanza un nivel histórico que la distancia de la primitiva responsabilidad objetiva, datos que evidencian un tratamiento paralelo entre *versari in re illicita* y comportamiento culposo dentro del *homicidium casuale*. Kollmann ha estudiado el Decreto y las Decretales desde esta perspectiva, y destacado el peso del *versari* en el ámbito de la culpa (14), hecho reflejado también en la investigación histórica del P. Pareda (15). Es claro que lo expuesto trata sólo de hacer patente esta conexión, remitiéndose para los detalles a ambas investigaciones sobre la evolución histórica canónica.

IV. En lo concerniente a la posterior evolución del *versari*, suele unilateralmente destacar la literatura penal contemporánea su proyección en la doctrina del dolo. Ordinariamente, se advierte que el principio experimenta una transformación decisiva en la doctrina de Covarrubias sobre la *voluntad indirecta*, doctrina asumida por Carpzovio en su concepción del *dolus indirectus*. Liszt-Schmidt advierten que la teoría del *dolus indirectus* del derecho común tiene su origen en el *versari in re illicita*. Cuando el autor se halla en *versari in re illicita* el resultado previsible, no perseguido intencionalmente por él, se le imputa por entenderse presuntivamente que de hecho ha sido previsto; de este principio, dicen, investigado particularizadamente por los prácticos italianos, procede el *dolus indirectus* del derecho común, para cuya construcción Carpzovio y Bohemero se apoyaron en el español Covarrubias, estimando que en él se contiene un consentimiento condicional en el resultado previsto con anterioridad (16). Hippel indica, a su vez, que para la ciencia penal italiana de los siglos XII a XV solamente el dolo se estima punible, pero que en conexión con una regla del derecho canónico, el *versari in re illicita* es equiparado al actuar doloso, resultando así fundamentada la doctrina ulterior del *dolus indirectus* (17). En esta dirección las investigaciones de Löffler sobre la repercusión del *versari* en el *dolus indirectus* han permitido suponer que en él se había producido una verdadera transformación del principio canónico medieval,

(14) V. KOLLMANN, H., *Die Lehre vom versari in re illicita...*, cit, de quien se toman los datos precedentes.

(15) V. *El versari in re illicita*, cit., págs. 22 y ss.

(16) V. LISZT - SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 25 Auf., 1927, págs. 222.

(17) HIPPEL, R., *Deutsches Strafrecht, I, Allgemeine Grundlagen*, 1925, págs. 96.

estándose ante una nueva categoría jurídica que habría absorbido plenamente su contenido (18).

Las investigaciones de Kollmann sobre la culpabilidad en la *Carolina* tratan de mostrar la falta de fundamento de tal suposición. Para este autor, el sistema de la culpabilidad culposa se halla también en este cuerpo legal bajo el influjo del *versari*. Junto a la forma ordinaria de culpabilidad, es decir, del dolo, conoce la *Carolina* una responsabilidad extraordinaria, en la que se equiparan comportamiento imprudente y determinadas hipótesis de *versari in re illicita* (19). El criterio no puede ser analizado aquí. Contra él se ha alzado en la literatura penal alemana principalmente Binding, negando que en la C. C. C. existan puntos de apoyo para afirmar la recepción del *versari in re illicita* (20).

Prescindiendo de esta cuestión polémica, las conexiones entre *versari* y responsabilidad por culpa son evidentes en la ciencia penal del período del Derecho común. En los sistemas de Carpzovio y de Bohemero, presenta la culpabilidad, al lado del dolo o de la culpa, sendas irregularidades o desviaciones. En el dolo directo, la del *dolus indirectus*. En la culpa, en cuanto forma extraordinaria de culpabilidad, emergen también modalidades de culpa presunta, que sin necesidad de otros requisitos, llevan a imputar el resultado acaecido, efecto de un acto ilícito precedente. La construcción es en ambos autores paralela; las diferencias apreciables se observan en las indicaciones que siguen.

El verdadero delito implica incondicionalmente, según Carpzovio, *animus y voluntas (sine dolo enim et malo animo non videtur proprie possi dici discrimen)*. Pero en contradicción con esto, según Binding, a quien seguimos en esta parte de la exposición, se afirma también que los delitos culposos no pueden permanecer impunes, aunque no sujetos a la pena ordinaria. Previo este punto de partida, Carpzovio determina la responsabilidad por el hecho doloso no a partir del concepto mismo del dolo, sino de conformidad con la doctrina del *versari*, en el sentido de que quien efectúa algo ilícito es responsable de lo que se sigue más allá de la intención y la voluntad, si el resultado podía ser previsto fácilmente, aunque con la restricción de que no sobrevenga *per accidens*, sino *per se*, pues la situación sería insoportable sin esta teoría y numerosos homicidios permanecerían impunes. De conformidad con ello, si alguien *animo delinquendi*, actúa con la intención de lesionar, pero sin *animus occidendi*, produciéndose previsiblemente, sin embargo, una consecuencia letal, está presente un *homicidium dolosum*, procediendo la pena ordinaria. *In delictis puniendis*, es suficiente un *dolum in genere*. Binding critica

(18) V. LÖFFLER, J., *Die Schuldformen des Strafrechts*, Bd. 1, págs. 166 y ss., a quien manifiesta seguir KOLLMANN; SCHAFFSTEIN, F., *La ciencia europea del Derecho penal en la época del Humanismo* (trad. de RODRÍGUEZ DEVE-SA, J. M.^a), 1957, págs. 151 y ss. y 171 y ss.

(19) V. KOLLMANN, H., *Die Schuldformen der Carolina*, loc. cit., págs. 626 y ss.

(20) V. BINDING, K., *Die Normen*, cit., págs. 139 (nota 3) y ss.

esta terminología, advirtiendo que Carpzovio habla también de *voluntas indirecta* en contraposición a la *voluntas directa*, en el sentido de Covarrubias (21).

La teoría del dolo indirecto, cabe añadir, asume en Carpzovio matiz fundamentalmente objetivo. Dolosamente actúa, "el que percuta con espada o instrumento cortante semejante, con los que comúnmente se causan golpes y heridas de los que se sigue necesariamente la muerte". En Bohemero, por el contrario, presenta acento subjetivo. El que quiere el antecedente, quiere también el consiguiente, no sólo lo que es de forma absoluta necesario, sino ciertamente también lo que comunmente y con facilidad puede y suele derivarse de esto (22). La voluntad antijurídica originaria conducirá, pues, en estas hipótesis al ámbito del dolo. La mediación de la malicia —como posteriormente reconocerá bajo el peso posible de esta tradición la legislación penal española— es entonces incompatible con la apreciación de un delito culposo. Aparece, pues, aquí una primera desviación del principio de culpabilidad, consistente en atribuir a la esfera del dolo tanto lo *directa* como lo *indirectamente* querido por el sujeto (aunque no lo de ningún modo querido por él).

Pero la virtualidad del *versari* no se proyecta unilateralmente, como ha sido dicho, en el *dolus indirectus*. El principio puede engendrar también responsabilidad extraordinaria si el autor, realizando algo permitido, causa sin mediación de la voluntad en el sentido expuesto el resultado lesivo. Se trata de hipótesis en que el resultado procede de una acción prohibida, aunque careciendo el sujeto de intención de perjudicar. El *homicidium casuale* impune es para Carpzovio el cometido por quien: 1) Realiza algo lícito, es decir no prohibido (*operam dat rei licitae et non prohibitae*). 2) Hace esto en tiempo y lugar debidos, con aportación de toda la diligencia (*id quod facit debito loco ac tempore, et omnem diligentiam adhibet*). La falta de cualquiera de estos requisitos impide que el homicidio se estime fortuito. Y entonces es preceptivo, por el contrario, valorar la muerte como culposamente producida (*Horum alterum quando deficit, homicidium non pro casuali, sed culposo haberi debet*) (23).

Bohemero enseña también que el *versari* excluye la calificación del hecho como fortuito. El *versari in re illicita* determina la responsabilidad extraordinaria. Para que el homicidio se considere accidental, se requiere que el autor cumpla un acto lícito (*reus in re licita versetur*), que lo realice en lugar y tiempo permitidos y de manera en todo caso lícita (24).

(21) V. BINDING, *Die Normen*, cit., págs. 158 y ss.; HUERTA FERRER, A., cit., págs. 254 y ss.

(22) Los textos correspondientes en KOLLMANN, H., *Die Schuldauffassung der Carolina*, cit., págs. 605-606.

(23) Según KOLLMANN, H., *Die Schuldauffassung der Carolina*, cit., pág. 628 (en nota).

(24) Según KOLLMANN, H., *Die Schuldauffassung der Carolina*, cit., págs. 628 (en nota); BINDING, K., *Die Normen*, cit., págs. 178, critica la concepción de BOHEMERO (*Meditationes in CCC, art. 146*) de que la culpa es

Están presentes aquí afinidades y posibles convergencias entre la ciencia penal del Derecho común y la evolución histórico canónica precedente. Inexistente la *voluntas indirecta*, si el autor se encuentra en un *versari in re illicita*, aparece la forma extraordinaria de imputación, como si estuviese presente culpa o imprudencia. En ambos supuestos, está excluída la posibilidad de absolución.

V. Hasta la publicación del célebre estudio sobre el caso fortuito, participó también Carrara del criterio, procedente de los criminalistas italianos antiguos, de que el *casus* debía ser objeto de imputación, a título de culpa, si el autor, que infringió fortuitamente el Derecho, “versaba en cosa ilícita” (25). El estudio destaca que existe un *concepto propio* del caso, en el que la ausencia del dolo y la culpa, funda que el autor no merezca un reproche o censura, ni aún de simple ligereza. Y un *concepto impropio*, según el cual, pese a sobrevenir accidentalmente, el resultado es imputable por poderse conducir a un acto ilícito precedente. Para Carrara los que dictaron este principio, justamente combatido en su generalidad por los juristas alemanes, tomaron el concepto del caso fortuito en sentido concreto e impropio, suponiendo que el agente, que fue su causa, podía prever y evitar el resultado”. La determinación de la culpa por el *versari*, propia de dicha noción, es regla falsa o inútil, que Carrara confiesa haber aceptado como moneda corriente por suponer que en dichas circunstancias el autor pudo efectivamente prever la producción del resultado (26). Frente, pues, a la tradición que, *a sensu contrario*, expresa ya el principio proclamado por Farinacio “*qui licitum actum gerit de delicto inde sequitur non tenetur*” (27), la posición de Carrara, en las ediciones últimas del *Programa*, es que cuando se hace responder al sujeto de algo que no pudo prever ni evitar, se concibe el caso en sentido particular e impropio, no de manera general y auténtica, siendo una *injusticia* y una *equivocación* imputar a una persona el resultado acaecido imprevisible e inevitable, por la circunstancia de *versar* en algo ilícito (28).

Por último, se prescinde aquí de examinar con más detalle los motivos históricos por los que el Código penal presenta desde 1848 un sistema doble de desviaciones o anomalías en las formas de cul-

cualquier hecho ilícito del que sin dolo surge una lesión, cometiendo homicidio culposo todo aquel que sin ánimo de matar “versa” en cosa ilícita, en lugar ilícito, en tiempo ilícito o, finalmente, en forma ilícita (*Homicidium ergo culposum toties committitur, quoties quis sine animo occidendi versatur in re illicita, aut illicito loco, aut illicito tempore, aut denique illicito modo*), por entender que en vez de determinar el fundamento proporciona síntomas o indicios que tanto pueden referirse a la culpa como al *casus*.

(25) V. nota 10; DÍAZ PALOS, F., *Culpabilidad jurídico penal*, en Nueva Enciclopedia Jurídica, T. VI, 1954, especialmente págs. 138 y 147 y ss

(26) V. *Sul caso fortuito*, cit., págs. 7 y ss.

(27) V. *Praxis et Theorica criminalis*, L. I., cons. I, 1.

(28) V. *loc. cit.*, 16 y ss.

pabilidad, constituido por la preterintencionalidad y la estructura del caso fortuito impropio de los artículos 8, regla 8.^a, 64 y 565. Para ello sería precisa una investigación de la doctrina general de la culpabilidad dominante antes de la codificación. En tal sentido sólo cabe suponer que los redactores del Código de 1848, educados en los estudios académicos precedentes a la formalización del proceso-codificador, experimentaron el influjo de la doctrina de la culpabilidad del Derecho común, así como del Derecho histórico, reflejada en las Partidas. En este cuerpo legal, la regla XXI, Título XXXIV, Partida VII, establece que *quien da razón por que venga daño a otro el mismo se entiende que lo haze*. La Glosa de Gregorio López advierte que por "*quien da razón*" ha de entenderse "*quien da ocasión*". En la edición de 1848, publicado ya el Código penal del mismo año, Gómez de la Serna al comentar la Ley IV, título VIII, Partida VII, relativa a la muerte fortuita (*como aquel que mata a otro por ocasión, no merece haber pena por ello*) la relaciona con la disposición sobre el *casus* del Código, es decir, con el número 8 del artículo 8.^o y con su artículo 71, que coincide esencialmente con el 64 actual. Hay aquí afinidades lingüísticas entre tales textos legales e interpretaciones indicativas de una conexión posible entre ellos, cuya verificación haría preciso un estudio crítico separado.

VI. El contenido del artículo 64 debe ponerse, pues, en relación con la doctrina del caso fortuito impropio, es decir, con la evolución histórico dogmática del *versari* y su proyección en los delitos culposos. El grupo normativo del artículo 64, artículo 8, 8.^o, y 565 presenta estructuralmente, según esto, una hipótesis de culpa presunta.

No ha sido este, sin embargo, el criterio de la doctrina española. Desde Pacheco (29) y Groizard (30) se declara que el artículo 64 actual es aplicable si falta la debida diligencia, o lo que es igual, si se ha obrado de forma culposa. Esta equivalencia —se dice— hace natural que la disposición remita a las fórmulas de los delitos imprudentes. El elemento ausente en el caso fortuito "incompleto" es la "debida diligencia" aludida en el artículo 8.^o, número 8, del Código. Y este tratamiento del problema constituye hoy la doctrina dominante (31).

(29) V. *El Código penal concordado y comentado*, T. I., 5.^a ed., 1881, págs. 402, afirma que "si ha faltado en efecto, alguna parte de la *debida diligencia*, es natural que se haya caído en imprudencia temeraria".

(30) V. *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, T. II, pág. 384 dice que "el artículo pudo muy bien no escribirse, sin que por eso resultare ningún vacío en nuestra legislación penal, porque lo que dice, implícito está en el núm. 8 del art. 8.^o y en el art. 581". Del art. 8, 8.^o, "lógicamente se deduce que... no habiéndose ejecutado el acto lícito con la debida diligencia, la exención es improcedente, y el mal causado constituye objeto de (la) penalidad..., que... reserva el art. 581 (en el que se sancionaba la imprudencia)".

(31) V. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Loc. cit.*, págs. 286 y ss.; el penetrante estudio de DEL ROSAL, J., *Del caso fortuito incompleto*, en *Comentarios a:*

Pero esta interpretación incurre en un círculo vicioso, además de privar el artículo 64 de toda función normativa. Si el caso fortuito incompleto del artículo 64 está presente sólo si falta la “debida diligencia”, las hipótesis subsumibles en él se regulan inmediatamente por las normas o fórmulas de la culpa. Es directamente aplicable entonces el artículo 565 y, por tanto, para nada hay que examinar la aplicabilidad del artículo 8.º, 8.ª, y del artículo 64. La doctrina dominante propone implícitamente a la práctica jurídica el siguiente procedimiento aplicativo. En primer lugar, verificar la inexistencia de la debida diligencia, determinante *ipso facto* de la aplicación de las fórmulas del delito culposo. Y después, comprobar que en este supuesto no es aplicable, precisamente por falta de la debida diligencia, el artículo 8, regla 8.ª, sino el artículo 64. Por último, retornar al punto de partida, es decir confirmar la aplicación del artículo 565 en virtud de la doctrina que el artículo 64 contiene. La naturaleza tautológica del razonamiento es evidente. Lo que ese razonamiento dice es que la ausencia de la diligencia debida fundamenta un delito culposo, conclusión confirmada *a posteriori* por el sistema del impropio caso fortuito.

La interpretación prevalente priva, pues, al artículo 64 de función normativa. Y esto es jurídicamente inaceptable, pues toda interpretación que afirma que la norma interpretada carece de función ha de rehusarse en principio. La función del artículo 64 debe pues, investigarse por otro camino.

En sentido técnico, la disposición del *casus* del número 8 del artículo 8, no se comporta del mismo modo que el resto de las “eximentes”. Estas suponen la provisional fundamentación de un elemento del delito, pero simultáneamente su exclusión definitiva por la mediación del motivo de exención de que se trate. En el ámbito de la antijuricidad típica, la mediación de una causa de justificación neutraliza el indicio originado por la realización de los elementos del tipo. El sistema de la regla-excepción pone de relieve que mediante las causas de justificación reconocidas por el Derecho positivo, se pretende sustraer al juicio provisional de la antijuricidad, engendrado por la realización típica, el comportamiento correspondiente.

Una relación lógica paralela parece presente también en las demás eximentes del artículo 8. En la fuerza irresistible, el movimiento corporal se enjuicia definitivamente como “no acción” por la regla 9.ª del artículo 8.º En el ámbito de la imputabilidad, la atribución idealista, apriorista o generalizadora de la capacidad de culpabilidad por el sistema presenta como excepciones la enajenación, la menor edad o la sordomudez en los números 1, 2 y 3 del artículo 8.º En el miedo insuperable (art. 8.º, 10) la presencia de los elementos positivos del delito —acción, injusto típico, imputabilidad, dolo o culpa—, suscep-

la doctrina penal del Tribunal Supremo, 1961, pág. 9, apunta a cuestiones esenciales en sentido diverso del dominante.

tible de ordinario para la fundamentación de la culpabilidad, aparece finalmente neutralizada por la mediación de un motivo de exclusión de la culpabilidad en sentido estricto.

Sin embargo, la relación dialéctica, implícita en el derecho positivo, entre fundamentación (provisional) y exclusión (definitiva) del correspondiente elemento del delito, es decir, entre los denominados aspectos "positivos" y "negativos" del delito, no está presente en el caso fortuito del código. En él se aprecia un fenómeno diverso. En la regulación legal, no se trata, por ejemplo, como sucede en el artículo 45 del Código penal italiano de que, inexistentes el dolo y la culpa, dicha disposición establezca tautológicamente que "no es punible quien ha cometido el hecho por caso fortuito...", ni de que fundamentada "provisionalmente" la culpabilidad jurídica, la regla 8.^a del artículo 8.^o venga ulterior o "definitivamente" a neutralizarla, sino de una cuestión totalmente diversa.

La disposición del caso fortuito no impide la "consolidación" de una culpabilidad posiblemente apreciable como fundamento de la pena, lo que no sería posible al estar ausentes el dolo y la culpa. Cumple, por el contrario, una función fundadora, *ex nihilo*, de la pena, es decir, extiende la pena criminal a comportamientos que, por falta de la correspondiente forma de culpabilidad, no resultarían punibles. En definitiva, la regla octava del artículo 8 del Código penal, en relación con el artículo 64, determina la punibilidad en hipótesis de *versari* no incluíbles tampoco en el esquema de la preterintencionalidad —por falta de voluntad delictiva "directa" e "indirecta", o sea, de dolo "directo" o "indirecto", por mantener la terminología de los autores citados—, es decir, en que procedería la absolución por la producción del resultado típico de no estar presentes dichas disposiciones.

La regla del artículo 8.^o, 8.^a, en relación con los artículos 64 y 565 Código penal, no equivale, en consecuencia, al *caso fortuito proprio* de las legislaciones y la dogmática, en que al faltar el dolo y la culpa no es posible dirigir al autor ningún reproche o censura, ni aún de simple negligencia (32), con la consiguiente falta de culpabilidad, sino el *caso fortuito impropio* de los prácticos italianos, de la ciencia penal de la época del Derecho común, o de Carrara con anterioridad a la publicación de la monografía sobre el *casus*, desvalorizado por él posteriormente como equivocación e injusticia al posibilitar la imputación de resultados imprevisibles, en desconexión con la esfera espiritual del autor, o lo que es igual, en que está ausente la actitud personal defectuosa en que jurídicamente se basa el juicio valorativo negativo de la culpabilidad (33).

La conclusión de que el número 8 del artículo 8.^o del Código no

(32) Como dice ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale*, p. gen., 6.^a ed., actualizada por CONTI, L., 1969, pág. 299.

(33) Sobre las construcciones del *casus* en la doctrina V. SANTORO, A., *Il caso fortuito nel diritto penale*, 2.^a ed., 1956, págs. 15 y ss.

contiene materialmente una causa de exención, sino una *causa de fundamentación de la responsabilidad* es paralela al reconocimiento del peso efectivo del *versari* en el sistema. Este no incide sólo en el conjunto normativo “dolo-preterintencionalidad”, sino en la estructura del caso fortuito impropio. En el sentido del derecho positivo, el comportamiento ilícito originario —no reconducible al área de la preterintencionalidad— engendra sin necesidad de requisitos subjetivos ulteriores, con las restricciones objetivas que se precisarán, una responsabilidad por culpa según el artículo 64, en relación con el 565. En las hipótesis jurisprudenciales externamente caracterizadas como de “desviación” no son, pues, precisos los elementos “psicológicos” y “normativos” del delito culposo para la imputación del resultado producido. El sistema aprecia entonces una “culpa presunta”, que paralelamente a la terminología histórica de la esfera del *dolus* podría designarse como “culpa indirecta”.

Esta solución lleva a apreciar concurso de leyes si el resultado dimanante del acto antijurídico originario era personalmente previsible, o fue previsto en la situación concreta, por el autor. Entonces se produce la situación característica del concurso aparente de disposiciones penales. El conflicto se plantea entre la norma del artículo 565 y la norma del artículo 64 del Código penal. Dada la conexión del resultado con una acción típica, antijurídica y dolosa (ilícita) precedente resulta aplicable el artículo 64. Objeto del reproche es entonces el desvalor del acto ilícito originario, determinante de la aparición del resultado. Pero en virtud de la previsibilidad personal del acontecimiento son, en principio, aplicables también las fórmulas de la culpa. El desvalor apreciable radica entonces en la reprochabilidad de la actitud personal individual del autor respecto al resultado sobrevenido, es decir, en su existente culpabilidad culposa.

La solución precedente se consigue entonces mediante el principio de alternatividad reconocido por el artículo 68, en el que se declara aplicable la disposición que aplique mayor pena al delito o falta cometido.

En el apartado siguiente de este estudio (ap. VII), ante la ambigüedad de la remisión al artículo 565 que efectúa el artículo 64 —es equívoco, como advierte Rodríguez Devesa, si se refiere a su párrafo primero o segundo—, se propone entender que esta remisión exige formar una pena única —coincidente con el sentido del artículo 79— cuyo marco alcanza desde el límite mínimo de la pena de la imprudencia antirreglamentaria hasta el máximo de la pena establecida para la imprudencia temeraria, es decir, desde arresto mayor en el grado mínimo a prisión menor en el grado máximo, solución conforme con el tenor literal del artículo 64 Código penal.

De conformidad con ello, el concurso aparente de leyes deberá ser resuelto, en sentido provisional e indicativo, de la siguiente forma:

a) Concurso del artículo 64 y el párrafo primero del artículo primero del artículo 565 (causación del resultado mediante acto de-

lictivo inicial dándose temeridad del autor). Es aplicable el artículo 565, párrafo primero, pues el límite mínimo de prisión menor es más elevado que el de la pena indicada.

b) Concurso del artículo 64 y el párrafo segundo del artículo 565 (causación del resultado mediante acto delictivo inicial dándose simultáneamente simple imprudencia o negligencia e infracción reglamentaria). Es aplicable la pena única mencionada, pues su límite máximo es más elevado que el de la pena de arresto mayor.

c) Concurso entre el artículo 64 y el número 3.º del artículo 586 (causación del resultado con simple imprudencia o negligencia, sin infracción de reglamentos, mediante acto delictivo inicial). Es aplicable la pena única indicada por ser más grave que la establecida por el artículo 586, 3.º, para la ejecución del delito en las condiciones que establece.

El *versari in re illicita*, en consecuencia, no sólo impide la absolución por el resultado inculpable, sino que contamina el tratamiento del concurso de leyes cuando ese resultado es previsible personalmente para el autor.

VII. De lo expuesto se desprende solamente el marco más general en que han de desenvolverse posteriormente determinados problemas particulares. La interpretación histórica revela la existencia en el sistema de una norma cuyo contenido correlativo, materialmente antagónico, al de la eximente octava del artículo 8.º, es que *no está exento de responsabilidad el que con ocasión de ejecutar un acto ilícito causa un mal por mero accidente sin culpa ni intención de causarlo*. La ejecución de un delito doloso —lo que supone una verdadera imposibilidad de que medie la diligencia debida mencionada en la definición del caso fortuito— da lugar a responsabilidad aunque el resultado sobrevenga sin dolo ni culpa del autor. La responsabilidad se determina entonces por el artículo 64, que remite a lo dispuesto en el artículo 565.

Pero al igual que toda norma jurídica, la disposición del artículo 64 está sujeta a interpretación. La exigencia de la interpretación se polariza, con relación a ella, en dos direcciones. Por un lado, la exégesis se proyecta sobre el *praeceptum legis*, puesto que no es suficiente una conexión cualquiera entre el acto ilícito precedente y el resultado producido, sino una conexión jurídicamente relevante o que esté comprendida en el fin de la norma.

Por otra parte, según advierte Rodríguez Devesa, aunque en sentido diverso del que después se expone, el artículo 64 no puede ser aplicado literalmente, adoleciendo de imprecisión, no deduciéndose de él si se ha de aplicar la disposición sobre la imprudencia temeraria (párrafo 1.º) o sobre la simple imprudencia antirreglamentaria (párrafo 2.º) del artículo 565 (34). Las necesidades interpretativas que suscita el artículo 64 afectan a la totalidad de la norma que contiene, es decir, no sólo al *praeceptum legis* —para precisar qué restricciones

(34) V. *Derecho penal*, cit., pág. 542.

comporta y qué hipótesis son subsumibles en él—, sino a la *sanctio legis*, es decir, a las consecuencias que determina su violación.

En lo que concierne a este extremo se ha de tener en cuenta que la actual regulación del artículo 565, en el sentido de distinguir entre imprudencia temeraria y simple imprudencia o negligencia antirreglamentaria, como modalidades de la culpa desde la perspectiva de la gravedad, era desconocida en el Código de 1848, del que procede sin variación sustancial el artículo 64. El Código penal de 1848 no conocía *grados* de comportamiento culposo, sino modalidades alternativas de la culpa valorativamente indiferentes, amenazadas con idéntica pena criminal. En consecuencia, la aplicación del artículo 71 (64 actual) no presentaba la ambigüedad delatada por Rodríguez Devesa. La aparición del resultado como efecto del acto ilícito originario (típico, antijurídico y doloso) era inequívocamente sancionada por la norma sobre la culpa, que conectaba una pena unitaria a la producción imprudente del delito.

Esta situación se modifica por el Código penal de 1870. En él se reforma el sistema de la culpa en el sentido fundamental que hoy pervive de distinguir un grado más grave, la imprudencia temeraria, y uno menos grave, la simple imprudencia o negligencia antirreglamentaria, pero sin adoptar la precaución de acomodar el artículo 85 (64 actual) a la nueva regulación. Esta transformación del sistema de la culpa, inadvertida de ordinario en la doctrina, es la que da lugar al equívoco actualmente persistente (35).

Para solucionarlo, no proporciona punto de apoyo alguno el principio *in dubio pro reo*, pues no se está en el campo propio de esta regla, es decir, en el ámbito de valoración de la prueba, sino en el de la interpretación de la norma, o lo que es igual, ante cuestiones de exactitud jurídica, no de benevolencia o de rigor. En consecuencia, no cabe decidir la ambigüedad de la remisión del artículo 64 en el sentido, por ejemplo, de proponer se aplique siempre el párrafo segundo del artículo 565, en el que se prevé como pena base la de arresto mayor, más favorable que la de prisión menor amenazada en el párrafo primero.

No es posible tampoco atender al desvalor del acto ilícito originario, es decir, a sus propiedades negativas, para graduar la penalidad en las hipótesis del artículo 64. En tal caso se trataría de atender a la mayor o menor gravedad objetiva de la acción para imponer al sujeto alternativamente la pena del párrafo primero o segundo del artículo 565 por la causación del resultado. En un atentado determinante de la producción de la muerte del agente de la autoridad sin dolo ni culpa, es decir, en situación objetiva o externamente se-

(35) V. C. P. de 1848, *Tit. XV, De la imprudencia temeraria.*— art. 469. “El que por *imprudencia temeraria* ejecutare un hecho, que si mediare malicia, constituiría un delito grave, será castigado con la prisión corresponsal; y con el arresto mayor de uno a tres meses, si constituyera un delito menos grave.— Estas mismas penas se impondrán respectivamente al que con infracción de los reglamentos cometiere un delito por simple imprudencia o negligencia.”

mejante a la de la sentencia de 17 de diciembre de 1964 (36), habría que tomar entonces en cuenta la naturaleza de la acción impulsiva, es decir, el desvalor objetivo-general inmanente en ella para optar por una u otra penalidad. Pero esta solución ha de rechazarse. Este desvalor se capta ya en la medición de la pena propia del atentado, con lo que de tenerse de nuevo en cuenta en el ámbito del artículo 565 se lesiona el principio *ne bis in idem*, incurriéndose en las objeciones dirigidas contra la doble valoración de los elementos de los tipos en la medida de la pena (37).

Los inconvenientes que presentan estas posibles soluciones no se dan en la que, finalmente, se propone. La comprobación histórica de la conexión entre *versari* e incompleto caso fortuito ha mostrado que el sentido de esta conexión es equiparar la causación culposa del resultado a las hipótesis en que este es efecto de un acto ilícito originario, como formas de la denominada responsabilidad extraordinaria. La consideración histórica de la norma indica, por otra parte, que la solución ha de respetar la equiparación que el Código de 1848 contenía.

Esta equiparación se consigue ateniéndose al tenor literal del artículo 64. Su declaración de que, a falta de la totalidad de los elementos de la definición del caso fortuito "se observará lo dispuesto en el artículo 565" puede entenderse entonces en el sentido de que la pena imponible se extenderá desde el límite mínimo de la establecida en el párrafo segundo, al límite máximo de la prevista en el párrafo primero, es decir, de un mes y un día a seis años de privación de libertad (límite mínimo del arresto mayor y máximo de la prisión menor). La solución, además de superar la ambigüedad delatada por Rodríguez Devesa y mantenerse dentro de la interpretación literal amplía el límite mínimo de la sanción imponible, lo que hace menos sensible el sacrificio del principio de culpabilidad que la situación comporta. En esta dirección, puede todavía sugerirse que en la pena así determinada incide el límite contenido en la regla del párrafo cuarto del artículo 565, sobre la necesidad de imponer pena inferior a la prevista para el delito cometido dolosamente.

VIII. La determinación del marco penal o *sanctio legis* del artículo 64 deja sin resolver las cuestiones interpretativas particulares que su contenido normativo o preceptivo plantea. En especial, queda aún abierta la cuestión de las propiedades que ha de reunir la acción ilícita originaria para que esté justificada objetivamente la imputación del resultado. Pues, en principio, no basta para esto la presencia de cualquier acción en el sentido de la teoría de la equivalencia de las

(36) Vid. nota 7.

(37) V. BRUNS, H. H., *Strafzumessungsrecht*, Allg. T., 1967, págs. 335 y ss., advierte que la inobservancia del principio de la doble valoración constituye uno de los errores jurídico materiales más antiguos y frecuentes en la medición judicial de la pena.

condiciones, sino que es necesaria una conexión particular. Como advertía Hippel, tras los pasos de Löffler, en el *versari* el resultado tenía que ser consecuencia calculable, es decir, probable o típica del acto delictivo originario.

En lo que se refiere a las propiedades de esta conexión, puede indicarse lo siguiente:

a) La aplicación del artículo 64 no depende solamente de que entre el acto delictivo inicial y el menoscabo del bien jurídico, o resultado típico, medie una relación de simple sucesión.

Esto sucede, por ejemplo, si el autor del hurto, con posterioridad a la consumación, causa la muerte de un agente de la autoridad, en el episodio sucesivo de la detención. Entonces no sobreviene el resultado "con ocasión de ejecutar" (art. 8.º, regla 8.ª, en relación con el artículo 64), sino "con ocasión de haber sido ejecutado" previamente el delito.

b) Está también excluida la imputación del resultado si se produce con ocasión de actos anteriores a los ejecutivos, es decir, con ocasión de la realización de actos preparatorios por el sujeto. Un ejemplo puede ser el de quien en los actos previos al engaño típico de la estafa se hace sospechoso, surgiendo entonces el incidente que determina la muerte de la víctima.

La interpretación literal del requisito, implícito en el artículo 64 "*con ocasión de ejecutar un acto ilícito*", sustrae del ámbito de la norma los supuestos mencionados.

De la interpretación de esta fórmula, se desprende que el concepto "con ocasión de ejecutar" alude al contexto actual de un comportamiento delictivo, es decir, a la ejecución *in actu* de una conducta criminal, que favorece la aparición de la acción causal del resultado. En este sentido, cabe insistir, como hemos puesto de relieve en otro estudio, que la *ocasión* no es la *causa* ni la *condición* (38), sino el contexto o circunstancia favorable para que la causa actúe. Dentro del artículo 64, la ejecución actual del delito (ocasión) ha de favorecer, por tanto, la aparición de la acción determinante del resultado típico.

IX. Finalmente, en el art. 64 la acción originaria ha de poseer una auténtica proclividad o tendencia a producir resultados como el sobrevenido. No basta, pues, la presencia de un enlace en el sentido de la teoría de la equivalencia. Especialmente en un terreno donde la corrección de los efectos de esta teoría en el ámbito de la culpabilidad no puede tener lugar precisamente por la incidencia del *versari*, son imprescindibles, en el propio ámbito del tipo, correcciones limitativas de la responsabilidad penal. En la literatura penal española, principalmente por el influjo desplegado por la traducción del *Tra-tado* de Mezger por Rodríguez Muñoz, ha encontrado aceptación la teoría de la relevancia o adecuación típica, para la cual sólo procede la imputación del resultado cuando su conexión con la acción es

(38) V. TORIO, A., *Motivo y ocasión en el robo con homicidio*, en Anuario, 1970, págs. 619 y ss.

jurídicamente relevante, de acuerdo con una correcta interpretación del tipo. En los delitos cualificados por el resultado, en los que el *versari in re illicita* constituye la verdadera razón de su existencia, no es siquiera bastante fundamento de la responsabilidad una conexión causal adecuada de especie corriente, sino que es necesario, como dice Mezger, una conexión causal "de la que pueda decirse que posee una propia tendencia a favorecer la producción de resultados de aquella índole más grave" (39).

De conformidad con este criterio, la acción ilícita inicial ha de poseer, para que el artículo 64 sea aplicable, una verdadera proclividad, es decir, una tendencia objetiva específica en orden a determinar resultados como el que venga en consideración. Es esta tendencia la que hace inteligible el sistema del impropio caso fortuito como una hipótesis de presunción de culpa, por hallarse el resultado en concordancia con lo que normalmente acontece (*id quod plerumque accidit*).

Cuanto queda expuesto no agota los problemas que el contenido normativo del artículo 64 plantea. Por el contrario, indica solamente su sentido general, insinuando los criterios a que ha de acomodarse su interpretación. La conexión de esta interpretación con la teoría de la adecuación típica tiende un puente, en el tratamiento del problema, con las investigaciones actuales sobre la imputación objetiva. Según advierte Rudolphi, con la afirmación de que entre un comportamiento determinado y el resultado típico sobrevenido existe una conexión causal no se resuelve aún el problema de si este resultado puede imputarse objetivamente al autor: es preciso además —como pone de relieve en su núcleo esencial la teoría de la relevancia— que el acontecimiento mismo satisfaga las exigencias del particular tipo penal, es decir, que esté presente la infracción de la norma prohibitiva o preceptiva que se halla en la base del tipo. En tal sentido, según Rudolphi, sólo es objetivamente imputable el resultado injusto causado por una conducta humana cuando esta conducta crea un peligro jurídicamente desaprobado de que se produzca el resultado y este peligro se ha concretado realmente en el acontecimiento concreto determinante de ese resultado (40).

La interpretación sugerida del artículo 64 obligará a ver en un trabajo especial sus conexiones con la moderna doctrina de la imputación objetiva. La posibilidad de la imputación ha de reducirse, como ha propuesto Roxin, a las hipótesis en que la acción conducente a la producción del resultado permanece dentro de la finalidad de protección de la norma que venga particularmente en consideración (41). Para la imputación del homicidio será así preciso que la muerte sea consecuencia de un acto ilícito inicial que posea las propiedades de los que la norma del homicidio pretende efectivamente prohibir. Es

(39) V. MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal*, I, 1935, págs. 223 y ss.

(40) V. RUDOLPHI, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, Allg. Teil, 1975, págs. 21 y ss.

(41) V. ROXIN, C., *Zum Schutzzweck der Norm bei fährlässigen Delikten*, en *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, 1973, págs. 241 y ss.

dudoso entonces que la norma del homicidio esté ya dirigida a impedir, por ejemplo, el empujón de una persona a otra (como genéricamente parece entender la sentencia de 17 de diciembre de 1964, antes mencionada, con el argumento polémico de ser previsible que pueda sobrevenir la muerte del agente de la autoridad del fuerte empujón dado por el autor durante el forcejeo para impedir ser detenido). Para la imputación sin vacilaciones de la muerte es preciso que el acto ilícito inicial sea portador del peligro de que el resultado se produzca y que posea las propiedades de los comportamientos que la norma sitúa, precisamente, bajo la prohibición de matar (42).

X. El estudio precedente plantea la necesidad de una sucesiva investigación. Núcleo fundamental de él es poner de manifiesto las relaciones históricas internas, específicas, entre el principio *versanti in re illicita imputantur omniae quae sequuntur ex delicto* y los delitos culposos, reflejadas en la estructura del impropio caso fortuito del artículo 64 del Código penal. Esta conclusión respeta el derecho positivo vigente, aun cuando se halle en pugna con el postulado —no reconocido plenamente por el Derecho positivo— “no hay pena sin culpabilidad”.

En cualquier caso, no es impertinente indicar que el enjuiciamiento del *versari in re illicita* por la doctrina penal española no deja de adolecer de alguna superficialidad. No sólo se descalifica el principio sin verificar su significado histórico dogmático, ni su repercusión efectiva en el derecho positivo, así como las restricciones permisibles en su aplicación, sino que tampoco suelen tenerse en cuenta algunas opiniones recientes de la doctrina extranjera que ven en el *versari* un contenido más polémico que el que algunas opiniones pretenden presentar. Según Baumann, el pensamiento del *versari in re illicita* halla expresión en orientaciones recientes favorables a un “concepto general de culpabilidad”, en que al lado del dolo y de la culpa, estarían también comprendidas las consecuencias típicas de un comportamiento peligroso o arriesgado (*riskantes Verhalten*), concepto que, ciertamente, la doctrina suele rechazar, así como la consideración en la medida de la pena, en sentido agravatorio, de los efectos inculpablemente producidos mediante un comportamiento culpable precedente (43).

Para Hardwig, sin embargo, que ha examinado algunos aspectos del *versari* en su proyección posible sobre el derecho penal contemporáneo, en los delitos de responsabilidad por el resultado, en los que desde la ley 4-8-1956 se requirió por el Código penal alemán la mediación de culpa respecto a la particular consecuencia agravatoria, el aumento de penalidad que suponen no puede explicarse atendiendo

(42) V. RUDOLPHI, *loc. cit.*, pág. 62: la imputación objetiva supone, en primer término “que el autor haya creado un riesgo para el bien jurídico protegido, precisamente con infracción de la norma de conducta jurídico-penal dirigida a la protección de ese bien jurídico”.

(43) V. BAUMANN, J., *Strafrecht*, Allg. Teil, 7.^a Auf., 1975, pág. 412.

únicamente al principio de culpabilidad. Es preciso, por el contrario, tener en cuenta la relación de ese grupo de delitos, incluso tras la reforma mencionada, con el *versari in re illicita*, en el que radica a su juicio un núcleo de verdad determinante de su supervivencia a lo largo del tiempo.

También el delito de lesiones responde a este principio, pues si el autor crea dolosamente una situación de peligro, determina en el adversario la correspondiente contrareacción agresiva, a partir de la cual nadie puede personalmente prever como se desenvolverá el acontecimiento. Acción y reacción aparecen en una situación ascendente, en la que no pueden preverse personalmente las consecuencias, de modo que la responsabilidad por el efecto más grave no radica en su producción culposa por el autor, sino en haber sido provocada maliciosamente una situación general, en que, con independencia de la previsibilidad concreta, se ha llegado a graves resultados. El núcleo de la relación de culpabilidad radica así en la conexión entre la conducta maliciosa (*böswillig*) lesiva, adicionalmente peligrosa, con el resultado producido: quien se sitúa consciente y voluntariamente en situación antijurídica, mediante una forma de comportamiento que comporta la posibilidad de un resultado grave, ha de ver más severamente enjuiciada su conducta, cuando el resultado sobreviene, que si sólo lo hubiera producido culposamente. El tipo de los delitos de responsabilidad por el resultado tiene así la significación siguiente: "yo, Legislador, considero punible la correspondiente acción antijurídica no sólo porque cause el resultado pretendido, sino porque en tal modo de comportamiento pueden producirse conjuntamente consecuencias más graves que las queridas por el autor" (44).

La doctrina del *versari in re illicita* está también presente, a juicio de Schweikert, en la decisión del Gran Senado del Tribunal Supremo Federal Alemán de 8-4-1957 sobre la imputación agravatoria, en la medida judicial de la pena, de consecuencias del hecho no previsibles personalmente para el autor. En ella, el Gran Senado se separó de la concepción de la culpabilidad generalmente admitida, conforme a la cual los resultados particulares de la acción sólo pueden tenerse en cuenta para agravar la pena si se han producido de forma dolosa o culposa. La decisión declara compatible con el principio de culpabilidad "la imputación agravatoria de los efectos dañosos extratípicos dimanantes de una situación general de peligro producida culpablemente, aunque no fuesen previsibles para el sujeto en su manifestación concreta, es decir, en la especie y dirección de la lesión causada por él al afectado, pues el autor ha establecido culpablemente la posibilidad de que tales efectos se pudieran producir. El que culpablemente origina una situación cargada de peligro, o en cierto modo, abre la puerta por la que pueden penetrar diversas e indeterminadas desgracias, puede ser hecho responsable del resultado que efectivamente sobrevenga".

(44) V. HARDWIG, W., *Betrachtungen zum Erfolgsqualifizierten Delikt*, en: Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1965, pág. 99.

Está presente aquí, como Schweikert sugiere, una expresión particular, en el terreno de la medición de la pena, del *versari in relicita*, puesto que solamente la situación de peligro, no sus consecuencias, precisan surgir, en el sentido usual, de forma culpable. Pero, a su juicio, el Tribunal iría demasiado lejos si la decisión pretendiera sugerir la imputación de cualquier consecuencia que guardase relación con una situación culpablemente producida. El injusto penalmente reprochable, en un derecho penal de culpabilidad, no puede sólo consistir en la lesión del bien jurídico. Por el contrario, pertenece siempre a él una forma de comportamiento relevante a la que se refiere la lesión del bien jurídico, una forma o especie de comisión que pueda ser objeto de reproche, lo que equivale a decir que es insuficiente el resultado sobrevenido por azar o en conexión inadecuada con la conducta del autor. El dolo y la culpa, a juicio de dicho autor, no son, sin embargo, las únicas formas de conducta jurídico penalmente relevante en este sentido. Junto a ellas se encuentra una tercera modalidad, el comportamiento peligroso o arriesgado. Y cualquiera de estas tres formas puede ser utilizada por el legislador para la formación de los tipos (45).

La situación del derecho positivo español no difiere sustancialmente del criterio que evocan tales posiciones. No sólo el resultado doloso culposo, o preterintencional, sino las consecuencias típicas, objetivamente calculables, del acto culpable precedente son imputables también en el sentido del artículo 64 del Código. Es precisamente este sentido el que lleva a responder, por ejemplo, el autor culpable del artículo 340 bis c) del Código penal, aunque el resultado desgraciado no fuese, en la situación concreta, previsible personalmente para él. A la vista de ello, se comprenderá que el artículo 64, hoy en estado práctico de desuso, posee mayor importancia y alcance del que suele atribuírsele.

El balance que precede tiene carácter dogmático. Es expresión, solamente del derecho positivo vigente. Asunto diverso es la valoración de sus discordancias con el principio de culpabilidad, cuya corrección es competencia del legislador.

En consecuencia, tratándose tan sólo de proporcionar una explicación menos ininteligible que las usuales del artículo 64, sería poco procedente, como para situación correlativa advertía Hardwig, acudir al *topos* del moderno derecho penal de culpabilidad para descalificar las opiniones discrepantes con el estigma del anacronismo (46).

(45) V. SCHWEIKERT, H., *Strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten?*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1958 (70), págs. 396 y ss. y 410 y 77. Este punto de vista es menos sostenible tras la reforma de la parte general del C. p. alemán y el peso que atribuye al principio de culpabilidad. El art. 46 (2), en la medición de la pena, exige que el Juez pondere "las consecuencias culpables del hecho".

(46) V. HARDWIG, W., *Der Vollrauschtatbestand*, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1964, pág. 141.

Únicamente del análisis de las verdaderas bases histórico dogmáticas del sistema de la culpabilidad del Código pueden surgir posiciones claras para proceder a su reforma. El impropio caso fortuito de la eximente octava del artículo 8.º no es elemento independiente de ese sistema, sino miembro de una estructura histórico dogmática que fue tenida presente por los redactores del Código penal de 1848.