

LA PRETERINTENCIONALIDAD Y EL “CODEX IURIS CANONICI”

El Código penal italiano, en su artículo 42, párrafo 2.º, dice: “Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto, se non l’ha commesso con dolo, salvi i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge.” En el artículo siguiente, 43, define con las siguientes palabras el delito preterintenzional: “E’ preterintenzionale, o oltre l’intenzione, quando dalla azione od omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall’agente.” También en el Código penal español, de diversa manera, desde luego, que en el italiano, se encuentra recogida esta figura de la preterintencionalidad. En el artículo 1.º, párrafo 3.º, el legislador español dice: “El que cometiére voluntariamente un delito o falta incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal ejecutado fuera distinto del que se había propuesto ejecutar”, y más concretamente, en el artículo 9.º, al enumerar las circunstancias atenuantes, incluye entre éstas: “... la de no haber tenido el delincuente la intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo.”

Indiscutiblemente, el legislador italiano va más allá que el español, y la manera de regular esta materia está, sin duda, más de acuerdo con las nuevas corrientes doctrinales surgidas en torno al problema de la preterintencionalidad. No se trata, sin embargo, en el presente artículo de hacer un estudio comparado entre ambas legislaciones, sino de poner de manifiesto cómo las legislaciones de los diversos países han dado carta de naturaleza en sus cuerpos legales a la preterintencionalidad, lo que contrasta con el Derecho canónico, en cuyo Código, al menos de manera expresa, como ocurría en los anteriormente transcritos, no se menciona esta figura jurídica. En efecto, el canon 2.199 considera única y exclusivamente el dolo y la culpa como títulos de imputabilidad: “Imputabilitas delicti—dice este canon—pendet ex dolo delinquentis vel ex eiusdem culpa in ignorantia legis violatae aut in omissione debitae diligentiae; quare omnes causae quae augent, minuunt, tollunt dolum aut culpam, eo ipso augent, minuunt, tollunt delicti imputabilitatem.”

Por otra parte, han sido precisamente los cultivadores del Derecho canónico quienes, con la introducción del principio contenido en el "versanti in re illicita", han dado pie a la formulación de las modernas teorías sobre la preterintencionalidad, por lo que necesariamente se ha de pensar que esta figura jurídica no se ha de considerar completamente extraña al Derecho canónico, a pesar del silencio del Código.

La primera consideración que salta a la vista en el estudio del delito preterintencional es que en éste se dan, por una parte, una conducta dolosa, y, por otra, un resultado que va más allá de lo que pretendía el agente con su actuar doloso: "el efecto ha superado lo querido" (1), o, como dice CEPOLA, "ubi committens delictum, minus voluit delinquere et plus delinquit" (2).

Han sido diversos los nombres y las expresiones con los que se ha venido denominando esta figura delictiva (3); de entre ellas la que se ha hecho de uso más común es la "praeter intentionem", ya utilizada por SANTO TOMÁS (4), de quien la tomaron COVARRUVIAS (5), CARPZOV (6), etcétera, que dió origen a los términos "preterintencionalidad" y "delito preterintencional", comúnmente usados por la doctrina y legislaciones modernas.

Un ejemplo típico de esta clase de delitos nos puede servir de ayuda para mejor aclarar las ideas desde un principio. En el homicidio preterintencional, el agente pretendía solamente causar lesiones, herir; y el resultado objetivo es la muerte de la persona. No se dan en este caso dos delitos distintos, puesto que el primer delito, o sea aquel que el agente tenía intención de cometer, no se ha producido, y en su lugar nos encontramos con un efecto que va más allá de su intención y diverso del que buscaba ocasionar. Por consiguiente, el llamado por los autores "primum delictum", "delito semplice", etc., refiriéndose al delito que el agente intentaba cometer, no constituye de por sí, en la hipótesis del delito preterintencio-

(1) CARRARA: *Opuscoli*, vol. I, p. 306, Lucca, 1870

(2) *Consilia Criminalia*. Cons. XXXVI, n. 1, p. 20.

(3) FINZI, en su obra *Il delitto preterintenzionale*, Torino, 1925, pp. 8 y ss., enumera las siguientes expresiones: "praeter opinionem"; "praeter propositum"; "praeter voluntatem"; "praeter voluntatem et propositum"; "extra intentionem"; "extra propositum"; "extra intentionem et propositum"; "extra voluntatem et propositum"; "ultra cogitatum"; "ultra intentionem"; "ultra propositum"; "ultra aut praeter intentionem"; "ultra, praeter vel extra cogitatum".

(4) Cfr. *Summa Theologica*, 2a 2ae, q. LXIV, a. VIII.

(5) In Clement. V constitutionem si furiosus, rubr. de homicidio. *Relect.*, II, Init., n. 1, Colonia, 1879.

(6) *Practicae novae imperialis saxonicae rerum criminalium*. Pars prima, Quaest. I, de poena homic. et animo occidendi, n. 37, Lipsiae, 1739.

nal, un delito específico y si tan sólo un elemento del delito verdaderamente ocasionado, o sea, del delito preterintencional.

Ante un hecho de esta clase, la primera pregunta que surge es la siguiente: Este más verificado, este resultado que sobrepasa la intención del agente, ¿le debe ser imputado? La respuesta puede ser doble: "In maleficiis spectatur voluntas, non exitus" (7), criterio seguido en el Derecho romano; o bien, "Versanti in re illicita (operam danti rei illicitae) imputantur omnia quae sequuntur ex delicto" (8), como sostiene el principio introducido y mantenido por el Derecho canónico.

FERRINI (9), refiriéndose al homicidio preterintencional, ya que sobre las restantes hipótesis de preterintencionalidad en el antiguo Derecho romano faltan elementos de juicio, afirma que no consta con certeza si el antiguo Derecho romano castigaba o no esta figura de delito (10). La "Lex Cornelia de sicariis" habla de quien "hominem occiderit", sobreentendiendo el elemento subjetivo en las siguientes palabras: "qui cum telo ambulaverit hominis neccandi causa"; por otra parte, el dolo correlativo viene indicado como "animus occidendi"; y, por consiguiente, el homicidio preterintencional, en el que no se da la "causa neccandi" ni el "animus occidendi", permanece fuera del ámbito de aplicación de esta ley. En la época clásica del Derecho romano no se toma en consideración ni se castiga en el hecho preterintencional nada más que aquello que está dentro de la intención del agente (11).

(7) AZÓN: *Summa Rubr. ad legem Corneliam de sicariis*, n. 3.

(8) Cfr. *Corpus Iuris canonici*, tit. cap. 7-10, 12, 13, 19, 23; l. V, tit. XII.

(9) *Esposizione storica e dottrinale del Diritto penale romano*, en "Enciclopedia del Diritto Penale Italiano", pp. 45 y ss. Milano, 1905.

(10) La leyenda de Kesón, presunto asesino de Volsio, que cita FERRINI, es por demás interesante. El acusador en este caso sostenía que "fratrem suum maiorem natu nedum ex morbo satis validum pugno ictum a Kacsone cedisse semianimem, inter manus domum ablatum mortuumque", sin que excluya, por otra parte, que el puñetazo fuese dado con intención de causar la muerte de la víctima.

(11) A este respecto son interesantes dos rescriptos del emperador Adriano, a los que también alude FERRINI. El primero, en el que se lee "et si voluntas occidendi fuit, ut homicidam servum supplicio summo iure iubete adfici", se refiere a un tal Epafrodito, que con un golpe dado con un arnés de hierro mató a otro. El golpe fué voluntario, y al Emperador no se le escapa este hecho, pero, a pesar de todo, dice que: "et qui hominem occidit absolvi solet, si non occidendi animo id admissi", y continúa: "Et re itaque constituendum est: equo ferro percussit Epaphroditus? nam si gladium instruxit aut telo percussit, quid cubium est, quin occidendi animo percusserit? si clave percussit aut cucuma aut cum forte rixaretur ferro percussit sed non occidendi mente" El Emperador, siguiendo estos razonamientos, termina con un "volumus liberari", en cuanto al homicidio a Epafrodito imputado. El segundo de los rescriptos de Adriano se refiere a un hecho de por sí curioso: un tal Evaristo, con ocasión de un convite, cogió a un cierto Claudio, hijo de Lupo, y le hizo dar brincos y saltar sobre una alfombra, tratándose tan mal, que el pobre Claudio enfermó y murió en pocos días. El rescripto en cuestión está dirigido a Taurino Egnazio, proconsul de la Bética. A pesar de los malos tratos y de la relación que pudiera existir entre el comportamiento de Evaristo y la muerte de Claudio, ocurrida poco tiempo después de sus saltos sobre la alfombra, como no existía en este caso el "animus occidendi", y, por otra parte,

Nada o muy poco aporta el Derecho germánico en cuanto a la preterintencionalidad. Por lo que atañe al homicidio, las primitivas leyes germánicas consideraban únicamente el elemento objetivo, criterio que posteriormente se fué dulcificando con la influencia del Derecho romano (12). El criterio establecido en la regla "in maleficiis spectatur voluntas, non exitus" de los romanos fué recogido por algunos de los comentaristas. Así, Azón, por ejemplo, refiriéndose al caso de uno que muere "calcis ictu", "ludendo sicut faciunt Hispani", estima que en este caso no se puede hablar de responsabilidad por parte de quien con la patada provocó la muerte, ya que no obró "ex proposito" (13).

Criterio completamente opuesto al que acabamos de examinar es el encerrado en la célebre máxima del "Versanti", que trae su origen del Derecho canónico. Fué precisamente BERNARDO PAPIENSE quien principalmente la introdujo: "Circa illud—dice este autor (14)—quod fit casu, distingue, an ille qui casu occidit instabat licito operi et adhibuit illam diligentiam quam debuit, an non; primo casu non imputatur sibi, sed casui et fato et fortunae...; alioquin si vel non instabat operi licito vel non adhibuit illam diligentiam quam debuit, sibi debet imputari". El principio rígido establecido en la presente máxima puede ser aplicado con más o menos rigidez, según se tengan en cuenta o no una serie de elementos y circunstancias.

A pesar de haber sido el Derecho canónico quien lo introdujo, el "Versanti" no fué unánimemente aceptado por todos los canonistas. Así, por ejemplo, SCHIAPPOLI (15), hablando del dolo, escribe: "Máximas fundamentales y generales sobre el dolo, no contiene el Derecho canónico; mu-

'nullam inimicitiam cum Evaristo ei fuisse', no aplica Adriano la ley Cornelia *de stercoribus*, considerando a Evaristo irresponsable de la muerte de Claudio, si bien, "extra ordinem", le vino impuesto un leve castigo.

(12) Un ejemplo de esto tenemos en la *Lex Visigothorum*, donde se dice: "Si quis nesciens hominem occiderit et nullum contra eum odium habuerit, reus mortis non erit. Non est enim iustum, ut illum homicidii damnium aut poena percutiat, quem voluntas homicidii non cruentat" (*Lex Visig.*, XI, 5, 1). Para que el homicida casual excuse de la pena es necesario que no se obre con mala voluntad, por lo que no choca ver en la misma ley: "pro homicidio puniatur" en el caso de que uno con intención de injuriar diera una patada o un pufetazo a otro, y que de esta patada o pufetazo se siguiera la muerte del injuriado (*Lex Visig.*, VI, 5, 6); sin embargo, el maestro "nec infamari poterit nec affligi" cum "nihil ille, qui docet aut corripit, in hunc incidit aut malitie habuerit" (*Lex Visig.*, VI, 5, 8).

(13) Análogamente se expresa CINO, para el que "voluntas et propositum distinguunt maleficia", y el que cae "in aliam speciem delicti, in quam incidere non proposuit, tunc non tenetur" (IX, c. ad 1 jul. de vi N. 2 y 3); justa consecuencia de la afirmación hecha por este tratadista: "ubi cessat propositum delinquendi, cessat et delictum" (*Commentaria in primam Dig. Veteris partem*, I, 1, Venetis, 1603).

(14) SCHIAPPOLI: *Diritto penale canonico*, en "Enciclopedia del Diritto Penale Italiano", vol. I, p. 693, nota 4. Milano, 1905. Cfr. también VON BAR, en *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, vol. II, p. 277. Berlín, 1907.

(15) Ob. cit., p. 693.

chas cuestiones han sido dejadas a la doctrina canónica, que las ha resuelto, por lo demás, teniendo en cuenta los principios del Derecho romano. La máxima admitida por algunos, que cuando una consecuencia de una acción se haya de imputar al dolo del agente se le deben atribuir todas las consecuencias ulteriores, las haya o no querido, a menos que hayan sido originadas por circunstancias extrínsecas verificadas sin culpa propia, ha sido contradicha por otros, basándose en las mismas fuentes, que frecuentemente no castigan las circunstancias más graves derivadas directamente de la acción que se propuso el agente, si no es que han sobrepasado el fin que se propuso al cometer la acción delictuosa". Ha habido, pues, quienes desde un principio no andaban de acuerdo con el criterio en esta fórmula sancionado, negándose a aceptarlo "propter horrorem facti, et rigorem disciplinae ecclesiae" (16).

No es de extrañar que haya habido quienes en la aplicación e interpretación de este principio hayan llegado hasta sus últimas consecuencias, haciendo responsable, incluso del fortuito, a quien actuó con conducta dolosa. "Ex principio imputabilitatis obiectivae percelebre effatum: Versanti in re illicita casus fortuitus imputatur", en opinión de MORGANTE (17), fué criterio unánimemente defendido por todos los Decretistas; y las mismas Decretales, como pone de manifiesto su primer comentarista, GODOFREDO DE TRANO (18), negando la imputabilidad del fortuito en el caso de que se versase "in re licita", consideran responsable del mismo a quienes "operam dant rei illicitae". Eran el dolo y la culpa los títulos en los que se basaban la doctrina y la legislación de esta época para imputar el fortuito al reo, y la ilicitud se tomaba bien *ex iure*, bien *ex natura rei*, de donde se deduce que podía existir una ilicitud no proveniente del Derecho, sino tan sólo por el mero hecho de tratarse de una acción que en sí no fuese necesaria. El mismo CARRARA (19), en épocas más cercanas a la nuestra, adoptó en un principio el criterio anteriormente expuesto, llegando a decir que todos los criminalistas están de acuerdo en afirmar que incluso el caso (lo casual) puede ser políticamente imputable cuando el agente, que por mero fortuito no previsible violó la ley, versaba en cosa ilícita"; si bien posteriormente rectificó plenamente esta su primera postura, afirmando: "jamás se puede admitir la injusticia de imputar aquello que no es previsi-

(16) DECIANO: IX, c. 27, nn. 6, 8 y 9.

(17) *De casu fortuito in iure poenali canonico*, en "Apollinaris", an. XXII, nn. 1-2, p. 160.

(18) In titulos Decretalium. De homicidio, n. 2, Venetiis, 1586.

(19) *Programma*, parte generale, § 270.

ble" (20). Por el contrario, CARMIGNANI se mantiene fiel a la imputabilidad del fortuito en este caso, basándose más bien en razones de política legislativa (21).

En la práctica resulta demasiado rígida y apriorística la postura por estos tratadistas adoptada, sin tener en cuenta que en la aplicación del principio contenido en esta máxima conviene tener presentes una serie de elementos y circunstancias que la hacen más lógica y razonable. Un ejemplo puede hacernos mejor comprender esto. Se trata del célebre caso ocurrido en un cierto pueblo donde, al parecer, encontraban grandes dificultades para celebrar una procesión que a toda costa querían hacer. Les faltaba la imagen del santo, lo más imprescindible para que la procesión pudiera llevarse a cabo, y se les ocurrió la peregrina idea de coger a uno de los del pueblo para que hiciese de santo. Lo vistieron, enajenaron y engalanan, lo ponen sobre las andas, y lo supo hacer tan bien, con tanta naturalidad y perfección, que para todos, excepto aquellos que conocían el truco, el santo era de madera. Las joyas que adornaban al pseudosanto provocaron en uno de los concurrentes el deseo desordenado de apoderarse de ellas; sube a las andas, decidido a poner en práctica su torcida intención, y, cuando pone manos a la obra, aquel pobre desgraciado que aceptó disfrazarse de santo recibe un susto tal, que muere de un ataque al corazón. Resulta un poco excesivo hacer responsable de la muerte de este pseudosanto al ladrón que pretendía apoderarse de las joyas, sin que pudiera pasar por su cabeza que aquella imagen fuera de carne y hueso.

El mismo SANTO TOMÁS, a quien, en frase de STOPPATO (22), se debe la construcción filosófica de la responsabilidad humana por el resultado no querido, sigue en líneas generales la doctrina tradicional que hemos venido examinando, y hace suyo el principio introducido por el Papiense, si bien se puede afirmar con CAIETANO (23) que el "si vero det operam rei

(20) *Opuscoli*, vol. III, n. XXXI. Sul caso fortuito, p. 15.

(21) Dice este autor: "Quando el agente, con deliberada intención de dañar a otro, provoca una ofensa, de la cual, por circunstancias si bien no previstas ni por él previsibles, hace una ofensa más grave de la que pretendía hacer y de índole irreparable, no le puede servir de excusa ni el error ni la ignorancia, porque en el caso de una ofensa irreparable, la ley, encontrando en quien actúa el ánimo preordinado a dañar a los demás, debe tomar su norma de la simpatía que el caso despierta, no pudiéndose concebir ninguna a favor del ofensor: ni es alegable por parte de éste la regla de la culpa, cuyos términos faltan ciertamente en el caso", en *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, t. II, pp. 221 y ss., Pisa, 1831.

(22) "La costruzione filosofica della responsabilità umana per l'evento dannoso non voluto è dovuta a San Tommaso d'Aquino, ed è tale che rappresenta il massimo sforzo nella penetrazione intellettuale entro le viscere dell'azione altrui. Le dottrine scolastiche sull'animo incerto od inerte, sfrondate da alcuni sottili distinzioni et subdistinzioni, perchè non rispondenti al criterio giuridico puro, costituiscono ancora il punto di partenza degli studi di non pochi penalisti, che attesero a costruire la punibilità dei delitti colposi sulla base di un criterio soggettivo", en *L'evento punibile*, p. 38. Padova-Roma, 1898.

(23) *Commentaria in Summam Theologicam* ad 2a 2ae, q. LXIV. a. VIII.

illicitae non evadit homicidii reatum, si ex eius opere mors hominis sequatur" del Doctor Angélico ha de ser restringido a aquella cosa ilícita que por su naturaleza es peligrosa y "via quaedam ad homicidium".

Aplicar esta *regula iuris* solamente porque sí, porque una vez puesta la conducta dolosa, sin más contemplaciones, y sin ni siquiera pretender averiguar la relación entre el resultado verificado y no querido y la conducta dolosa del agente, no deja de encerrar graves peligros, por lo que ha habido quienes consideraron el principio del "Versanti" como una máxima falaz. MANZINI (24), que es quien de esta manera se expresa, no ha sabido encontrar el justo medio, y el fallo principal de la crítica hecha por este autor se encuentra en la parcialidad con que la enjuicia. En efecto, sería irracional y excesivo hacer responsable del fortuito, por el mero hecho de que su acción no era lícita, a quien actúa dolosamente; pero conviene tener en cuenta que de una conducta dolosa pueden derivar y con frecuencia derivan una serie de circunstancias que ni son queridas por el reo, ni se pueden atribuir al fortuito, por lo que parece lógico que de alguna manera le vengan atribuidas. Se puede afirmar, por consiguiente, y muchos de los tratadistas así lo estiman, que en la situación del "Versanti" los efectos producidos que sobrepasan la intención del agente están, por el mero hecho de derivarse de su actuar doloso, revestidos de un cierto elemento psicológico, sobre cuyo fundamento no están de acuerdo los autores, siendo el dolo y la culpa el caballo de batalla de esta interesante discusión.

Sin embargo, antes de entrar de lleno en el estudio de las diversas teorías que pretenden explicar en qué consiste este elemento psicológico que se da en la situación del "Versanti in re illicita", conviene, aun cuando sea someramente, decir algo sobre la falta o no de previsión del resultado por parte del agente. Cuando este resultado ha sido previsto por el agente, viene considerado extraño el supuesto de la preterintencionalidad y equiparado al efecto directamente querido, por lo que se atribuye al reo a título de dolo. Ya en la doctrina del Doctor Angélico vemos la distinción: "aut est praecogitatus aut non", "si est praecogitatus, manifestum est quod addit ad bonitatem vel malitiam actus"; doctrina que se puede resumir diciendo que cuando el efecto seguido ha sido "praecogitatus", solamente cuando se trata de una consecuencia natural y común ("si per se sequitur ex tali actu, et ut in pluribus"), debe ser atribuida al agente; y no cuando se sigue "per accidents ut in paucioribus" (25). COVARRUVIAS

(24) *Trattato di Diritto penale*. Vol. II, p. 10. Torino, 1848.

(25) *Cfr. Summa Theologica*, 2a 2ae. q. XX. a. V.

sigue fielmente este criterio del Santo: el homicidio es voluntario—dice— incluso en el caso en que la voluntad del agente se encamine a realizar un acto del cual “per se ac immediate mors sequitur, non per accidens... Id manifeste sensit S. Thomas qui docet peccata aggravari ex eventibus, qui postea succedunt, non solum quando illi sunt praecogitati; sed etiam quando praeter intentionem successerunt, si illi eventus per se et necessario sequuntur ex priori opere aut saltem ut pluribus ita illa eveniunt” (26). Otros autores exigen una verosímil posibilidad de la verificación del evento, una verosímil tendencia del hecho hacia el evento producido (27), y para algunos se responde de todo aquello a lo que “tendebat”, “vel erat ordinatum” el delito principal. Más concretamente en relación con la preterintencionalidad, CARRARA (28) dice que “quando vi sia previsione di un effetto possibile, senza volizione decissa dell'effetto medesimo” se tiene la intención indirecta que se identifica con el dolo indeterminado; dolo indeterminado que se parece, pero que no se puede confundir con la preterintencionalidad, porque el primero exige la prueba de la previsión actual del efecto más grave, mientras que la segunda se contenta con una previsión presunta, con la posibilidad de prever; y la diferencia entre posibilidad de prever y previsión actualmente demostrada establece los límites entre la preterintencionalidad y el delito voluntario con dolo indirecto.

Antes se ha hecho alusión al elemento psicológico que se encierra en la situación del “Versanti” y a la diversidad de opiniones existente entre los tratadistas cuando pretenden explicar el fundamento del mismo. Las dos corrientes doctrinales más fuertes en esta materia están representadas por las teorías del dolo indirecto y de la *culpa dolo determinata*.

La paternidad de la teoría del dolo indirecto corresponde a COVARRUVIAS (29), aun cuando algunos hayan asegurado otra cosa (30). Este autor,

(26) COVARRUVIAS: loc. cit.

(27) ASÍ, RAFAEL DE CUMA estima que debe ser castigado como homicida quien hiere “quando verisimiliter ex ictu potuit et debuit sequi homicidium”; y, sin embargo, será castigado el reo por sólo lesiones en el caso en que, aunque se produzca la muerte, se haya utilizado un arma “ex quo verisimiliter non debuit sequi mors”. Lo mismo, poco más o menos, sostiene FRANCISCO DE ACCOLIS cuando afirma que el agredido con un puñetazo, que cae a tierra y se fractura la cabeza, no debe ser tenido “de occiso” porque: “non est praecordinatum verisimiliter, ut ex eo debeat sequi id quod evenit”; puesto que tal efecto tiene lugar “non semper et frequenter, sed raro”, y la acción no es “verisimiliter praecordinata ad casum istum, ad hoc genus mortis”. GÓMEZ defiende la punibilidad del *delictum sequutum*: “licet habuisset animum minus delinquendi” siempre que la acción “verisimiliter potest extendi ultra intentionem eius”. Cfr. FINZI: ob. cit., pp. 22 y ss., y lo mismo por lo que atañe a las opiniones de CINO, BAROLO y SALICETO cuando exigen que el crimen sea “ordinatum” al efecto seguido.

(28) Dolo, loc. cit., pp. 312 y ss.

(29) *Relectiones*, n. 2.

(30) Algunos autores pretendieron que el verdadero iniciador de esta teoría había sido GLAENTZER; pero carece de todo fundamento semejante afirmación, ya que la paternidad de la misma corresponde, como se ha dicho en el texto, a COVARRUVIAS. Conviene advertir que

en la formulación de su teoría, se expresa de la siguiente manera: "Quien quiere un hecho del que se sigue como su propia e inmediata consecuencia un determinado evento, también quiere indirectamente éste"; "por ejemplo, quien quiere beber sin medida (voluntad directa) quiere la borrachera indirectamente (voluntad indirecta); borrachera que se sigue *directe et immediate ex potione immediata*". Considerando la voluntad en el caso del homicidio, afirma que ésta puede encaminarse a la consecución del resultado de dos maneras: *directe o indirecte*; "directe enim fertur voluntas in homicidium, quando quis animum habet occidendi: et haec est perfecta propriaque homicidii malitia. Indirecte autem et per accidens, fertur voluntas in homicidium, quoties fertur in id, ex quo immediate et per se, non per accidens, homicidium sequitur. Nan in id, quod per accidens sequitur, nullo modo fertur voluntas nec directe nec indirecte"; de donde se deduce que solamente en la voluntad directa existe el dolo perfecto, mientras que en la indirecta el dolo es también indirecto (31).

Ya se ha visto cómo COVARRUVIAS, en la elaboración de su teoría sobre el dolo indirecto, siguió de cerca la doctrina de SANTO TOMÁS (32), si bien los términos por uno y otro empleados no coincidan exactamente, ya que, en opinión del Santo, la por COVARRUVIAS llamada voluntad indirecta es una variedad de la voluntad directa, o sea, aquella "quae fertur in causam et non in effectum", que se contrapone a la indirecta, o sea, aquella "quae potuit prohibere et non prohibuit".

Esta teoría del dolo indirecto se ha visto ásperamente criticada por quienes sostienen la tendencia contraria. GALLI (32 bis) la considera inaceptable, ya que, para este autor, la probabilidad de verificación del resultado no es suficiente por sí sola para hacer entrar este resultado en la previsión del sujeto, y menos dentro de la esfera de su voluntad, lo que hace imposible que en este caso se pueda hablar de dolo. Fundamenta este autor su crítica en la posición adoptada por GLAENTZER (33), y de nuevo

el estudio hecho por GLAENTZER viene en algunos comentaristas atribuido a NETTELBAFF, quien, en realidad, no fué más que el relator del trabajo hecho por el primero y titulado "Dissertation de Homicidio Ex Intentione Indirecta commissio", Halae, 1757.

(31) En Alemania, la teoría del dolo indirecto gozó de gran predicamento, debido a la aceptación de la misma por parte de CARPZOV. Otro de los sostenedores de esta tendencia es HAUS. quien mezcla el concepto de dolo indirecto con el de dolo eventual en su obra *Principes de Droit pénal*, p. 181.

(32) Cfr. *Summa Theologica*, 1a 1ae, q. LXXVII, a. IV.

(32 bis) *La responsabilità penale per le conseguenze non volute di una condotta dolosa*. Milano, 1949, pp. 45 y ss.

(33) Dice, en efecto, GLAENTZER (ob. cit.): "Requisita ad homicidium ex intentione indirecta commissum necessaria sunt: 1.º, homicidium ex facto quodam vel nan facto nostro sponte omisso per se esse sequutum; 2.º, agentem animum nocendi habuisse; 3.º, directe eum non intendisse mortem; 4.º, e facto vel non facto suo homicidium aequo facile sequi potuisse ac id quod directe intendit eumque scivisse."

refuerza sus afirmaciones cuando critica la postura adoptada por MIRTO (34), para quien cuando un evento diverso o más grave del que se pretendía ocasionar deriva del comportamiento del agente, la producción de tal evento le ha sido representada como posible o probable y, no obstante esta representación, el agente ha puesto su acción delictiva, se ha de considerar esta representación del efecto diverso y más grave como causa o motivo que no ha impedido el cumplimiento de aquello que el agente se había propuesto realizar (35).

Ni que decir tiene que esta teoría del dolo indirecto ha aportado valiosos elementos en todo cuanto se refiere al fundamento y naturaleza jurídica de la figura de la preterintencionalidad; tanto es así que, como se verá más adelante, algunos autores modernos sostienen la teoría de la naturaleza dolosa del delito preterintencional. CARRARA y PESSINA (36), por ejemplo, al exigir que para que se dé el dolo indirecto debe darse también la previsión de la consecuencia más grave no querida, distinguen el dolo indirecto de la preterintencionalidad; sin embargo, otros tratadistas no de menos talla, cual FLORIÁN y el mismo MANZINI, confunden ambas cosas.

El lugar de COVARRUVIAS entre los que defienden que el fundamento del elemento psicológico del "Versanti" se debe buscar en la culpa y no en el dolo, corresponde a FEUERBACH; no es que haya sido este autor el verdadero iniciador de esta tendencia doctrinal, pero le cabe la gloria de haber sido su más caracterizado exponente y defensor. Antes de FEUERBACH, gran parte de quienes consideraban imputable el caso fortuito cuando se versaba en cosa ilícita lo atribuían a título de culpa. BARTOLO (37) afirma, por ejemplo: "Violentia est crimen ordinatum ad hoc et caetera similia... quod ipse scivit et scire debuit, et sic fuit in lata culpa, si non praecogitavit." DECIO dice que no debe responder de homicidio voluntario sino aquel que tenía "praecise animum occidendi"; lo que sucede "praeter opinionem delinquentis" constituye culpa; y, finalmente, GIULIO CLARO se expresa de la siguiente forma: "Dicitur etiam culposum homicidium quando quis citra animum occidendi alium percussit ex qua tamen percussione illa mortuus est" (38). Sin embargo, fué, como se ha dicho, FEUERBACH quien verdaderamente construyó y dió forma a esta teoría, llamada teoría de la "culpa dolo determinata". Los principios por él esta-

(34) Cfr. GALLI: loc. cit.

(35) Criticando a MIRTO, afirma GALLI que la probabilidad del evento (y *a fortiori*) la simple posibilidad de su verificación no es suficiente de por sí para hacerlo entrar en la previsión del sujeto y mucho menos dentro de la esfera de su voluntad.

(36) FINZI: ob. cit., p. 58.

(37) FINZI: ob. cit., p. 58.

(38) FINZI: ob. cit., pp. 58 y ss.

blecidos pueden ser enunciados de la siguiente manera: "Se dan casos en los que el dolo se encuentra con la culpa en la misma acción: esto tiene lugar siempre que de la acción dirigida a la consecución de un determinado fin se deriva un evento antijurídico distinto, que el autor ha previsto como posible consecuencia de su acción, o ha podido prever. El dolo existe respecto al resultado verdaderamente querido; se da la hipótesis de la culpa por lo que atañe al efecto derivado de la acción del culpable sin su intención." "La determinación de voluntad que constituye la base de una tal lesión se puede llamar "culpa dolo determinata", "durch dolus bestimnte culpa" (39). La culpa a la que se refiere este autor es la culpa por negligencia, o sea, la que existe cuando se actúa con la conciencia, por parte del sujeto, de la relación causal de la acción en sí o en un resultado posible.

Tanto en la doctrina alemana como en la italiana, esta teoría de la "culpa dolo determinata" ha sido por muchos aceptada; tiene tantos mantenedores como contradictores, y aun dentro de los que la sostienen se puede observar una serie de matices diversos, derivados de la gama de especies y variedades que se encuentran dentro del concepto de culpa. La objeción de más peso que le ha sido hecha es la de que no pueden coexistir en la misma acción el dolo y la culpa. A este respecto, IMPALLOMENI (40) cita el ejemplo siguiente: "Si un proyectil de un fusil mata a Ticio, contra el que se ha disparado, y a la vez mata o hiere a Cayo, sin haber sido este último visto por el agente, y sin que haya sido prevista por el mismo su lesión o muerte, sería un error considerar esta figura de delito como un concurso de homicidio voluntario y de homicidio o lesión personal culposa, siendo único el elemento moral de la acción. El dolo y la culpa son incompatibles en una misma acción." La conclusión a la que llega este autor es la siguiente: "Un individuo actúa con la intención de ocasionar un efecto lesivo (dolo), o con simple imprevisión, nacida de la desatención del efecto lesivo por el provocado (culpa): uno y otro elemento psíquico de la acción no le pueden ser imputados, por la sencilla razón de que no pueden coexistir."

No es de fácil solución esta dificultad apuntada por IMPALLOMENI. Los defensores de la teoría de la "culpa dolo determinata" aducen para rebatirla una serie de argumentos y razones. LEONE (41), refiriéndose concretamente a la objeción antes citada, dice: "La imposibilidad, señalada por IMPALLOMENI, de que un mismo individuo pueda, al mismo tiempo, obrar

(39) *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, 1801, § 60.

(40) *L'omicidio nel Diritto penale*, p. 74, Torino, 1900.

(41) *Il delitto aberrante*, p. 136, Nápoles, 1940.

con ánimo lesivo y por imprudencia o negligencia, se demuestra que carece de fundamento sólo con cambiar los términos del problema y considerar, en consecuencia, al mismo individuo no sólo en relación con la misma acción, sino más bien en relación con una pluralidad de resultados"; y BIANCHEDI (42) defiende la posibilidad de que en la misma acción se pueda dar el dolo y la culpa, diciendo que "la voluntad se proyecta sobre el objeto que se desea, pero que en el férvido trabajo de la mente vigilante permanece el entendimiento que se pierde y se divide sobre otros aspectos secundarios, determinando nuevos actos volitivos, o, por lo menos, nuevos estados de conciencia".

Como fácilmente se puede ver, las diversas posturas adoptadas por los autores en la interpretación de la situación creada por el supuesto del "Versanti in re illicita", que comprende las hipótesis de la moderna preterintencionalidad, necesariamente han tenido que influir en la elaboración doctrinal y legislativa de esa figura (43) y ayudarán, necesariamente, a mejor comprender tanto el concepto como el fundamento jurídico de la misma.

Comúnmente se suelen considerar como elementos del delito preterintencional una conducta dolosa, un resultado que no corresponde a la intención del agente y que la sobrepasa y la relación causal o nexo psicológico que pueda darse entre ambos (44). Por lo que atañe al primero de estos elementos, queda fuera de toda duda que el delito que pretendía cometer el agente ha de estar revestido del dolo, quedando, por lo tanto, excluido el delito culposo, y por la misma razón no entran dentro de la hipótesis de la preterintencionalidad aquellos supuestos en los que el agente actúa consciente de obrar en la presencia de una causa que lo justifique (legítima defensa, por ejemplo), e incluso aun cuando erróneamente juzgue que está asistido por una de estas causas de justificación, carezca o no de culpa este error suyo. De la definición que da el Código penal italiano se deducen dos cosas interesantes en relación con este primer elemento del

(42) *Delitto doloso e colposo con unica azione criminosa*, en "Supplemento alla Riv. pen.", 1910.

(43) HUERTA, en su obra *La relación de casualidad en la teoría del delito*, Madrid, 1948, hace un estudio completo del "Versanti" y estudia el influjo de esta máxima entre los diversos tratadistas y en las legislaciones de los distintos países.

(44) MAGGIORE establece como elementos del delito preterintencional los siguientes: 1) una acción u omisión dolosa; 2) un evento; 3) la mayor gravedad del evento verificado respecto del evento querido. Ver *Principi di Diritto penale*, p. 449, Bologna, 1949. Más completa resulta la enumeración hecha por PANNAIN en su *Manuale di Diritto penale*, Torino, 1950, donde cita los siguientes: a) existencia de un dolo, o sea, de una voluntad dirigida a la realización de un resultado determinado y solamente éste; b) la fallida verificación del resultado querido; c) la verificación en vez de éste de un resultado no querido, y d) la homogeneidad entre el resultado querido y no verificado y el no querido y verificado.

delito preterintencional: la primera es que no expresa claramente el carácter doloso de la acción u omisión de la que se derivan las consecuencias más graves que aquellas queridas por el agente, lo que puede hacer suponer que dentro de esta acción u omisión podrían encuadrarse también aquellas de carácter culposo; la segunda, que junto a la palabra "acción" se encuentra la de "omisión", lo que obliga a pensar que siempre que se dé una omisión de carácter doloso de la que se derive un efecto más grave que el querido por quien se abstuvo de obrar cuando debía hacerlo, si se dan los restantes requisitos del delito preterintencional, el *delictum* base puede consistir en una omisión; con esto, el Código penal italiano no hace sino recoger la opinión ya mantenida con anterioridad a su promulgación por parte de la doctrina penal (45).

Si en lo que se refiere al primero de los elementos del delito preterintencional no existen grandes problemas interpretativos, no ocurre lo mismo en lo tocante al segundo de sus elementos, donde las opiniones de los tratadistas son completamente dispares y contradictorias. La principal cuestión que se plantea es la de si el resultado no querido y más grave puede ser o no diverso de aquel que el agente pretendía realizar, o solamente se deben diferenciar cuantitativamente. La redacción del artículo 43 del Código italiano, más que aclarar, oscurece los conceptos. GALLI (46) afirma que aunque la ley diga solamente "piu grave", está sobreentendido en estas palabras del legislador el atributo "diverso". Puede darse el caso de que el efecto producido en esta clase de delitos sea más grave dentro de la lesión del mismo bien jurídico; que se lesione un bien jurídico diverso del que se pretendía lesionar, pero íntimamente relacionado con éste, y, finalmente, que no exista ninguna relación o sea escasa la que se dé entre el bien jurídico objetivamente lesionado y el que se quería lesionar. Conviene, pues, buscar una solución razonable que pueda armonizar la diversidad de opiniones existentes en la doctrina, ya que es tan ilógico pensar en un homicidio preterintencional cuando lo que ocurre es que uno tira una piedra con intención de romper la luna de un escarabate y como consecuencia, por él ni querida ni esperada, resulta que con su pedrada ha producido la muerte de un paseante, como afirmar que no se da la hipótesis del homicidio preterintencional cuando el homicidio se deriva de un delito

(45) Expresamente lo afirma FINZI: ob. cit., p. 86, en época anterior a la publicación del Código Rocco, con las siguientes palabras: "Bastantes delitos bases pueden ser cometidos por omisión; por ejemplo, una revelación de secretos que se lleva a cabo omitiendo dolosamente el cerrar la caja fuerte donde se guardan los documentos; un secuestro de persona que se realiza omitiendo liberar a un arrestado; un peligro de desastre ferroviario determinado por la omitida colocación de las señales, etc."

(46) Ob. cit., p. 73.

de lesiones, porque los bienes jurídicos lesionados—integridad y vida—son distintos.

Con anterioridad a la publicación del Código italiano, algunos autores consideraban comprendidos dentro de la hipótesis de la preterintencionalidad tanto aquellos supuestos en los que el bien jurídico que se pretendía lesionar con el delito base se identificaba con el verdaderamente lesionado por el efecto más grave producido, como en los que se daba una gran afinidad entre ambos, e incluso aquellos en los que los dos bienes jurídicos en cuestión eran completamente distintos (47). Después vino el Código, y con la redacción del artículo 43 surgieron gran cantidad de dudas. Los mismos redactores del Código caen en contradicción, como lo demuestra el hecho de que en los trabajos preparatorios se diga: "... tal configuración responde a la índole del delito preterintencional, cuya noción lleva consigo que el evento no querido deba ser no sólo más grave, sino también diverso de aquel que se quiso", mientras que en la redacción del artículo 43 desaparece la palabra "diverso" y solamente se lee "más grave" (48). Parece, sin embargo, lógico pensar, teniendo en cuenta cuanto el Código italiano dice de la preterintencionalidad, que este "más grave" no excluye que a la vez pueda ser diverso el resultado, ya que siendo considerada la preterintencionalidad como título de imputabilidad junto con el dolo y la culpa, sino se admite que el resultado pueda ser diverso, quedaría ésta reducida a una simple circunstancia agravante, con lo que existiría una auténtica contradicción dentro del mismo Código. Además, habiendo éste establecido en su artículo 42 una distinción precisa entre dolo y preterintencionalidad, si no se admite que el bien jurídico lesionado pueda ser diverso, y solamente se está a la mayor gravedad, caería lógicamente este resultado dentro de la misma conducta dolosa que movió al agente a obrar, con lo que resultaría innecesario hablar de preterintencionalidad como figura propia e independiente del dolo (49).

(47) FINZI: ob. cit., pp. 89 y ss., cita como ejemplos de hechos preterintencionales casos en los que los bienes jurídicos son completamente distintos, como, por ejemplo, la violencia carnal seguida de la lesión o muerte de la persona violentada, el aborto seguido de muerte de la madre, etc.

(48) Cfr. GALLI: ob. cit., p. 76.

(49) GALLI: ob. cit., p. 73, dice: "In favore della nostra tesi, stà, però, questa considerazione decisiva: il legislatore ha fatto della preterintenzione un titolo di responsabilità separato e distinto della responsabilità dolosa, il che non si sarebbe certamente verificato se fosse esatto il contrario assunto degli autori. E' evidenti infatti, che se nel delitto preterintenzionale il bene giuridico rimasto leso si identificasse effettivamente con quello contro cui era diretta l'azione od omissione, la legge avrebbe dovuto chiamare il reo a rispondere della violazione dolosa del bene voluto offendere, con pena congruamente aggravata per l'ulteriore conseguenza derivata dalla sua condotta." RENDE se adhiere a esta tesis, diciendo que en el delito autónomo del homicidio preterintencional, la índole del delito preterintencional comporta que el elemento no querido deba ser no sólo más grave, sino también diverso del querido. Cfr. *Intorno agli art. 585 e 586 del Codice penale*, en "Ann. Dir. Proc. Pen.", 1932, p. 919.

Son muchos los autores que, no obstante todo cuanto se ha dicho, mantienen la opinión contraria. MAGGIORE (50) hace la siguiente pregunta: "¿Qué significa *evento más grave?*" Y contesta de la siguiente manera: "Significa que la diferencia entre el resultado querido y el ocasionado debe ser solamente cuantitativa; debe constituir, en el caso del homicidio preterintencional, una mayor ofensa a la persona, y no un algo cualitativamente diverso. Donde el evento producido sea distinto del querido (se quería, por ejemplo, consumir una violencia carnal, ocasionar un incendio, y se provocó la muerte) y se tiene una consecuencia no querida de otro delito, se entra en el dominio de los artículos 83 y 586" (51).

De análoga manera se expresa RICCIO (52), quien, al establecer las diferencias entre delito preterintencional y delito cualificado por el resultado, afirma que en el primero se da una consecuencia jurídica más grave, pero que incide sobre el mismo bien jurídico, mientras que en los segundos se trata de bienes jurídicos completamente distintos. Algunos de entre estos autores llegan a la conclusión de que el único delito preterintencional es el representado por el homicidio que lleva este nombre (53), sin tener en cuenta que, siguiendo con rigor lógico la interpretación de los argumentos por ellos aducidos para llegar a esta consecuencia, ni tan siquiera esta figura de delito podría ser considerada dentro de la preterintencionalidad, puesto que el bien jurídico "integridad personal" que se quiso lesionar con el delito base y el bien jurídico "vida" que efectivamente se lesiona con el homicidio producido son dos bienes jurídicos diversos. Siguiendo la misma línea de interpretación, hay quienes establecen la división entre delitos "más allá de la intención" y "delitos fuera de la intención" (54). En los primeros existe un sobrepasar la meta propuesta, mientras que en los delitos encuadrados en el segundo de los grupos ano-

(50) Ob. cit., p. 451.

(51) Art. 83: "Fuori dei casi preveduti dall'articolo precedente, se, per errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato, o per un'altra causa, si cagiona un evento diverso da quello voluto, il colpevole risponde, a titolo di colpa, dell'evento non voluto, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo. Se il colpevole ha cagionato altresì l'evento voluto, si applicano le regole sul concorso di reati." Y el art. 586 dice así: "Quando da un fatto preveduto come delitto doloso deriva, quale conseguenza non voluta dal colpevole, la morte o la lesione di una persona, si applicano le disposizioni dell'art. 83, ma le pene stabilite negli articoli 589 e 590 sono aumentate."

(52) *Concorso di reati e delitti qualificati dall'evento*, en "Ann. Dir. Proc. Pen.", 1935, vol. I, p. 665.

(53) Cfr. DE MARSICO: *Diritto penale*, Jovine, 1935, p. 665, vol. I. El art. 584 del Código penal italiano define el homicidio preterintencional en los siguientes términos: "Chiunque, con atti diretti a commettere uno dei delitti preveduti dagli articoli 581 e 582, cagiona la morte di un uomo, è punito con la reclusione da dieci a diciotto anni." También SABATINI, entre otros, niega que el resultado pueda ser diverso; cfr. *Istituzioni di Diritto penale*, Roma, 1935, p. 321, vol. I.

(54) Cfr. ALTAVILLA: *Preterintenzionalità*, en "Nuovo Digesto Italiano", X, pp. 362 y ss.

tados soamente se da una desviación del resultado en relación con la intención del agente. No es de extrañar, pues, que, para quienes así piensan, se hayan de considerar solamente como delitos preterintencionales aquellos supuestos en los que la diferencia entre ambos resultados sea únicamente cuantitativa. Los restantes casos, o sea, aquellos en los que esta diferencia es cualitativa, quedan comprendidos dentro de las hipótesis de los delitos cualificados por el resultado, delitos de doble efecto, concurso de delitos, etc.

El tercero de los elementos de esta clase de delitos que venimos examinando, también ofrece, por su parte, difíciles problemas en su interpretación. Se trata del nexo causal, de la relación de causalidad entre la acción delictuosa del agente y el verdadero resultado que se ha producido. Existe, y en caso de que exista, ¿en qué consiste este nexo de causalidad en el delito preterintencional? Es éste un problema de no fácil solución, ya que a las dificultades, no pequeñas, que el problema de la causalidad lleva consigo y a la enorme diversidad de opiniones que sobre esta delicada y confusa materia existe en el Derecho penal, hay que añadir las dificultades intrínsecas que la preterintencionalidad presenta en este campo.

Se puede, como primera premisa, afirmar que la persona que inmediatamente produce un resultado como consecuencia de su acción está en una cierta relación de causa a efecto con el resultado producido; sin embargo, un concepto de causa que pueda servir para el Derecho penal, lo mismo que para cualquier disciplina que tenga como objeto el estudio y la regulación de la conducta humana, es muy difícil de encontrar (55). La aplicación del concepto empírico y naturalista de la causa al Derecho penal no deja de encerrar graves inconvenientes (56); de todas formas, no puede ser olímpicamente despreciado, sin llegar, por el contrario, a aceptarlo tal y como lo hace IMPALLOMENI (57), que atribuye a la causa el sentido de causa única y exclusiva del resultado, que comprende en sí todos los factores que han intervenido en la verificación del mismo. Para obviar estos inconvenientes surgió la teoría de la *conditio sine qua non* de VON BURI. Según esta teoría, "basta que la acción humana en cuestión haya intervenido de la manera que sea en el concreto resultado, que haya encontrado un lugar en la constelación de condiciones que han venido a desembocar en éste, para que pueda entenderse causa del resultado en su totalidad. Evi-

(55) Para una mejor comprensión del problema de la causalidad en el campo del Derecho penal, cfr. HUERTA, en su obra *La relación de causalidad en la teoría del delito*, ya citada.

(56) Cfr. STUART MILL: *Système de logique déductive et inductive*, 1904.

(57) Ob. cit., loc. cit.

dentemente, esta humana actividad se presentará como un mínimo frente al resto de los factores, pero ello es irrelevante, ya que toda condición es absolutamente necesaria para la producción del efecto en concreto, y así, es suficiente para fundamentar la responsabilidad jurídico-penal el haber dado vida a cualquier condición (*Bedingungstheorie*)" (58). La aplicación práctica de esta teoría, también llamada de la equivalencia de las condiciones, encierra gran número de dificultades, que aumentan cuando se pretende enjuiciar la hipótesis de la preterintencionalidad a la luz del criterio por la misma establecido. Una persona, por ejemplo, ha sido herida por otra, con intención homicida o sin ella, y una vez en el hospital donde ha sido recogida para mejor atender a la curación de sus heridas, cae un rayo en la sala donde se encuentra y la mata; aplicando en toda su pureza la teoría de la equivalencia de las condiciones, el que ocasionó las heridas sería responsable de esta muerte, o sea, en frase de GRISPIGNI (59), "es contraria a toda exigencia ético-jurídica, puesto que en realidad viene a afirmar la responsabilidad por el fortuito".

Para soslayar las dificultades que ofrecía la teoría de la equivalencia de las condiciones, VON KRIES ideó la llamada teoría subjetiva de la causación adecuada, en la que, partiendo del concepto empírico de causa, se destacan, siguiendo un criterio de probabilidad, de entre todas las condiciones que pueden haber concurrido, aquellas que son generalmente adecuadas a la producción del resultado, negando validez a las restantes. Junto a la teoría subjetiva de la causación adecuada surgieron las llamadas teorías objetivas, en las que junto a la simple consideración de las condiciones conocidas por el agente en el momento de actuar, estima que se han de tomar más bien en consideración todas las condiciones existentes en el momento de la acción, aun las desconocidas por el sujeto, y las posteriores que hayan influido sobre el resultado y que hayan podido ser previstas por el hombre medio, según la general experiencia de la vida (60). Estudiando el nexo causal existente entre la conducta dolosa y las consecuencias no queridas que de ella se derivan, GALLI (61) establece una división de los autores que tratan esta materia en dos categorías distintas:

(58) HUERTA: ob cit., p. 113.

(59) *Il nesso causale nel Diritto penale*, en "Riv. It. di Dir. Pen.", 1935, p. 7.

(60) Además de VON KRIES, principales representantes de las teorías de la causación adecuada son THOM y MAX ROMELLIN. Cfr. HUERTA: ob cit.

(61) Ob. cit., pp. 13 y 14; y en la p. 15 dice: "L'uomo, cioè, può essere considerato causa di un evento quando lo ha previsto come conseguenza della propria azione—necessaria alla produzione di esso—combinata con tutte le altre condizioni, preesistenti, concomitanti e successive, e da lui calcolate come possibili."

la de aquellos que consideran la acción humana tan sólo bajo el punto de vista naturalístico, y entonces se ha de buscar la solución de este problema de acuerdo con las premisas sentadas por los partidarios de la teoría de la *conditio sine qua non*, y la de los que para evitar sus defectos pretenden sacar la acción fuera de este campo, es decir, no considerarla como un fenómeno cualquiera, y, por consiguiente, la acompañan de un elemento psicológico, que, siendo distinto tanto del dolo como de la culpa, sea, sin embargo, idóneo para establecer la relación existente entre el resultado verificado y la acción puesta por el reo. Normalmente, quienes así piensan apelan a la posibilidad del hombre medio, en general, de prever el evento. Este autor no considera suficiente la previsibilidad del hombre medio para excluir el fortuito, al menos desde un punto de vista racional, y, concretándose al supuesto de la preterintencionalidad, habla más bien de nexo psicológico que de nexo causal, siendo este particular nexo psicológico quien liga el efecto no querido a la conducta del agente. Y si en las hipótesis de causalidad normal estima que ha de ser la previsión el elemento psicológico al que se viene haciendo referencia, en materia de preterintencionalidad es, según este autor, la presunción de culpa agravada por la fácil previsibilidad del evento.

Son estos dos conceptos: previsión y previsibilidad, una fuente de dudas y perplejidades en todo cuanto se relacione con el dolo, la culpa, y más aún si se trata de la preterintencionalidad. Dentro de la previsión se pueden considerar las siguientes hipótesis: a) El resultado verificado y no querido, a pesar de no ser efectivamente querido, sin embargo, ha sido previsto como cierto por quien actuó dolosamente. Por ejemplo, un blenorragico comete un delito de violencia carnal, consciente de que este acto contagiará la enfermedad por él padecida a la persona violentada. En este caso, prácticamente se confunden el efecto querido directamente y el previsto como cierto, por lo que no se puede hablar de preterintencionalidad. b) Caso en que el resultado producido se ha previsto como probable. Los autores discuten (62) sobre si se trata de dolo o de culpa con previsión, y, por lo que a nosotros se refiere, baste decir que tampoco en este supuesto se puede considerar la existencia de un delito preterintencional. c) Cuando la consecuencia no querida haya sido prevista como posible, tampoco entra en juego la preterintencionalidad, por la sencilla razón de que existe previsión del efecto, aunque sólo sea como posible. Por el contrario, en los dos restantes supuestos que se pueden considerar dentro de la previsión: resul-

(62) Cfr. ALIMENA: *Principi di Diritto penale*, Piero, 1910, vol. I, p. 295, y FINZI: ob. cit., pp. 125 y ss.

tado previsto como improbable y resultado previsto como imposible, sí que se da la hipótesis del delito preterintencional, ya que si lo previsto por el autor del delito fué que el efecto no llegaría a verificarse por ser improbable o imposible, prácticamente es como si no lo hubiera previsto.

Pasando del campo de la previsión al de la previsibilidad, nos encontramos con que se pueden dar dos nuevas hipótesis: 1) efecto no previsto, pero que podía ser previsible, y 2) efecto no previsto ni previsible. Mientras que, para algunos, la distinción entre previsión y previsibilidad marca la línea divisoria entre los delitos dolosos y los preterintencionales, otros equiparan ambos supuestos, y la solución de este problema se complica más si se tiene en cuenta que en esta materia también juega su papel importante la figura jurídica y la naturaleza de la culpa. Si bien el caso en que el resultado era previsible no ofrece grandes dificultades en cuanto a su catalogación como delito preterintencional, no ocurre lo mismo en la segunda de las hipótesis mencionadas.

Como último requisito del delito preterintencional, los autores citan la pena característica de esta clase de delitos, que debe ser única, ya que el delito cometido es uno solo. La razón es obvia: en la preterintencionalidad no se da un delito doloso junto con otro de naturaleza culposa. Por lo que se refiere a la medida de la pena, teniendo en cuenta la naturaleza del delito preterintencional, ha de ser intermedia, es decir, menos rigurosa y grave que si tanto el delito base como el resultado fuesen dolosos, y más que si el primero fuese doloso y solamente culposo el segundo. Ni que decir tiene que en la hipótesis del delito preterintencional no existe la tentativa de delito, puesto que el resultado más grave que se produce es no querido.

La confusión de ideas reinante en torno a los conceptos de previsión y previsibilidad, las dificultades intrínsecas que el concepto de la culpa y de algunas de las especies del dolo lleva consigo y la naturaleza del delito preterintencional hacen que exista en la doctrina penal un cúmulo de opiniones diversas cuando se trata de explicar el fundamento de la misma. Ya hemos visto cómo en la antigua doctrina surgió la llamada teoría del "dolo indirecto" por obra, principalmente, de COVARRUVIAS; el influjo de esta teoría en los autores y legislaciones posteriores, en lo referente al nacimiento y elaboración del concepto de la preterintencionalidad, ha sido verdaderamente decisivo e importante; tanto es esto cierto, que ha hecho decir a uno de los tratadistas que con más extensión y profundidad se han dedicado al estudio de esta materia que "si el dolo indirecto de la antigua doctrina no se puede identificar con la preterintencionalidad del Código

vigente (se refiere al Código italiano de 1860), no obstante esto, el criterio que dió vida a aquél es el mismo que ha generado las actuales figuras de preterintencionalidad" (63). No es de extrañar, pues, que aun hoy día una parte de la doctrina penal se incline a considerar el dolo como fundamento de la preterintencionalidad.

Uno de los más acérrimos defensores de esta teoría es IMPALLOMENE (64), quien llega a decir que "se dice impropriamente, si se quiere ser preciso, que en el delito preterintencional se dé un concurso de dolo y culpa; dolo en la previsión del efecto menos grave, culpa en la previsibilidad del más grave que se verifica, ya que en realidad es un delito ocasionado por un propósito doloso y no tiene, por tanto, otra causa que no sea el dolo". También FLORIÁN (65) es partidario del carácter doloso de la preterintencionalidad; distingue en la noción del dolo indirecto dos elementos: "1.º, la voluntad de ocasionar un resultado dañoso; 2.º, la verificación de un daño que excede la voluntad del agente." Dentro de este segundo elemento establece una doble distinción: las consecuencias no queridas que exceden lo querido por quien actuó con conducta dolosa pueden: "a) determinar una separada y distinta figura de reato; b) constituir tan sólo circunstancias agravantes del reato en cuestión"; solamente en el primero de los citados supuestos, según este penalista, nos encontramos ante un verdadero supuesto de delito preterintencional. El problema de la previsibilidad, para este autor, carece de importancia, ya que el concepto de dolo indirecto establece dos momentos relevantes: "1.º, la subsistencia del dolo, por lo que se refiere al evento menor; 2.º, la subsistencia del dolo, en cuanto al evento más grave producido." No deja de ser peligroso el modo de argumentar de este autor, puesto que, siguiendo la lógica de sus razonamientos, incluso el fortuito debería ser atribuído en esta hipótesis, por lo que FLORIÁN sale al paso de la objeción diciendo que "a la objeción de que de esta manera la imputabilidad comprendería incluso los efectos del caso, se responde, en modo decisivo, que esto queda excluído por la afirmada necesidad del nexo causal entre el actuar del agente y el más grave resultado: la intervención del caso rompe, efectivamente, esta relación de dependencia causal".

Ultimamente, MANZINI (66), a quien hacen eco otros autores (67), si-

(63) FINZI: ob. cit., p. 163.

(64) Ob. cit., p. 100.

(65) *Parte General*, vol. III, Milano, 1934, pp. 465 y ss.

(66) Ob. cit., pp. 625 y 654.

(67) SABATINI, en *Istituzioni...*, p. 225, adhiriéndose a este criterio, afirma: "Dell'evento non si risponde a titolo di colpa, perchè il delitto è essenzialmente caratterizzato dal dolo, mentre del più grave evento si risponde obiettivamente per il solo nesso di causalità materiale."

que fiel a la tendencia que ve en el dolo el fundamento de la preterintencionalidad. Contra quienes sostienen la teoría de la responsabilidad objetiva en la hipótesis de la preterintencionalidad, este autor afirma: "No se trata propiamente de responsabilidad objetiva, sino de la aplicación del principio de causalidad material", aduciendo como argumento en pro de su tesis que en el artículo 42 del Código penal italiano clarísimamente se considera distinta la hipótesis de la responsabilidad objetiva de la de la preterintencionalidad. El principal error de este tratadista consiste en que no tiene en cuenta para nada el nexó psicológico que existe en el delito preterintencional y que necesariamente ha de ser algo más que una mera relación de causalidad material.

Contrariamente a cuanto vienen sosteniendo los autores anteriormente citados, siguiendo las huellas de FEUERBACH, cuya teoría de la *culpa dolo determinata* tuvimos ocasión de examinar a propósito del "Versanti", CARRARA (68) llegó a la formulación del fundamento y concepto de la preterintencionalidad en los siguientes términos: recoge y acepta este autor el concepto de la voluntad indirecta para el caso en que se dé la "previsión de un efecto posible sin un querer decisivo del mismo efecto", o sea, "cuando el efecto fué solamente una consecuencia posible de sus actos, no prevista, o prevista sin quererla". En el primer caso, en el que el efecto ha sido previsto y, a pesar de tal previsión, se han querido los medios, aunque precisamente no se quiera el efecto, la intención indirecta se llama positiva; "se previó aquello, pero no se quiere, porque se esperaba que el evento más grave no se realizase"; intención indirecta positiva que, según este autor, se identifica con el dolo; más concretamente, constituye el dolo indeterminado. No se puede negar que existe una gran afinidad entre esta figura del dolo indeterminado y la de la preterintencionalidad, sin que por esto en la mente de este eximio tratadista puedan llegar a confundirse ambos conceptos. El primero, como ya dijimos, exige la previsión efectiva, la prueba de la previsión actual, mientras que la segunda se contenta con una previsión presunta, con la posibilidad de prever. Y precisamente en esto, en la diferencia que existe entre la posibilidad de prever y la previsión actualmente demostrada, es donde se encuentra la línea divisoria que separa la preterintencionalidad del dolo indeterminado (69).

En vista de las anteriores apreciaciones hechas por este insigne penalista, y tomándolas como punto de partida para la fundamentación de su tesis, llega a decir: "Cuando se quería una cosa completamente inocente

(68) Ob. cit., §§ 66 y ss.

(69) FINZI: ob. cit., p. 24, nota 1.

y se esperaba poder evitar el daño consecutivo, había una simple culpa respecto al sujeto; pero cuando el sujeto actúa con el fin de dañar a otro, nunca puede incurrir en simple culpa, ya que la simple culpa relativa a esta consecuencia está informada por el dolo antecedente, según la fórmula de la antigua práctica" (70). Ya vimos cómo CARRARA había llegado a afirmar que incluso el fortuito debería ser imputado, y cómo posteriormente a esta afirmación suya cambió radicalmente de modo de pensar, afirmando que el dolo que informa el delito base no puede ser extendido al resultado más grave que no se quiso cometer, por lo que tan sólo se puede hablar de una mezcla de dolo y culpa: dolo en cuanto al primer delito, y culpa por lo que respecta al resultado más grave que ni se previó ni se quiso: "permissione di dolo e colpa" (71). Análoga posición adoptan PESSINA (72), FINZI y gran número de autores.

Para FINZI (73) no existe ningún inconveniente en que una acción de la que se deriva más de un efecto pueda ser dolosa respecto a uno o más de estos efectos, y culposa respecto a los restantes; y por consiguiente, en la hipótesis del delito preterintencional dice que lo actuado por la conducta dolosa es el delito base, pero que lo que tiene que ser examinado es el otro resultado, respecto al cual no se puede nunca afirmar su carácter doloso. Otra objeción, y no menos grave, que se puede hacer a quienes defienden esta teoría es que resulta contradictorio afirmar la posibilidad de un evento imputable absolutamente imprevisible, y después excluir esta imputabilidad afirmando que el evento verificado es siempre culposo, o sea, que es previsible. Para esquivar esta objeción, los defensores de esta teoría no admiten la previsibilidad como esencia de la culpa, y dicen, por otra parte, que "incluso en el caso en que el evento no se pueda considerar la consecuencia de una conducta a la que se pueda reprochar imprudencia o negligencia, se debe, no obstante esto, reconocer que se trata de un evento culposo, en cuanto deriva de la inobservancia de un precepto penal (delito doloso), y por consiguiente, de frente a quienes hacen consistir la culpa en el "no haber previsto aquello que se debía prever", incluso en el caso en que el evento deba considerarse absolutamente imprevisible, se debería llamar siempre culposo, porque deriva de la inobservancia de un precepto penal (delito doloso)" (74). En favor de lo anteriormente expuesto está el hecho de que los Códigos que admiten esta figura de la preterintencionali-

(70) CARRARA: ob. cit., § 70.

(71) CARRARA: ob. cit., § 83.

(72) *Elementi di Diritto penale*, Napoli, 1871, vol. I, p. 168.

(73) Ob. cit., pp. 153-154.

(74) FINZI: ob. cit., p. 156.

dad, normalmente imponen una pena mayor a esta clase de delitos que a aquellos en los que se da la simple concurrencia de delito doloso y culposo, lo que hace suponer que "el delito preterintencional no es solamente un dolo culpa, sino que contiene algo más" (75). Y este *más*, como ya se ha visto, se encuentra precisamente en aquel nexo psicológico de la preterintencionalidad, basado en la naturaleza del hecho, en la que está, por así llamarla, la eventualidad previsible de la consecuencia no querida, que hace que no solamente el legislador, sino también el mismo sentido común re- tengan posible y natural aquella consecuencia, que no se fundamenta única y exclusivamente en una relación de simple causalidad material, y que se dé una presunción de culpa por su fácil previsibilidad, o que, al menos, no se descarte, porque la misma naturaleza del hecho lo consiente, la existencia de este nexo psicológico, incluso en los supuestos en que el resultado aparece imprevisible.

Conviene hacer notar que entre los que defienden esta teoría del "dolo misto a culpa" hay quien afirma el carácter esencialmente culposo de la *praeter intentionem*. Así, por ejemplo, VANNINI (76) dice que "la preterintencionalidad es intrínsecamente culpa, indicada con la particular nomenclatura de preterintencionalidad, en consideración de la naturaleza, bajo otro aspecto dolosa, de la voluntad a la que se refiere", llegando a la conclusión de que la mayor parte de las veces las hipótesis de preterintencionalidad podrían ser juzgadas a la luz de la culpa presunta (77).

No han faltado autores que opinan nos encontramos en los supuestos de preterintencionalidad ante una auténtica circunstancia objetiva del delito que agrava la responsabilidad (78). Ya FLORIÁN estableció a este respecto la distinción anteriormente anotada al explicar su teoría sobre el fundamento doloso de la preterintencionalidad; no se trata, pues, de confundir y unificar dos cosas que son completamente diversas: circunstancia agravante y preterintencionalidad; sino que lo que conviene es delimitar con límites seguros y precisos ambos campos, que, desde luego, pueden lle-

(75) FINZI: ob cit., p. 159.

(76) *Istituzioni di Diritto penale*, Firenze, 1932, p. 139.

(77) Se adhiere a esta teoría BATTAGLINI: cfr. *Diritto penale*, Bologna, 1940, p. 149. Para NUCCI, la razón por la que se castiga aparte el delito preterintencional, como un estadio intermedio entre el doloso y el culposo, incluso grave y con previsión, consiste en el concurrir de la intención, en su concretarse en forma homogénea e igual a aquella del delito doloso, y en la relativa gradación de peligrosidad. El fin del agente, que en su intimidad debía no prever o excluir el plus, debía de todas maneras ser diverso; y esto lo debe demostrar la modalidad de la acción, sus circunstancias, etc. Es, pues, según este autor, un grado diverso y mayor de la culpa con previsión. Cfr. el trabajo de este autor: *Preterintenzionale previsione dell'evento*, en "Scuola Positiva", II, 1934, pp. 25 y ss.

(78) DEL GIUDICE: cfr. *Fondamento e condizioni di punibilità nei reati colposi*, citado por FINZI.

gar a tener puntos de contacto difíciles de catalogar. En efecto, en el caso de una circunstancia agravante que constituye un algo más respecto al delito cometido, no por eso se cambia el título del delito, lo que nos lleva a pensar en el concepto de delito cualificado por el resultado del Derecho alemán.

Finalmente, queda por examinar la última de las tendencias que pretenden explicar el fundamento y la naturaleza del delito preterintencional. Como consecuencia de las discusiones tanto sobre el carácter doloso o no del delito preterintencional, como sobre la causalidad material y la previsibilidad o no previsibilidad de las consecuencias no queridas derivadas de una conducta dolosa, y viendo que había legislaciones que atribuían estas consecuencias no queridas aun en el caso de que no se diera esta previsibilidad, comenzó a surgir entre algunos de los penalistas el concepto de la responsabilidad sin culpa, de la responsabilidad por el resultado, en una palabra, de la hoy en día llamada responsabilidad objetiva, dando carta de naturaleza en toda su extensión a la aplicación del "Versanti", y habiendo quienes afirman que incluso la preterintencionalidad no es sino un caso más de la aplicación del principio de la responsabilidad objetiva.

La discusión se mueve en torno a la interpretación del artículo 42 del Código penal italiano, cuyo texto es el siguiente: "Nessuno può essere punito per un'azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commesso con coscienza e volontà.

Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto, se non l'ha commesso con dolo, salvi i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge.

La legge determina i casi nei quali l'evento e posto altrimenti a carico dell'agente, come conseguenza della sua azione od omissione."

Uno de los comentaristas, ESCOBEDO (79), en el comentario que hace del artículo citado, cuyo último párrafo se refiere a la hipótesis de responsabilidad objetiva, declara, partiendo de la base de que para que ésta pueda darse se necesita una acción ilícita anterior: "La responsabilidad objetiva es una responsabilidad ante la que el imputado se encuentra por un hecho, una circunstancia o una consecuencia por él no precisamente querida, pero que se anuda a un inicial hecho criminoso, del que el imputado responde a título de responsabilidad objetiva de las circunstancias agravantes o de las consecuencias posteriores, más graves, derivadas del hecho criminoso originario." "En relación a la noción de la responsabilidad objetiva—conti-

(79) *La responsabilità dell'ubriaco per reati commessi in istato di ubriachezza piena, colposa o volontaria*, en "Giustizia Penale", 1935, II, col. 1281 y ss.

núa diciendo el mismo autor—, el sujeto del reato querido responde precisamente a título de culpa del *más* de responsabilidad que comporta el reato más grave cometido; pero como la culpa, cuando se une al dolo, ofrece los elementos para la constitución de un dolo preterintencional, es evidente que la responsabilidad objetiva no es en el fondo más que una responsabilidad preterintencional *sui generis*". Es la admisión de la prueba en la imprevisibilidad del evento lo que lleva a este autor a considerar la responsabilidad objetiva como una verdadera preterintencionalidad *sui generis*; por esto, posteriormente afirma: "Habiendo el Código vigente excluído, si bien equivocadamente, en todos los casos, en tema de reato preterintencional, la prueba, por parte del imputado, de la imprevisibilidad del evento, consigue que los dos conceptos: responsabilidad objetiva y responsabilidad preterintencional, casi se confundan."

Dos cosas saltan a la vista en la argumentación hecha por ESCOBEDO: la primera es el "sui generis", y la segunda, el "casi se confunden". Ambas expresiones creemos no tienen otro objeto que el de evitar las dificultades encontradas en el mismo Código, donde claramente se establece la distinción entre ambas clases de responsabilidad, como puede observarse con simple lectura del artículo 42, anteriormente transcrito; por lo que resulta de difícil comprensión la afirmación de este autor cuando dice: "El evento de naturaleza preterintencional se pone a cargo del agente como consecuencia de su acción u omisión por presunción *juris et de jure*." Y continúa: "Porque incluso en línea de Derecho racional es justo que esté a cargo del agente el evento más grave cuando éste es desemboque natural del menos grave evento por el causado con plena conciencia y voluntad" (80).

Son numerosos los tratadistas que siguen esta tendencia. "El plus del evento está puesto a título de responsabilidad objetiva basado en la causa físicomaterial" (81); y FROSALI, uno de sus más representativos sostenedores, dice: "Existen casos en los que se da la responsabilidad objetiva no porque el evento no sea querido, sino precisamente porque no es querido; en efecto, si el evento fuese querido, cambiaría el título de la responsabilidad y nos encontraríamos ante un caso de responsabilidad por dolo, con diversas consecuencias penales. Esto sucede, por ejemplo, en el caso del evento atribuído (responsabilidad objetiva) en la hipótesis del delito preterintencional" (82).

(80) ESCOBEDO: loc. cit.

(81) SALTELLI e ROMANO DI FALCO: *Commento teorico-pratico del Codice penale*, vol. III, p. 258.

(82) *L'errore nella teoria del Diritto penale*, Roma, 1933, pp. 400 y 576.

En resumen, se puede afirmar como consecuencia de todo cuanto se ha venido exponiendo que, descartadas tanto la teoría del dolo indirecto como la de la responsabilidad objetiva, queda como más lógica la del *dolo misto a colpa*, sobre la que conviene observar, sin embargo, con GALLI (83) que si de *dolo misto a colpa* es exacto hablar cuando se examina el delito preterintencional en su fase de formación, “no lo es si el examen se hace respecto a la preterintencionalidad, con cuyo criterio el fundamento de la responsabilidad por el evento no querido aparecerá ser precisamente la preterintencionalidad”.

Una vez examinado el moderno criterio de la preterintencionalidad y del delito preterintencional, queda por ver cómo puede ser encuadrada esta figura dentro del Derecho canónico. Al estudiar la cláusula del “Versanti in re illicita” ya se dijo cómo el criterio en la misma establecido fué precisamente traído al campo del Derecho por los cultivadores del Derecho canónico, más concretamente por BERNARDO PAPIENSE, allá entre los años 1191 y 1198, en su *Summa Decretalium* (84). La respuesta a la pregunta *etsi propter unum delictum imputantur omnia quae sequuntur ex illo?*, venía dada por la citada fórmula en los siguientes términos: “Versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto.” Como afirma HUERTA (85), puede parecer a primera vista que esta afirmación debe por fuerza chocar con el espíritu humanitario de la Iglesia, ya que ésta coloca el centro de gravedad del delito en la intención, y el “Versanti” lo traslada decididamente al resultado objetivo. No ha dejado de preocupar a los canonistas la justificación de tan radical criterio, habiendo quienes afirman —KOLLMANN (85 bis), por ejemplo— que esta máxima no tuvo la categoría de principio general en lo referente a la imputabilidad y que únicamente se refería a los casos de irregularidades. No faltan abundantes ejemplos en los diversos cuerpos legales y fuentes jurídicas en los que se puede observar el tacto y la ecuaníme aplicación de esta *regula iuris* y que ponen de manifiesto cómo en gran parte es exacta la afirmación de quienes piensan

(83) Ob. cit., pp. 98. Cita este autor la opinión de ALIMENA, resumida en las siguientes palabras: “Un argomento contro la tesi dell'imputazione del più grave evento a titolo di responsabilità obiettiva, può desumersi dal fatto, che, mentre l'art. 42 C. P., nel primo capoverso, dice che nessuno può essere punito per un delitto se non l'ha commesso con dolo, salvi i casi del delitto preterintenzionale o colposo, aggiunge poi nel secondo capoverso che la legge determina i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente come conseguenza ecc. Se, come comunemente si ammette, il secondo capoverso concerne i casi di responsabilità obiettiva, è evidente che l'evento preterintenzionale di cui si parla nel primo capoverso non può essere compreso tra questi casi regolati dal capoverso seguente.” Cfr. ALIMENA: *La colpa nella teoria generale del reato*, Palermo, 1947, pp. 205 y 206.

(84) Cfr. von BAR: *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, 1907, vol. II, p. 277; cfr. nota 14.

(85) Ob. cit., p. 241.

(85 bis) *Die Lehre vom versari in re illicita in Rahmen des Corpus Iuris Canonici*, ZstW, t. 35, 1925, pp. 46 y ss.

que tuvo el "Versanti" la categoría de principio general. Ya vimos cómo no faltaban quienes cuando se presentaba esta hipótesis del "Versanti" atribuían incluso el fortuito. No fué así, normalmente, en el Derecho canónico, donde si bien es cierto que en algunos casos se inculpa al reo incluso el caso fortuito, sin embargo, en muchas ocasiones, bajo el influjo del Derecho romano, unido al espíritu humanitario de la Iglesia, se mantiene el criterio contrario. A la vista de los casos concretos examinados, se puede afirmar que la pena infligida a quienes casualmente delinquen, sin intención de ocasionar el resultado que se produjo, aun cuando obrasen con conducta dolosa, tiene más bien la categoría de penitencia que de verdadera pena; se funda en la dignidad y respeto que se debe al Sacramento que impide recibir, por lo que, en realidad, no constituye un verdadero supuesto de responsabilidad por el resultado.

Así, por ejemplo, en el caso contemplado por el Concilio Acyrano, c. 22, & *Eos vero*, recogido en el Decreto de Graciano (86), en el que se ordena la abstención de comulgar por cinco años a aquellos que no voluntariamente, sino "casu homicidium fecerint"; y lo mismo se puede decir del caso contemplado en C. 44 D. L., en el que se establece un castigo semejante. Eximen de toda responsabilidad cuando alguien afirma que el homicidio por él cometido no fué voluntario, sino casual, debido a un fortuito, siempre y cuando estas afirmaciones puedan ser bien probadas y no dejen lugar a dudas (87), tomando ejemplo en antecedentes del Derecho romano "quum calcis ictu mortis occasio praebita videntur"; y en otros de los supuestos examinados se pueden leer las siguientes palabras: "Crimen enim contrahitur, si et voluntas nocendi intercedat. Ceterum ea, quae ex improvise casu potius quam fraude accidunt, fato plerumque, non noxae imputantur" (88). No faltan ejemplos en los que las consecuencias no queridas que se derivan de la conducta dolosa del agente vienen castigadas incluso con cierta severidad que podría parecer excesiva, como puede observarse en el Decreto de Graciano cuando dice que (89): "Perpetuo careat officio presbyter, qui ira commotus, licet extra animum aliquem interfecerit", imponiendo este castigo "quoniam, etsi voluntatem occidendi non habuit, furor tamen et indignatio, ex quibus motio illa mortifera prodiit,

(86) C 42 D L. En el C 44 D L se dice que a los que no voluntariamente, sino casualmente cometen homicidio se les impongan penitencias de siete y cinco años, según los casos. Análoga penitencia se establece en el C 43 D L, que se refiere a un supuesto del Concilio Elberitano.

(87) Cfr. C 46 D L "Contra animam, non opus puniri", lib. IX Cod. tit. ad leg. Cornel. de sicariis (1, 5)".

(88) Cfr. C 47 D L PALEA "Item Imperator Antoninus C. ad leg. Cornel. de sicariis" y C 37 D L "Unde Urbanus II scribit Guernesio Narbonensi Episcopo".

(89) Cfr. C XXXIX D L "Unde Nicolaus Papa scribit Oswaldo Chorepiscopo Quadrantino".

in omnibus sed praecipue in Dei ministris...”; coincidiendo con aquellas palabras del mismo GRACIANO (90): “Si vero ira presbyter commotus aliquem interfecerit, etsi animum occidendi non habuerit, perpetuo tamen depositus erit”; supuestos éstos que tienen una gran semejanza con la figura de la preterintencionalidad.

No hablan los canonistas concretamente de preterintencionalidad, que, por otra parte, tampoco viene expresamente recogida en el Código, lo que, unido a las dificultades que presentan los conceptos de dolo y culpa, principalmente en lo que podríamos llamar zonas intermedias de ambas figuras, hace que no sea fácil de determinar el papel que ésta puede desarrollar dentro del mismo. Normalmente, y como lógica consecuencia del concepto de dolo existente en el Derecho canónico, los supuestos de preterintencionalidad vienen atribuidos a título de culpa. Así, WERNZ (91), para quien no cabe duda de su carácter culposo, “quia absque directa vel indirecta intentione occidendi est factum, sed culpa non caret propter ommissam debitam diligentiam in praecavendo homicidio”; y de la misma manera se expresa LEGA (92) cuando dice, a propósito de las irregularidades *ex delicto*: “Si casu, praeter voluntatem homicidium sequatur casuale, incurritur irregularitas, si hoc secutum sit ab opere cui incumbebat agens non usus necessaria diligentia, quam si interpossuisset, facile praevideri poteret vel timeri effectus dein secutus, ideo non praevisus ex culpa gravi seu ex gravi omissione debitae diligentiae...”, y continúa: “Intentionem autem iuris videtur exprimere adamussim summarium ad caput 8 ita conceptum: “homicidium casuale ita imputatur ei qui dabat operam rei illicitae vel licitae (93) secundum alium intellectum si non adhibuit omnem diligentiam quam debuit”. Es decir, que ante un resultado delictuoso, ante la gravedad de la culpa externa se debe presumir la existencia de una culpa teológica; y para LEGA (94), aun cuando el caso fortuito se opone a la voluntad de delinquir, no por eso queda excluida la irregularidad proveniente *ex quasi delicto*, o sea por culpa.

En la crítica que hace a la tesis mantenida por GASPARRI (95), quien

(90) C 38 D L “De eodem. Item Stephanus V Sichiberto Corsicae Episcopo. Qula te quasi obnoxium iudicas, eo quod a Sarracenis captus homines interfecisse videris, bene facis. Sed quoniam non tua sponte id fecisse cognosceris, inde canonice nullo modo iudicaris. Gratian. “Si vero ira presbyter...”

(91) *Ius Decretalium*, t. VI, Prati, 1913, pp. 369 y ss.

(92) *Praelectiones de iudiciis ecclesiasticis*, vol. III, Roma, 1896, pp. 396 y ss.

(93) En las Decretales se encuentran casos en los que no se imputa el homicidio casual cuando la gente obraba lícitamente y no existía culpa. Por ejemplo, en X, V, 12, 23 no se imputa el homicidio a un sacerdote que cuando sonaba las campanas para reunir a los fieles “cadens tintinabulum” hirió a un niño que murió a consecuencia del golpe.

(94) Ob. cit., p. 397.

(95) GASPARRI: n. 445; cfr. LEGA: ob. cit., ibid.

afirma que "dando operam rei illicitae irregularitatem, ut plurimum, provenire non ex defectu lenitatis aut ex delicto homicidii, sed ex delicto violatae legis", lo que hace suponer que se trata de dolo más bien que de culpa en estos casos. LEGA (96) se opone, diciendo que en los citados supuestos de prohibición de cazar, de ejercer la cirugía (97), etc., se debe considerar única y exclusivamente la existencia de culpa, alegando la culpa a la que hace alusión la célebre *regula iuris*: "culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti" (98), de cuya culpa nace la irregularidad *ex quasi delicto*.

El Código de Derecho Canónico, como ya vimos, admite solamente como títulos de imputabilidad el dolo y la culpa; luego habrá que encuadrar los supuestos de preterintencionalidad o bien dentro del dolo o bien dentro de la culpa. Es una de las cuestiones más difíciles e intrincadas del Derecho penal ésta de la delimitación de los conceptos de dolo y culpa. "Fines inter dolum et culpam—dice CHELODI (99)—, non semper, nec ab omnibus auctoribus, accurate signantur... dolus est, ex. gr. si quis ut processum obtineat, circumstantiam iuramento affirmat, nesciens utrum vera sit, at paratus periurare, si eam falsam cognoscere (dolus eventualis); dolus est si hominem in flumen proicis volens celare quam putas occidere, at revera ille demum moritur suffocatus (dolus generalis): e contra culpa est tantum homicidii, si quis vult alium ferire aut percutere, at malo fato mors sequitur (delictum praeterintentionale)". Este autor cita, pues, el delito preterintencional precisamente cuando examina las dificultades existentes en la delimitación de los campos propios y específicos del dolo y de la culpa, y sin dudar, de manera tajante y decidida, lo cataloga dentro de los delitos culposos.

Sin referirse concretamente a los supuestos de preterintencionalidad, pero sí recogiendo las hipótesis por ellas representadas junto con otros casos semejantes, MICHIELS (100) hace una serie de afirmaciones por demás interesantes, que permiten una serie de aclaraciones a la inculpación de rigidez que se viene dando a la aplicación de la pena con que se quiere castigar un hecho que en cierta manera cae fuera del querer del agente, "propter solam suam objectivam existentiam", de los hechos a los que nos venimos refiriendo. En efecto, afirma el citado autor que muchos de los

(96) Ob. cit., p. 397.

(97) En X, V, 12, 19 encontramos el siguiente caso: "Idem. Religiosus chirurgiam exeroens si ex ea mors sequitur irregularis est, etiam si sit peritus et diligens et hoc fecerit causa pietatis se cum eo post satisfactionem misericorditer dispensari potest..."

(98) Cfr. *regula iuris* en 36 D L 17.

(99) *Jus Canonicum. De delictis et poenis*, Vicenza, 1943, p. 12.

(100) *De delictis et poenis*, Lublin, 1934, pp. 108 y ss.

tratadistas, no sólo sostienen ser jurídicamente justa, sino también moralmente justa, la pena o penitencia impuesta a hechos antijurídicos “*propter soiam eorum objetivam existentiam*”; y para demostrar cuanto antecede aduce la razón de que en estos casos siempre existe una cierta *culpa moral*, culpa moral que, según la opinión de este insigne canonista, puede ser explicada en los siguientes casos:

a) por omisión “*praesumptive*” de la debida diligencia, siempre que se puso un “*opus non necessarium*”;

b) por ignorancia o no previsión del efecto que es punible, cuando el efecto se debió conocer u objetivamente se esperaba que era fácilmente cognoscible;

c) por una acción en sí honesta, pero que ha sido ejecutada con torcida o mala intención;

d) cuando el efecto es la consecuencia de una acción ilícita.

Como fácilmente puede observarse, dentro de algunos de los supuestos anteriormente enunciados está latente la figura del delito preterintencional; y esta *culpa moralis* que dice MICHIELS, substancialmente se puede identificar con aquel nexo psicológico al que se hizo alusión al estudiar tanto el “*Versanti in re illicita*” como el concepto y fundamento de la preterintencionalidad.

Antes de pasar adelante resulta de gran interés, para mejor comprender cuanto después se dirá, recoger la definición de dolo que da el *Codex Iuris Canonici*. En el canon 2.200 dice así: “*Dolus heic est deliberata voluntas violandi legem*”, y en el párrafo segundo establece una presunción que ayudará, sin duda, a interpretar este problema: “*posita externa legis violatione dolus in foro externo praesumitur, donec contrarium probatur*”. En el delito preterintencional, como ya es sabido, existe la deliberada intención de violar una ley; es éste el primero de sus elementos, la conducta dolosa que constituye el “*primum delictum*”, el delito base. Ante un hecho preterintencional, como el resultado que va más allá de la intención sin ningún género de duda supone una externa violación de la ley—en algunos casos puede ser la misma que se pretendía infringir con el primer delito, aunque en grado mayor; en otros, una ley diversa—, a primera vista parece ser que se ha de acudir al dolo para explicar dentro del *Codex Iuris Canonici* el fundamento de la preterintencionalidad. Un ejemplo hará entender mejor esto: en el caso del homicidio preterintencional, el resultado: muerte, violación de la ley que prohíbe quitar la vida al prójimo, según el *Codex Iuris Canonici* hace suponer la existencia del dolo; pero, por otra parte, el concepto de dolo implica que el resultado haya sido querido

por el agente, y en este caso es evidente que no lo es, por lo que, interpretando rectamente la presunción de dolo establecida por el mismo Código, solamente al amparo del dolo indirecto de la antigua doctrina se podría afirmar la naturaleza dolosa de los hechos preterintencionales. No parece oportuna esta solución, que en cierta manera concuerda con la tesis de GASPARRI, y más si se tiene en cuenta que comúnmente casi todos los canonistas están de acuerdo en sostener la inaplicabilidad del concepto del dolo indirecto al Derecho canónico (101).

MICHIELS (102), a la pregunta "effectus ille antiiuridicus estne tunc omni imputabilitate criminali destitutus, vel e contra, aliquando saltem, agentis in delictum imputandus?", responde haciendo una triple distinción:

a) Si el resultado antijurídico que va más allá de lo querido por el agente de ninguna manera pudo ser previsto o, en caso de que pudiera serlo, no fué posible evitarlo, entonces nos encontramos ante el supuesto del caso fortuito que excluye toda imputabilidad;

b) si fué previsto y se pudo evitar "absolute loquendo", pero de una manera positiva el agente no debió impedirlo, tampoco le puede ser imputado como delito;

c) si debió ser previsto y pudo ser evitado y usando la diligencia debida y oportuna pudo ser previsto e impedido, pero por negligencia del agente no fué previsto, etc., entonces existe la culpa jurídica de la que hablan los cánones 2.199 y 2.203.

Exige este autor la concurrencia de una serie de requisitos y condiciones, tanto de parte del sujeto como del objeto Por parte del sujeto: "1) ut effectus antiiuridicus praevideri et impediri debuerit; 2) ut effectus antiiuridicus adhibita diligentia communi ab hominibus prudentibus in similibus circumstantiis adhiberi solita praevideri, et si praevistus, impediri potuerit; 3) ut effectus antiiuridicus de facto propter culpabilem negligentiam ab agente non fuerit praevistus, vel saltem, si praevistus, propter omissionem cautionum non saltem diligenter impeditus". Por parte del objeto exige: "1) ut effectus antiiuridicus revera ortus fuerit; 2) ex actione vel omissione agentis; 3) tanquam ex causa efficiendi proprie dicta".

(101) WERNZ-VIDAL, en su *Ius Canonicum*, vol. VII, Roma, 1937, p. 59, afirma: "In iure Codicis dolus tamen semper est directus", y ROBERTI, en *De delictis et poenis*, Roma, 1944, p. 90, después de afirmar que en estos casos "ex mente omnium doctorum habetur culpa", no duda en escribir que "verius, praesertim ex Codice nostro, dolus est semper directus; illi vero qui ab aliis doctoribus dolus indirectus dicitur, rectius speciem culpae constituit".

(102) Ob. cit., pp. 108 y ss.

El Código, por su parte, en el canon 2.203, § I, establece un concepto de culpa de grande interés para nuestro fin: "... quod si rem praeviderit, et nihilominus cautiones ad eam evitandam omiserit, quas diligens quisvis adhibuisset, culpa est proxima dolo". Esta *culpa proxima dolo* del *Codex Iuris Canonici*, al menos en cuanto a las palabras, hace recordar la *culpa dolo determinata* de FEUERBACH y el *dolo misto a culpa* de la doctrina italiana; incluso, las fuentes de este canon citadas por el legislador encierran casos de homicidio preterintencional, sin que esto quiera decir que la "culpa proxima dolo" del Código deba ser identificada con la preterintencionalidad.

ROBERTI (103), al estudiar el concepto de culpa en el Derecho canónico, dice que, en ocasiones, "culpa potest cummulare cum dolo" cuando se busca un determinado resultado, pero obrando negligentemente se origina otro mayor, por ejemplo: quien, pretendiendo solamente herir, mata. Al hablar en páginas anteriores del concepto de la preterintencionalidad tuvimos ocasión de estudiar el influjo de la previsión y la previsibilidad en relación con esta materia y de aludir a las dificultades que consigo llevaba delimitar uno y otro de estos conceptos, por lo que no es de extrañar que las opiniones de los canonistas fluctúen, y más teniendo en cuenta que el concepto de dolo del Derecho canónico no admite el previsto y querido, como en Derecho penal es comúnmente admitido, sino que se ciñe únicamente a la "deliberata voluntas violandi legem", por lo que resulta aún más difícil establecer los límites que separan la previsión del querer en estos casos. Ya se dijo que el "praesumitur" del canon 2.200 facilitaba la interpretación de esta escabrosa materia. En efecto, por medio de esta presunción y del "donec contrarium probetur", se puede excluir el dolo en las hipótesis de preterintencionalidad; y, por otra parte, deja la puerta abierta y hace posibles las opiniones de algunos canonistas, quienes en materia de previsión, cuando el efecto se prevé como cierto e inevitable, juzgan que existe dolo en vez de culpa. MICHIELS (104), por ejemplo, afirma que si se prevé el efecto "ut certum et inevitabilem", en este caso hay dolo; y si la previsión es solamente "ut possibilem vel probabilem", nos encontramos ante un supuesto de sola culpa "etsi proxima dolo". Más lejos va LATINI (105), para quien si fué previsto y no impedido *ex negligentia cautionum*, juzga existe dolo: "omnia doli elementa concurrunt, intellectus qui praevideit et voluntas quae ea praevisione non obstante, actum imperavit";

(103) Ob. cit. p. 93.

(104) Ob. cit., ibid.

(105) *Iuris Criminalis Philosophici. Summa Lineamenta*, Torino-Roma, 1924, p. 80.

la certeza de que el efecto se seguiría hacer, para este autor, que nos encontremos ante una hipótesis de dolo en vez de culpa.

Tal y como están reguladas estas materias en el *Codex Iuris Canonici*, a nuestro entender, los supuestos de preterintencionalidad deberán ser considerados como una hipótesis más de culpa, aunque próxima al dolo, sin que esto quiera decir, a pesar de la semejanza de las palabras, que la *culpa dolo próxima* del *Codex Iuris Canonici* pueda identificarse con la preterintencionalidad, puesto que los redactores del Código no tuvieron en cuenta ésta como título de imputabilidad *a se*, lo que hace que las dificultades para encuadrarlo dentro del Código sean difíciles de resolver.

JUAN DE UDAONDO BARINAGARREMENTERIA, Pbro.

Doctor en Derecho civil y canónico, de la Delegación
del Consejo Superior de Investigaciones Científicas
en Roma