

Vestigios actuales de la responsabilidad objetiva (*)

P. JULIAN PEREDA

Prof. de Derecho Penal del Colegio de Estudios Superiores de Deusto

Creo que es de trascendental importancia la materia: importancia teórica, ya que toca en el punto más vital del Derecho penal, y suma importancia práctica, pues de su recta intelección y aplicación puede resultar el triunfo de la justicia contra apariencias criminales que han condenado a muchos inocentes. Es, por otra parte, grato su estudio, pues se mueve y perfila en un ambiente intensamente humano y lleno de emoción, en el que la ciencia va esclareciendo los profundos repliegues del obrar consciente y estableciendo las firmes bases de la verdadera responsabilidad.

Pero entremos ya en materia...

Se entiende generalmente, en Derecho penal, por responsabilidad objetiva la responsabilidad por el mero hecho o resultado criminal, prescindiendo del aspecto subjetivo del delincuente. Se ha matado a un hombre; se sabe quién es el agente y, sin más, se le aplica la pena. Que fué sin querer, que era un sonámbulo, un loco, que fué pura fatalidad, contra su voluntad: no importa. Hay un hombre muerto por otro, y éste debe sufrir la pena.

Es curioso el testimonio de Schlyter, en su *Corpus Iuris Svo-Gothorum*. Dice así: «Si alguno, no voluntaria, sino casualmente, produce alguna herida a otro, no por eso ha de recibir menor castigo; pues el que sea casual y no de propósito no hace que mengüe el dolor, ni le importa gran cosa al herido el haberlo sido casualmente y no de propósito.»

A la verdad que es peregrina la razón y convincente, pero de un primitivismo que no admite discusión.

En casi todos los pueblos se puede afirmar que nace el Derecho penal con este carácter objetivo. El análisis psicológico es fruto refinado del espíritu humano: primero se vive hacia afuera; se ve lo exterior con mirada sencilla y espontánea, y es natural, por tanto, que a eso exterior se acomode la vida jurídica y muy particularmente la administración de justicia. Luego vendrá la refle-

(*) Conferencia pronunciada en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos el día 21 de marzo del corriente año.

xión, el análisis psicológico, el estudio de la trascendencia de lo interior en el obrar humano, y poco a poco irá pasando al primer plano, para el estudio de la responsabilidad, lo que antes ni se tenía en cuenta; y obligará a declarar completamente libre de responsabilidad penal, a pesar del resultado dañoso, al que ha obrado impulsado por fuerzas interiores o exteriores que han violentado su voluntad.

Pero para llegar a este día de plena luz jurídica, cuántos pasos en falso se habrán dado, cuántos titubeos y atisbos a lo largo de cientos de años, cuántos estadios intermedios que en su tiempo supusieron grandes avances y que hoy los miramos con sonrisa desdeñosa.

Este es el balbuceo de todo Derecho penal. Oíd al celeberrimo obispo de Worms, Burchard, muy a comienzos del siglo XI: «Cometiste casualmente un homicidio—nos dice en su libro XIX de *Poenitentia*—de manera que a ninguno querías matar, ni herir, llevado de la ira, ni con vara, ni con hierro, ni con instrumento alguno de azotar; sino ibas sencillamente a cazar y quisiste asae-tear a una fiera y de manera imprevista y sin quererlo, ni caer en la cuenta mataste a un hombre, en vez de matar a una fiera...». Este es el caso con sus palabras. Y termina imponiéndole como penitencia la cuarentena rigurosísima, más cinco años de privaciones y asperezas que indica con todo detalle. Aquí tenéis un caso típico de pura responsabilidad objetiva.

Pues bien: éste era el ambiente que se respiraba en la calle cuando daba sus primeros pasos el Derecho penal español. El Derecho germano, que todo lo llenaba, era eminentemente objetivo. Quizá sea el más aceptable el parecer tan ponderado de Del Giudice, que afirma: «No es que se niegue el elemento volitivo en el Derecho penal germánico, sino que se le presupone algo así como constitutivo de todo maleficio, ya que es un obrar humano; pero no se le considera como requisito específico del que sea preciso tener en cuenta en cada caso particular. El autor del daño ha de responder de él y dar la debida reparación sin meterse a examinar si ha obrado conscientemente o no», que es lo mismo que nos dice Orlandis en su artículo sobre el concepto del delito en el Derecho de la alta Edad Media.

«El elemento objetivo—dice—, el daño, desempeña una función preponderante para la determinación del concepto del delito en los sistemas penales escasamente desarrollados. Delito será en ellos toda producción antijurídica de un resultado dañoso; este elemento de hecho, el resultado, es el decisivo... y a ese mismo elemento de hecho externo va ligada la responsabilidad, que será, por tanto, una responsabilidad por el resultado: lo que no significa que se desatienda el elemento voluntad y pretenda sancionarse la falta de voluntad culpable, sino que ésta se presume tras el hecho y se considera el resultado dañoso como la expresión sensible de

la voluntad criminal.» Queda, pues, a flote que el ambiente en el que se vivía era el de un objetivismo profundamente sentido y que a él se acomodaban sus normas de justicia.

Y no creáis que fué conquista de pocos años este concepto espiritualista de la responsabilidad, que nos parece ahora, y lo es, sin duda alguna, la cosa más natural, y más lógica, y más debida.

Escuchad al celeberrimo Farinacio, muerto a principios del siglo XVII, el cual nos dice: «*se habuisset hunc casum* que él, como abogado, tuvo este caso», y os lo voy a contar con más palabras...: Erase un buen hombre que se cayó de lo más alto de un campanario, con tan buena suerte para él como mala para el pobre transeúnte sobre quien cayó, a quien dejó muerto, quedando él con vida. Pues bien: como si fuera poco haberse caído del campanario, todavía se le formó causa criminal por homicidio. Y Farinacio nos cuenta como gran triunfo suyo que le libró de la pena de muerte y que quedó sólo con la pena *extra-ordinem*, con la pena extraordinaria. Esto a fines del siglo XVI o comienzos del XVII.

Se debe en gran parte a nuestros clásicos el cambio completo al concepto espiritualista, que fué por sus pasos, hasta llegar en Suárez a su apogeo.

Establezcamos una ligera comparación entre estas tres grandes figuras: Gómez Antonio, Covarrubias y Suárez, para ver el progreso sucesivo.

Gómez Antonio, el llamado príncipe de los juriconsultos, se expresa en estos términos en su obra *Variae Resolutiones*, en la primera mitad del siglo XVI: «*Maxima cum ratione reprobo sententiam Pauli de Castro...*, con toda la razón del mundo—dice textualmente—repruebo el parecer de Pablo de Castro, para quien no es reo de muerte, sino de pena arbitraria más leve, el que, pretendiendo solamente azotar o injuriar, y de ninguna manera matar, sin embargo, mata a la víctima con un palo u otro instrumento semejante; y lo repruebo, aunque haya protestado antes el criminal que realmente no quería matar y se deduzca esa falta de voluntad de la misma clase y cualidad de los instrumentos elegidos. Ciertamente esa sentencia y conclusión es abiertamente falsa, y así la repruebo, y tengo la contraria. *Tenetur poena mortis*, reo es de muerte y no se debe atender ni considerar la cualidad de los instrumentos empleados..., ni si usa de medios de suyo aptos, como si son ineptos e inadecuados...».

Como veis, aquí resalta el carácter objetivo por encima de todo. Se hace muy poco caso, más bien ninguno, de la intención y voluntad del criminal; ha querido azotar y eso basta para que se le tenga por homicidia si muere la víctima, y esto no con dudas en el príncipe de los juriconsultos, sino teniendo por clarísimamente falsa la opinión contraria.

Así hablaban y discurrían los juristas españoles y extranje-

ros y por eso es más de admirar la valentía y decisión de nuestros clásicos al imponer el criterio espiritualista.

Oigamos ya a Covarrubias, figura señera del saber español: «Hay homicidio voluntario—dice—no tan sólo cuando el que mata explícitamente tiende a la muerte y quiere matar, sino también cuando su voluntad tiende a un acto del que *per se* e inmediatamente, no *per accidens*, se sigue la muerte; pues la voluntad del que obra mal se dirige a aquello que se hace y a todo lo que de ello se sigue no meramente *per accidens* o accidentalmente. Vaya un ejemplo: el que hiere a Sempronio con mala voluntad queriendo injuriarle y que quede con el rostro marcado con una cicatriz, pero de ningún modo matarle, si se le fué la mano y le hiere gravemente y sobreviene la muerte, no ha duda: se trata de un homicidio voluntario».

Si le comparamos con el anterior, veremos que aún queda no poco del carácter objetivo, pero es ya muy grande la diferencia: Covarrubias requiere que *per se* inmediatamente, no *per accidens*, se siga la muerte; en caso contrario, no hay homicidio voluntario y, por tanto, no se le puede aplicar al delincuente la pena del homicidio. A cuántos hoy mismo les parecerá correcto este modo de pensar y qué pocos tribunales se separarían hoy del fallo que da Covarrubias.

Suárez, con todo, le sale al paso y le dice que está muy lejos de ser cierta su afirmación porque —y cito sus palabras—el homicidio que se sigue de una acción que no fué conocida como occisiva ni mucho menos como tal querida, no se puede decir directamente voluntario, porque la voluntad no tiende directamente al homicidio; y lo confirmo—continúa—porque repugna que un resultado pueda ser al mismo tiempo directamente voluntario y directamente no querido; ahora bien: en ese caso, no sólo no se pretende matar, sino que se intenta el no matar y moderar la acción de modo que no se mate; luego aunque realmente resulte un homicidio, no se puede decir que sea voluntariamente querido.»

Y vuelve sobre el tema al considerar el caso del que manda por ir a azotar a otro injustamente, pero advirtiéndole que no se le mate, y dice así contra el mismo Covarrubias que hallaba en este caso homicidio voluntario en el mandante.

Juzgo más cierto—dice Suárez—que ahí se da un homicidio casual. De dos modos puede darse este fatal resultado en la práctica. Primero, cuando aun siendo injusto el mandato de azotar y herir al otro, sin embargo, pone en evitar la muerte el mismo cuidado que pondría si se tratase de un castigo justo: es decir, se lo encomienda a un hombre de confianza, señala los instrumentos y el indica cómo los ha de usar. En tal caso, delante de Dios no es ni directa ni indirectamente voluntario el homicidio... Pero si se manda sencilla y absolutamente golpear, sin limitar el modo, ni instrumento, aunque verbalmente se diga que no lo mate, entonces intrínsecamente influye alguna voluntad indirecta; ya el homicidio

es menos casual, pero aun entonces se debe distinguir del *simpliciter voluntarium*... a no ser que sean tales las circunstancias y los medios empleados, tal su eficacia inmediata, que la muerte sea la consecuencia más lógica, pues en tal caso querer esa causa es querer ese efecto... (y mirad uno de los ejemplos que pone) el que quiere absolutamente herir con una espada, dando tajos en cualquier parte del cuerpo, y de ese modo mata, claro está que tal homicidio es voluntario...—pero aun aquí pone su mordiente, pues continúa—... ¡Mas si aunque fuera con la espada, procura todavía no herir en parte alguna peligrosa, entonces, aunque acaezca el morir, esta muerte no es intencional; no se podría, por tanto, hablar de homicidio voluntario.

¡Cuántos tacharían hoy mismo de audaces estas afirmaciones tan categóricas, ni quién habrá respetado más el carácter subjetivo del delito ni delimitado mejor el concepto de voluntario! Se ve clara la progresión de Gómez a Covarrubias y mucho más aún la de Covarrubias a Suárez. Ya en éste no entran en juego otros conceptos que los esencialmente subjetivos de previsión, intención, finalidad..., sin olvidar, como no debe olvidarse, la tendencia natural objetiva o el *finis operis*, absolutamente imprescindible, supuesta la previsión. ¿Qué más puede pedir el más escrupuloso celador de la culpabilidad y de todo el aspecto subjetivo del delito?

¡Y pensar que ha llegado a decir Mezger que por primera vez se atiende al elemento subjetivo del agente en la célebre disertación de Gläntrer, *De homicidio ex intentione indirecta commissio*, del año 1756! ¡Suárez había muerto en 1617, es decir, casi siglo y medio antes!

¿Y qué decir de la administración de justicia en el día de hoy? ¿Se sigue de tal manera el criterio subjetivista que no quedan vestigios del objetivismo más condenable?

Algo y aun algos deben quedar, cuando Lüfler lo llama baldón ignominioso de nuestra época y retroceso brutal a los primeros tiempos... cuando Max Ernesto Mayer dice «que ese resto de la responsabilidad por el resultado es una injusticia lamentable en nuestro derecho», y V. Liszt, «que ese vestigio permanente de la responsabilidad derivada del resultado no responde ni a la conciencia jurídica actual ni a los principios de una política criminal razonable». Y por acabar con las citas, oigamos a Mezger: «No es correcto decir que el Derecho penal vigente haya dado realidad sin restricciones al principio *No hay pena sin culpabilidad*. No hemos progresado en modo alguno hasta tan brillante extremo, y si Relling, con razón, ve en toda pena sin culpabilidad un vestigio de incultura, es preciso reconocer, con toda franqueza, que más de un vestigio de incultura alienta aún en nuestro derecho positivo.»

Y permítasenos, de pasada, manifestar nuestra admiración de que autores de clara impronta positivista puedan también hablar en ese tono. Pero ¿puede dudarse de que la responsabilidad por

la mera convivencia en sociedad es, en resumidas cuentas, una responsabilidad puramente objetiva? Nos lo afirma clarísimamente el mismo Ferri, al decirnos que «la idea embrionaria... de esta responsabilidad social... se resume en un último análisis en que... es responsable el hombre de sus propios actos por el solo hecho de haberlos realizado. Esta idea embrionaria—continúa—es la piedra angular del nuevo edificio científico, es la regla suprema, gracias a la cual, al excluir del dominio jurídico el criterio... de la culpabilidad..., se está en condiciones de dar la única respuesta a esta terrible pregunta: ¿Por qué el hombre es responsable de sus delitos?»

Lejos estamos, por dicha nuestra, de estas teorías positivistas; pero ni nuestro Código ni la Jurisprudencia pueden levantar mucho la voz como triunfadores de tan atrasado criterio.

Pongamos un caso de nuestra Jurisprudencia, un poco antiguo, para evitar posibles suspicacias, pero nada, raro, por desgracia, ni aun en nuestros días. Una pobre mujer se encarga de llevar sobre sus hombros ligeras cargas de brezo y ramas; se encuentra con niños de siete a doce años que la molestan todos los días y tiran de las ramas y no la dejan en paz; cansada de sufrirlos, cogió un día una pequeña piedra (así lo dice la sentencia) y la echó contra el grupo de chiquillos. Por desgracia dió en la cara de uno de ellos y le causó una ligera erosión, que—sigo citando la sentencia—ni por la región que ocupada ni por los órganos lesionados, ofrecía gravedad alguna; pero se presenta el tétanos y el niño muere a los pocos días. La Audiencia la condena como responsable de homicidio doloso. Se entabla recurso de casación y el Tribunal Supremo confirma por completo la sentencia anterior y va la pobre mujer a presidio como homicida por una serie de años.

Consideremos primero el caso en sí mismo y luego en la legislación española.

¿Se puede hablar en este caso de homicidio doloso? Si así se le califica, ¿no es un caso de mera responsabilidad objetiva, un atenerse exclusivamente a la causalidad material, un prescindir en absoluto del elemento subjetivo del delincuente? Comparadlo con el criterio de Suárez... y veréis cuánto hemos retrocedido...

Ni ante su conciencia ni ante Dios es homicida formal esta mujer; por tanto, tampoco debe serlo ante el Tribunal de Justicia. No se puede hablar, en este caso, de voluntad criminal homicida. ¿Cómo la iba a tener la pobre mujer, contra niños de ocho o diez años, que tan puerilmente la molestaban...? ¿Una piedra pequeña y tirada por una mujer contra el grupo puede indicar esa tendencia occisiva? ¿Una piedra con la que sólo pretende librarse por un momento de sus importunidades, de ahuyentarlos, de amedrentarlos para que la dejaran en paz? En este caso no hubo, no pudo haber previsión alguna de muerte, ni aun siquiera previsibilidad de algo como probable, y aún debemos decir que ni como posible.

Y notemos que no basta la previsibilidad de algo como meramente posible para fundar la responsabilidad penal. Por tanto, si no hubo ni previsión ni previsibilidad y, por consiguiente, ni voluntad, directa ni indirecta, ¿dónde podremos encontrar un algo subjetivo que fundamente la voluntariedad necesaria en todo delito? Si, pues, a esta mujer se la condena como homicida, ¿no es un caso clarísimo de mera responsabilidad objetiva?

Vengamos al Código. En el artículo 1.º se nos dice «que son delitos o faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley». Luego en todo delito es necesaria la voluntariedad. Al definirse después el homicidio en el artículo 407 «como la muerte de un hombre causada por otro», claro está que se ha de sobreentender la voluntariedad; pero digo que no cualquiera voluntariedad, sino la propia y específica del delito concreto de que se trata; luego aun cuando haya voluntad de un algo antijurídico, esencialmente distinto del homicidio, nunca se podrá decir que hay voluntad del homicidio, ni se deberá, por tanto, responder del homicidio. Quizá algunos no estarán conformes con esta manera de pensar, pero la creo acertada y lógica y que debería perturbar un poco la conciencia de algunos tribunales. Mientras se pueda dar explicación espiritual al Código y salvar con ella tan claras injusticias como la realizada con esta pobre mujer, creo que estamos obligados a ello en conciencia.

Cierto que las explicaciones rutinarias de ciertos principios doctrinales, máxime el de la causalidad material, facilita sumamente la labor de los Tribunales; pero sin duda que es con mengua de la justicia, y esto nunca se debe admitir.

Prescindiendo, en gracia a la brevedad, de aquellos casos concretos de responsabilidad más o menos objetiva, como en los delitos calificados por el resultado y otros afines, sólo quiero fijarme en tres puntos que encuentro en el Código y en la Jurisprudencia, que no sólo sirven de apoyo, sino que algunos parecen forzar estas conductas de no pocos jueces.

Los indicaré brevísimamente como puntos de meditación, apuntando las posibles soluciones, según mi parecer.

Es uno de ellos, y muy importante, la afirmación absoluta de que no cabe delito culposo, siendo el primer acto antijurídico e intencional. Convendría, sin duda, precisar qué se debe entender por este primer acto antijurídico e intencional. ¿Intencional de qué? ¿Basta cualquier intencionalidad más o menos antijurídica para calificar de doloso el delito, completamente distinto, que resulta y ajeno a la voluntad y aun a la previsibilidad del agente? Esto nos parece absurdo en absoluto y que lleva a grandes injusticias.

Apliquémoslo a nuestro caso. La mujer tiró aquella piedra, por causas muy diversas, resultó el niño muerto. Dice la sentencia que hay que condenarla como homicida dolosa, ya que el ho-

micidio culposo no es ahí posible, porque el primer acto voluntario de tirar la piedra es intencional y antijurídico. Sin duda que ocurre preguntar lo que preguntamos antes: ¿intencionalidad de qué? ¿De matar, de herir o simplemente de ahuyentar a aquellos niños tan molestos? ¿Esta finalidad tiene relación alguna con la voluntad de matar? Ninguna ciertamente; no puede, por tanto, calificar de voluntario doloso el homicidio que resulta: hay como alguna *contradictio in terminis*. En el caso peor podría hablarse de imprevisión, de imprudencia, de inconsideración en ese acto, y podría, tal vez, fundamentar un delito culposo; pero doloso, nunca.

Bien dice Vannini, al exponer su teoría sobre la culpa, «que se estrella también contra la tradicional—y a mi juicio falsa—concepción de la culpa, que exige un arranque lícito o, al menos, no antijurídico de la conducta». Así, comentando estas palabras, añade: «estoy de acuerdo con Vannini en que son muchos los homicidios culposos que derivan de una causa dolosa.»

Yo creo preciso distinguir bien y precisar este comienzo doloso. Hay comienzos dolosos que van directamente a la lesión y realmente lesionan, y vienen como consecuencia, aunque no querida, la muerte. Ciertamente que en algunos de estos casos no veo que encaje fácilmente el homicidio culposo, como tampoco veo que encaje el doloso, si no es, en ocasiones, el eventual. Quintano Ripollés, que no admite delito culposo con actos primeros intencionales, dice de éstos «que la voluntad ha de ir en ellos a cometer un mal intencionado, un delito con tipicidad propia y efectivamente le producen, aunque de mayor entidad». Entendido así, quizá esté en los cierto Ripollés y sea cosa difícil hablar de homicidio culposo en tales casos.

Pero hay otros actos primeros intencionales, o mejor, voluntarios, que no guardan de suyo relación adecuada ni con la lesión ni muchísimo menos con la muerte. Un bofetón, un paraguazo, un puntapié, una pedrada. Si con uno de estos actos, hecho con la intención general con que se suelen hacer, resulta una muerte, no veo gran dificultad en que, a lo sumo, y ya es conceder, se pueda hablar de homicidio culposo, pero nunca jamás, sin ofensa a la verdad y a la justicia, de homicidio doloso, aunque se le quiera acompañar de más y más atenuantes calificadas.

Por supuesto que estos medios de que he hablado, puntapié, bofetón, pedrada..., hay que considerarlos no en abstracto, sino en el caso concreto, pues un puntapié dado con fuerza por un hombre a un niño de diez años, o dado en el vientre, claro que puede ser mortal; está en lo cierto Iruretagoyena cuando dice—aunque exagere no poco—que «dos puños de... un Johnson no son puños, sino arietes, y lo natural es presumir que, cuando descargan sobre alguien, es para matar, no para herir, desde que la consecuencia natural es que maten y no que hieran».

Pero de suyo, en las condiciones normales de la vida y entre iguales, no se puede decir que sean medios para matar, ni aun ge-

neralmente para herir. Es una manera de desahogar la ira o el mal humor del momento por una ofensa o impertinencia, sin pretender, en absoluto, nada más.

Si actos de estas naturaleza, como el del caso que comentamos, bastan para calificar a uno de homicidio doloso, deberemos decir que sólo el azar o, mejor, la Providencia divina nos ha salvado a cualquiera de nosotros de ser homicidas dolosos, pues ¿quién no ha tirado en su vida una piedra, ni ha dado una bofetada, un puntapié, un empujón siquiera? Pues de cualquiera de estos actos pudo venir una mala caída, una lesión que llegara a originar la muerte, y ahí nos veríamos condenados como homicidas dolosos... ¿Puede darse mayor absurdo? ¿No es una responsabilidad meramente por el resultado criminal?

Ya lo han visto los Tribunales, y en ciertos casos, muy raros por desgracia, han calificado el homicidio y aun el parricidio cometidos en esta forma de culpables; pero por los mismos días (casos comentados por Silvea) condenaban como homicida a una mujer que dió un golpe en la cabeza con el puño a un niño que entró a coger flores, acto calificado de falta por el Tribunal provincial, pero que el Supremo casó la sentencia y la condenó como homicida, aun confesando que el golpe no fué violento y que ni llegó a lesionar la piel.

No quiero hablar de sentencias similares de nuestros días, como la del 23 de noviembre del 45, la del 20 de marzo del mismo año y la del 16 de junio del 49, etc., etc., en la que, por bofetada con mala caída o por lesiones en broma y a petición de la víctima, se ha calificado a los autores de homicidas dolosos.

El segundo de los principios que pueden fundamentar no pocas sentencias en verdad injustas, por su mera responsabilidad objetiva, es el tan repetido párrafo tercero del artículo 1.º, que dice así: «El que cometiere voluntariamente un delito o falta incurre en responsabilidad criminal, aunque el mal ejecutado fuese distinto del que se había propuesto ejecutar», que, en nuestro caso, parece tener aplicación plena. La mujer tiró voluntariamente la piedra contra los niños; luego incurre en responsabilidad criminal, aunque el mal ejecutado—aquí la muerte del niño—sea distinto del que se había propuesto ejecutar.

Bien merece la pena que estudiemos un poco a fondo este tercer párrafo del artículo 1.º, porque le creo tal vez no bien entendido y, de ahí, mal aplicado.

Le podemos considerar según la *voluntas legislatoris* y según la *voluntas legis*; es decir, según lo que pretendieron los legisladores al reformar el correspondiente párrafo del Código anterior, o sea, el del 48 ó del 50, y según lo que realmente dice su contexto verbal.

En cuanto a lo voluntad del legislador, es de todo punto evidente que este tercer párrafo se refiere sólo al *error in personam*, y que toda la razón de la reforma estribaba en evitar que pudiera

considerarse, v. gr., como parricida al que mata a su padre creyendo matar a un enemigo, lo que tal vez pudiera creerse en la redacción anterior.

Aunque a algunos les pueda parecer extraño, es la pura realidad.

En el Código del 48 se decía en el párrafo tercero del artículo 1.º: «El que ejecutare voluntariamente el hecho será responsable de él en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponía ofender.»

Se comprende, pues, perfectamente que Groizard dijera por aquellos días en la «Revista de Legislación y Jurisprudencia», ateniéndose a la letra del precepto: «La ley dice (compendio sus razones) que el que ejecutase voluntariamente *el hecho* será responsable de él, del hecho; luego el que mata a su padre creyendo matar a un extraño, es un parricida y como tal debe ser condenado, pues es responsable, según la ley, del hecho, y el hecho es un parricidio: «La consecuencia—dice—podrá ser dura, injusta en el terreno de los principios, pero es necesaria. Pidámos, como juriscultos, su reforma.» Años más tarde, en sus comentarios al Código del 70, decía que había sido oído por el autor de la reforma.

Cierto que Pacheco había dicho que no había necesidad de tal reforma, porque—y esto es muy importante—para que se aplique este precepto—decía—ha de ser el mismo delito que se comete y el que se intentaba cometer; si el delito es distinto, v. gr., si en vez de homicidio resultara un parricidio, el precepto de la ley no puede aplicarse: es necesario no perder de vista los axiomas que se deducen de la definición del delito, o sea, que donde no hay acción voluntaria no hay delito, y cada delito requiere su voluntariedad. El homicidio y el parricidio son delitos distintos, luego han de tener su voluntariedad propia. Quien mata a su padre creyendo que mata a un extraño no es, por tanto, nada más que homicida.

Fijaos cómo todo lo deduce del párrafo primero del mismo artículo, donde se decía que es delito o falta toda acción u omisión voluntaria penada por la ley, y que no hay, por tanto, contradicción alguna entre los párrafos primero y tercero de ese primer artículo, como hoy quieren verla algunos.

Sin embargo, a pesar de este claro y acertadísimo pensar de Pacheco, para quitar todo pretexto a los que disientan, se fué a la reforma; pero notemos que no se trataba de cambiar el sentido del párrafo, sino de precisarlo: todos estaban conformes con él, sólo se pretendía no dejar lugar a dudas, de modo que pudiera tenerse por parricida al simple homicida. Por tanto, sólo se trataba de un cambio de expresión. En el Código del 48 era uno mismo el delito intentado y el realizado; uno mismo, por consiguiente, había de ser también en la reforma del 70.

No quiero cansaros con los pareceres de los primeros comenta-

rista al párrafo reformado en el Código del 70, tales como Serrano, para quien «es idéntico el contexto de este artículo al del antiguo Código, aunque varía alguna frase... Si la doctrina es la misma, dice, y el precepto igual, para qué no copiar íntegramente el texto?» Y Viada, que comentaba así la nueva redacción: «responsable soy directo de homicidio, por más que éste se haya realizado en persona distinta de aquélla contra la que me propuse ejercer mi venganza.»

Por tanto, esta reforma no hace más, en la mente del legislador, que acentuar la espiritualidad del Código y su oposición a cuanto pudiera parecer responsabilidad por el resultado. El delito ha de ser voluntario, con la voluntad específica del delito concreto, aunque aquí se refiere exclusivamente al *error in personam*.

Como véis, ni tendría aplicación alguna al hecho que comentamos de la pobre mujer que tiró la piedra, porque aquí no hay *error in personam*, ni hay un solo delito, ni hay voluntariedad alguna de homicida.

Pero vamos adelante. Es indudable que hoy nadie se acuerda de este verdadero sentido de párrafo tercero según la *voluntas legislatoris* y se atiende únicamente a la *voluntas legis*, o sea al contexto verbal.

Recordémosle: El que ejecutare voluntariamente un delito o falta, incurrirá en responsabilidad criminal aunque el mal ejecutado fuese distinto del que se había propuesto ejecutar».

Muy bien dice Ripollés al comentar este apartado del artículo 1.º, «que es por un lado de una concisión extrema y por otro de una vaguedad fértil en toda especie de complicaciones».

Si bien nos fijamos, ahí no se dice más sino que incurrirá en responsabilidad criminal sin precisar cuál. Se habla de un delito cometido; pero el mal ejecutado distinto del que se pretendía... Luego ¿qué delito es ahí el cometido? El que se pretendía no, pues sin resultado criminal en este caso no hay delito. ¿El correspondiente al mal ejecutado? Pero este delito ¿cómo puede decirse cometido al faltar en absoluto la voluntad y decírsenos en el párrafo primero del mismo artículo que sin voluntad no hay delito?

Se aclararía un tanto el problema si, contra el parecer general de los autores y de la jurisprudencia, afirmáramos que este párrafo sólo tiene aplicación cuando se trata de un solo delito; y que, por tanto, no cabe en él la preterintencionalidad, como lo creemos con Ferrer Sama más acertado, por más conforme a la *voluntas legis*: «El que cometiere voluntariamente un delito o falta»; y, por de pronto, a la del legislador, como lo hemos visto.

El que hiere y resulta la muerte de modo inesperado, como en nuestro caso, se enfrenta con dos delitos: uno el de lesiones y otro el de homicidio. Los dos son específicamente distintos: uno requiere la *voluntas vulnerandi*, el otro la *voluntas necandi*; luego no encaja en este tercer párrafo, en el que se habla de un solo delito, pero con resultado distinto del pretendido, como sería, v. gr., si dando

una bofetada a un importuno le dejo ciego: ahí no hay más que un delito, que es el de lesiones, pero con resultado mucho más grave. Este creo que es el caso contenido en el párrafo tercero si rigurosamente queremos seguir la *voluntas legis*, y le correspondería, según Silvea, la pena del resultado más grave, con la atenuante cuarta del artículo 9.º

Bien se ve que Silvea, sin aprobarlo tal vez, lo creía así; y deseando dar más amplitud al historiado párrafo, lo redactaba en su proyecto de Código del 1884 en esta forma, ya clara y precisa: «Incorre también en responsabilidad criminal el que, con intención de cometer un delito o falta, ejecuta otro distinto del que se había propuesto.»

Aquí se ve claramente cómo se habla de dos delitos, el intencionado y el ejecutado, y, según su parecer, debe entonces ponerse la pena del delito menor en su grado máximo. También el Código de la Dictadura lo cambió en este sentido diciendo: «Incurrirá en responsabilidad criminal el que comete una infracción, aunque tuviera intención de cometer otra distinta.»

Creo, por tanto, que queda más que sobrado fundamento para que este párrafo tercero, entendido en su rigor gramatical, no pueda aplicarse cuando se trata de dos delitos distintos, aunque se haga tan frecuentemente lo contrario, como creemos con mengua de la justicia, máxime dada la manera de entender el artículo 50.

Dice así el artículo 50: «... en los casos en que el delito ejecutado fuese distinto del que se había propuesto ejecutar el culpable, se impondrá a éste la pena correspondiente al delito de menor gravedad en su grado máximo.» Quiero, v. gr., injuriar a una persona dándole una bofetada en público. Se cae y muere. Según este artículo debería aplicarse la pena del delito de injuria en su grado máximo y nunca la del homicidio doloso, como con frecuencia se hace, contra la justicia y el mismo sentido común; y es porque, según el Tribunal Supremo (28-VI-99) «este artículo se refiere a delitos de índole diferente, cometidos en personas distinta de aquella a quien el culpable se proponía ofender». Esta circunstancia, de que la persona ha de ser distinta de aquella a quien el culpable se proponía ofender, es un añadido al artículo que no tiene fundamento razonable, limita muy excesivamente su aplicación y ocasiona, según se cree, resoluciones difícilmente justificables.

Otro de los principios muy admitido y repetido por la Jurisprudencia, que puede llevarnos a la responsabilidad por la mera producción del resultado, y de ahí a sentencias inadmisibles, es el de la casualidad expresado en la fórmula *causa causae est causa causati*; o sea, que el pone la causa ha de responder de todos los efectos que de ella se sigan.

Apliquémoslo a nuestro caso. La mujer tiró la piedra; luego debe responder de todas las consecuencias de esta acción voluntaria. Una de ellas es, como efecto causado, la muerte de un niño; luego debe responder de la muerte. *Causa causae est causa causati*.

Este principio, bien entendido el concepto de causa dentro de la doctrina de la responsabilidad, es muy verdadero. El que con pleno conocimiento y voluntad pone una causa, sin duda que es responsable de cuantos efectos se sigan, previstos o previsibles. Pero entendido a lo V. Buri, en su teoría de la equivalencia de las condiciones, como suele entenderse en los Tribunales, lleva a grandes injusticias.

Cierto que facilita enormemente la labor de los Tribunales, pero si es con mengua de la justicia se debe en absoluto rechazar.

Para V. Buri y para muchos penalistas modernos, causa es todo aquello que suprimido mentalmente hace que no se dé el resultado. No hay, por tanto, distinción posible entre causa y condición, ni cabe valoración entre ellas, pues si es condición suprimida mentalmente no se dará el resultado y será, por tanto, verdadera causa.

¡ Con qué estupefacción o risa mal contenida hubieran oído los Soto, Covarrubias, Suárez, Lugo, Báñez, Molina, etc., conclusión tan peregrina, cuando llenaron ellos páginas y más páginas precisando el concepto de causa y condición y estudiando tan a fondo la causalidad formal, final, física y moral!

V. Buri hace tabla rasa de todo eso, y con la amplitud tan inmensa que da al concepto de causa conduce necesariamente a los mayores absurdos. A nuestro modo de ver, esta opinión de V. Buri es opuesta a toda recta filosofía; mejor dicho, nos parece la negación de toda filosofía. Es uno de esos asertos simplistas que más parecen fruto de impresión sensorial que de proceso intelectual; algo con lo que se quiere huir de toda dificultad para llegar al término de lo práctico, aunque se haya de ir contra el mismo sentido común. Sin estos no se da tal efecto...; luego estos es su causa.

Tira un chicuelo una monda de plátano en la calle, resbala en ella un pobre anciano que se cae y se mata: el niño será homicida, pues suprimida mentalmente su acción no se hubiera dado tal muerte. Produzco a otro una lesión sin importancia mayor, y al llevarle en un taxi a la farmacia choca el taxi con un camión y muere el herido: soy homicida, pues suprimida mentalmente mi acción lesiva no hubiese habido tal choque ni tal muerte; soy, por tanto, su causa, porque como causa es todo aquello que suprimido mentalmente hace que no se dé el resultado...

Esto es a todas luces absurdo y a esto lleva lógicamente la teoría de la equivalencia de las condiciones de V. Buri, que nos retrotrae al concepto más exagerado de la mera responsabilidad objetiva. No puede detenerme ya en el estudio de los correctivos que han buscado los penalistas a esta teoría de V. Buri para procurar Hermanarla con la justicia, pero lo cierto es que ha llegado a los más altos Tribunales con demasiada frecuencia y ha fundamentado sentencias de homicidio como la del caso que consideramos.

Cierto que ha habido también sentencias dignísimas, como la del 8 de julio de 1933, en la que, con resultado de muerte, se cas-

tigó al autor por solo delito de lesiones, muy comentada y celebrada por nuestros penalistas, pero que quizá haya quedado como un islote perdido en el inmenso mar de la Jurisprudencia. En ella se declaraba que no son imputables al agente aquellas consecuencias que revelan de modo inequívoco que han obedecido a situaciones no sólo no previsibles por el reo, sino extrañas totalmnete a su propósito y debidas a particularidades específicas de la víctima; y añade, acertadísimamente, que debe reducirse la responsabilidad del culpable al resultado que naturalmente y en condiciones normales, se hubiese producido como efecto directo e inmediato de su actuación dolosa.

Esto es lo lógico, lo justo, lo que responde a la verdadera concepción de la culpabilidad, lo que niega por completo la responsabilidad por el mero resultado criminal.

Ni se nos diga, como se dice en la sentencia citada, buscando tal vez un acomodo de conciencia: «que ya estimó la Sala las circunstancias atenuantes de la provocación y de no haber tenido intención de causar todo el mal que produjo, reputándolas como muy calificadas», porque eso es una nueva y más sangrante confirmación de la injusticia.

No se puede atenuar lo que no existe; las causas de atenuación suponen la existencia del correspondiente delito; luego querer que se contenten la justicia y el condenado con la atenuación es ya obligarles a admitir y dar como bueno que existió el homicidio, y esto es precisamente lo que se niega y se debe negar. Si no fué homicida no se puede hablar de atenuantes del homicidio. No basta que materialmente haya causado la muerte para que se pueda decir que es homicida, en lo cual todos deben estar conformes, pues todos admiten la absoluta irresponsabilidad del que mata por fuerza mayor, o con causa de justificación o por caso fortuito; luego se impone el estudio detenido del que mata sin previsión ni previsibilidad, para sacar la misma consecuencia de irresponsabilidad, aunque fuera más o menos punible su actuar primero. Castíguese aquella primera actuación, pero nunca el homicidio que presente esos caracteres.

Añádase la no pequeña contradicción que lleva en sus mismos términos el condenar a uno de homicidio doloso y aplicarle la atenuación de no haber tenido intención de causar un mal de tanta gravedad. ¿Hay algo más grave que la muerte? Si es homicida doloso tuvo que tener intención de matar. ¿Cómo, pues, se puede decir al mismo tiempo que no tuvo intención de causar un mal de tanta gravedad? ¿No se afirma con esto, al mismo tiempo, que tuvo y no tuvo intención de matar?

Gracias a Dios que todos nuestros penalistas, y se puede decir que hoy también los extranjeros, sienten y afirman esta absoluta necesidad de espiritualizar la responsabilidad criminal.

Concretándonos a algunos de los nuestro, Cuello Calón, al comentar la sentencia del 33, dice: «Conforme a esta racional doctrina

que marca una nueva y loable orientación, el agente sólo responderá de las consecuencias previsibles del acto y no ajenas a su propósito.» Del Rosal exclamó ante la misma sentencia que había de echar las campanas a vuelo ante el nuevo rumbo de la Jurisprudencia. O el exceso es previsible o no, dice a su vez Astúa; si lo primero, castíguese como culpa; si lo segundo, no hay fundamento alguno para castigar. Decir que únicamente puede considerarse como delito doloso, afirma Ferrer Sama, aquel en que el sujeto activo del mismo ha tenido conocimiento del resultado que con su actuación había de producirse y voluntariedad de originarlo, es constatar algo que viene consagrado por la doctrina de manera irrefutable y más explícitamente a nuestro propósito—y terminaremos con él en gracia a la brevedad.—Sánchez Tejerina: A pesar de todo, dice, y con fundamento en los principios generales de la culpabilidad, afirmamos, reiterando la doctrina expuesta en los capítulos correspondientes, que no bastando la mera causalidad material y siendo necesario el elemento o principio de causalidad moral, nadie es imputable por razón de las consecuencias de sus actos, sino en la medida en que han sido previstas o han podido preverse.

Y con esto termino, no sin reconocer y admirar la competencia y dignidad insobornable de nuestros jueces, que son verdadera gloria de España, pero deseando que se desprendan algunos de ellos, más y más, de ciertas ataduras legales, quizá no bien interpretadas, y del peso muerto de algunas decisiones del Supremo, no siempre laudables.