

Hacia una nueva interpretación de la eximente de caso fortuito

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO

Ayudante de Derecho Penal de la Universidad de Madrid

SUMARIO: 1. Noción teórica de caso fortuito.—2. El caso fortuito con relevancia jurídico penal.—3. Noción legal de caso fortuito y naturaleza jurídica de la eximente octava.—4. La eximente octava y el *versari in re illicita*.—5. El principio del *versari* en los tiempos de la Codificación.—6. Bases para una nueva interpretación de la eximente octava.—7. La misión lógica del artículo 64 del Código penal.

1. Cuando se dice que un resultado se ha producido *por caso*, se pretende significar que se ha verificado en contra o, al menos, fuera de la posibilidad de previsión (1). En este sentido, ha declarado ya nuestro Tribunal Supremo que *fortuito es lo que no puede preverse* (2).

La acepción vulgar que entiende por caso lo debido al azar o a la fortuna, la negación de toda causa o la exclusión del orden, viene siendo repudiada filosóficamente desde la antigüedad. La imposibilidad de encontrar un defecto de causa en el mundo fenoménico, indujo siempre a configurar la noción de caso fortuito en relación con nuestros poderes cognoscitivos (3). Como dice Maggiore, no hay fenómeno que no se armonice al orden universal, ni existe hecho que no se inserte en una serie causal. Todo acontecimiento que se produce en el campo natural es la resultante de acontecimientos antecedentes y, a su vez, generador de acontecimientos subsiguientes. Nada es fortuito—concluye Maggiore—respecto al orden universal (a Dios), sino respecto a la deficiencia de nuestro intelecto (4).

Desde esta perspectiva es necesario concluir que no es posible situar lógicamente la noción de caso fortuito en el mundo objetivo,

(1) F. GRISIGNI, *Diritto Penale Italiano* II (Milano, 1952), p. 112.

(2) Sentencia de 30 de enero de 1960.

(3) Por lo que hace a una exposición detallada de las teorías logicocientíficas elaboradas en torno al caso, sobre las cuales no podemos detenernos en un trabajo como el presente, cuyo propósito es tan sólo ofrecer una interpretación de un punto concreto del Derecho positivo, nos remitimos, desde ahora, al libro de A. SANTORO, *Il caso fortuito nel Diritto Penale* (Torino, 1956), p. 15 ss., y al artículo de A. PECORARO-ALBANI, *Caso e causalità*, Estratto dalla rivista *Archivio Penale* (marzo-abril 1960), p. 6 ss.

(4) G. MAGGIORE, *Diritto Penale* I, 1 (Bologna, 1951), p. 384.

donde rige intransigente el principio causal (5), y se hace indispensable reconducirla a lo que se ha llamado su propia sede: la subjetividad humana (6). Cuando se pretende desplazar el caso fortuito al mundo objetivo y concebirlo como un principio más del acaecer, no se hace sino elevar nuestra ignorancia a razón negadora del principio causal y el desplazamiento resulta, por esto mismo, insostenible.

Una vez situada la noción de caso fortuito en el mundo subjetivo, se comprende fácilmente que se la pretenda explicar desde el plano de la ignorancia. Fortuito es todo aquello que se nos presenta como causado por una fuerza desconocida o incalculable, pero no por ello menos existente. Lo fortuito —se dice— expresa la zona de sombra proyectada por nuestra ignorancia sobre el campo de la causalidad (7), y lo que con frecuencia llamamos azar o fortuna no es más que el orden del universo en cuanto huye a la previsión humana (8). Desde este ángulo visual, la lucha por la ciencia no deja de presentarse, en cierto

(5) Como es sabido, la nueva física hizo entrar en crisis la idea de la ley de causalidad, tal como la había expuesto la física tradicional. Basta recordar toda la teoría explanada en torno al principio de *indeterminación* de Heisenberg. Sin desconocer este hecho, en el texto nos mantenemos dentro de la tradición científica naturalista. En idéntico sentido, G. BETTIOL, *Il Problema Penale* (Palermo, 1948), p. 63.

Es preciso no olvidar que no es forzoso interpretar dicho principio como una negación del determinismo. Con mucha finura ha subrayado X. ZUBIRI, *Naturaleza, Historia, Dios* (Madrid, 1955), p. 261 s., que el principio de Heisenberg más que negar que las cosas están relacionadas entre sí por vínculos *determinantes*, afirma que semejante determinación carece de sentido físico y, por consiguiente, el principio de indeterminación no implica necesariamente una renuncia de la idea de causa. Como puntualiza el propio Zubiri, p. 265, el principio de indeterminación no es, de esta suerte, "un principio de ontología general", como si pretendiera negar la existencia de la causalidad, sino más bien un principio de "ontología regional".

También de interés J. LOIS ESTÉVEZ, *Estudios sobre los fundamentos de una nueva ciencia jurídica* (Santiago de Compostela, 1954), p. 174 s., quien, después de haberse planteado la cuestión de la repercusión que tendría el mencionado principio sobre la concepción filosófica de causa, estima que la respuesta es muy simple y habrá de darse partiendo de la idea de que "la incognoscibilidad de las conexiones interfenómicas no prejuzga en nada la cuestión de su dependencia causal, puesto que el desconocimiento de un hecho no es razón para negar su existencia".

(6) G. MAGGIORE, *Diritto Penale* cit., p. 384.

(7) F. CARNELUTTI, *Teoría General del Delito* (trad. Víctor Conde). (Madrid, 1941), p. 130.

(8) F. CARNELUTTI, *Lezioni di Diritto Penale. Il Reato I* (Milano, 1943), p. 153.

El que ya en el campo puramente teórico se asiente la noción de caso fortuito en el plano de la ignorancia, explica satisfactoriamente que luego, en el ámbito estrictamente jurídico, se le incardine, con relativa frecuencia, en la teoría del error. Entre nosotros, por ejemplo, insiste Ferrer Sama en explicar el caso dentro de la teoría general del error. Vid. A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal I* (Murcia, 1946), p. 214 ss., y *El error en Derecho Penal* (Murcia, 1941), p. 25 s. No hay que olvidar que, si bien es cierto que los conceptos de ignorancia y error son distintos, todavía corren la misma suerte en muchos trances jurídicos. Cfr., por ejemplo, E. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal II* (trad. J. A. Rodríguez Muñoz). (Madrid, 1957), p. 106.

modo, como la gran lucha por ir ganando terreno al ámbito de lo fortuito. Carnelutti pudo escribir que si el hombre conociese a fondo todas las leyes causales, la idea de fortuito no tendría ya razón de ser y que, con algún optimismo, podría pensarse que esta noción está llamada a ir restringiéndose poco a poco o incluso a desaparecer (9).

Esta dirección de pensamiento puede admitirse como un correcto punto de partida, desde el momento en que a ella corresponde el mérito de haber radicado en su propio mundo la noción del caso, al que concibe, no como un principio del acaecer, sino como expresión de la limitación de nuestras facultades cognoscitivas. Pero, admitido este punto de partida, una mayor precisión de la idea de fortuito se obtiene echando mano de la contraposición lógica entre *general* y *accidental* (10).

Aristóteles definía lo accidental como lo que pertenece a un ser y puede ser afirmado de él en verdad, pero no por ello es necesario ni constante. *Accidente* se contrapone, de este modo, a esencial y necesario. Accidente es lo que no pertenece a la esencia de la cosa, a la cosa en sí, sino, todo lo más, a la cosa en un determinado lugar y en un tiempo determinado. El accidente representa lo que puede existir o no existir, presentarse o no presentarse, sin alteración esencial del objeto (11). Justamente por este carácter no necesario, sino contingente e indeterminado de lo accidental, afirmaba Aristóteles que no hay ciencia del accidente (12).

La observación aristotélica ofrece un gran valor para precisar la noción de caso fortuito. Se llama fortuito al resultado imprevisible, pero lo imprevisible es precisamente lo que escapa a un auténtico conocimiento. Frente a una determinada acción podemos llegar a conocer, con más o menos detalle, sus efectos necesarios y, en consecuencia, sentar una regla general, hacer "ciencia" —que diría Aristóteles—, pero quedan al margen de este conocimiento sus efectos contingentes, los que derivan de la misma acción en un lugar y en un tiempo concretos, por ejemplo, debido al cruce con otra cadena causal. Estos resultados de una acción que escapan a la ley general de la propia acción se presentan, pues, como accidentes. De esta suerte, como observa Pecoraro-Albani, el concepto de caso como lo imprevisible se reviste del carácter lógico de la accidentalidad. El resultado fortuito no es reconducible a la regla, e incluso si en el caso concreto debía necesariamente verificarse, porque se daban todas las condiciones que debían producirlo, aparece como accidental en relación con el general y esencial desarrollo causal de una cierta acción. Se asiste —escribe Pecoraro-Albani— a un proceso de generalización de los acontecimientos, con la consecuencia de que aquellos que no entran en la regla se consideran la excepción, el accidente, el caso (13).

(9) F. CARNELUTTI, *Teoría general del Delito* cit., p. 130.

(10) Cfr. A. PECORARO-ALBANI, *Caso e casualità* cit., p. 14.

(11) J. FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofía* (México, 1944), p. 8 s.

(12) J. FERRATER MORA, *Diccionario* cit., p. 9.

(13) A. PECORARO-ALBANI, *Caso e causalità* cit., p. 15.

En definitiva, es exacto el cuadro lógico que diseña Pecoraro-Albani cuando afirma que el caso no es más que la cualificación de un acontecimiento, fundada sobre tres consideraciones:

a) La imposibilidad de explicar el verificarse de un hecho a la luz de nuestros conocimientos. La limitación de las facultades cognitivas humanas está a la base de la noción. No poseemos un conocimiento tal de la realidad que nos permita conocer todo lo que sucede, dada la continua evolución de los fenómenos humanos y naturales y su complejo entrecruzarse.

b) De un modo más concreto, la aludida imposibilidad de conocimiento se revela como imposibilidad de encuadrar el hecho en el ámbito de ciertas reglas. El caso se ofrece como el hecho aislado, el hecho extraño a la regla. Es la excepción, el accidente, que podía no haber sido. Pero la regla es previsión y, por esto mismo, todo lo que está al margen de ella se manifiesta como imprevisible, caso.

c) Todo hecho responde al principio universal de causa, pero un hecho no es consecuencia de una sola condición, sino de un complejo de condiciones. El caso se manifiesta como el resultado del entrecruce irregular y, por ende, imprevisible de diversas condiciones causales (14).

2. Si se quiere, puede utilizarse una denominación amplia de caso fortuito bajo la cual se cobijen incluso los puros acontecimientos naturales, que se produjeron sin la participación de la conducta del hombre. Si se tienen en cuenta las premisas sobre las que se asienta la noción de caso fortuito, parece innegable que también el naturalista que contempla, en su laboratorio, como mero espectador, el desarrollo de un proceso causal puede encontrarse con un resultado imprevisible, que se le presenta como un auténtico accidente, y, si le place, puede hablar legítimamente de un resultado fortuito.

Se plantea, de esta manera, una pura cuestión terminológica, que no es todavía la cuestión clave de la relevancia jurídica del caso. Dice, por ejemplo, Antolisei: "Tampoco debe *hablarse* de caso fortuito respecto a los acontecimientos de la naturaleza que sin la participación del hombre hayan producido un resultado dañoso, como, por ejemplo, el terremoto, el golpe de viento, etc." (15). Y la observación es válida sólo si se contrae al caso fortuito relevante para el Derecho penal. En efecto, no tiene sentido para el penalista hablar de caso fortuito cuando se encuentra frente a puros fenómenos naturales en cuyo desarrollo no participó actividad humana alguna, porque los puros fenómenos naturales no son destinatarios de las normas jurídicas.

Moviéndose en el plano de una criticable concepción naturalística del caso (16), ya enseñaba Carrara que el caso fortuito sólo adquiere relevancia jurídica cuando se interfiere con una conducta humana. Su

(14) A. PECORARO-ALBANI, *Caso e causalità* cit., p. 19 s.

(15) F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale* (Milano, 1960), p. 277.

(16) Cfr. A. PECORARO-ALBANI, *Caso e causalità* cit., p. 24 ss.

punto de partida le obligó a establecer dos conceptos del caso, uno *absoluto*, cuando se considera en sí mismo, independiente de todo curso del hombre, y otro *relativo* (17), cuando se toma en consideración en sus relaciones con un acto libre del hombre, para afirmar seguidamente que sólo este último es el que interesa estudiar y definir al jurista (18). Con lo dicho basta para darse cuenta de que el caso fortuito relevante ofrece una estructura compleja. El propio Carrara lo advirtió, a su tiempo, cuando aseguró que el concepto de caso que interesa al jurista se da cuando "el hombre lo haya *coadyuvado* en sus operaciones" (19).

Ciertamente no puede compartirse el concepto de caso que maneja Carrara. Es suficiente la frase transcrita para comprender como el caso se identifica, en el pensamiento de Carrara, con el simple elemento natural que se interfiere con el acto humano. Se habla de que el hombre haya *coadyuvado* el caso en sus operaciones, cuando lo cierto es, como puntualiza Pecoraro-Albani, que el caso no está constituido, en estos supuestos, ni por el simple elemento natural ni por la simple conducta del hombre, sino que deriva justamente de la imprevisible conexión de ambos (20). Por lo demás, para rechazar esta concepción naturalista del caso basta observar cómo el caso fortuito puede derivar de la incalculable convergencia de dos conductas humanas, por ejemplo, de la conducta del automovilista y de la conducta de la víctima, con lo que no puede hablarse ya de un puro elemento natural que venga a coadyuvar con un acto libre del hombre. El caso deriva, en esta hipótesis, de la conexión ocasional de dos actos libres del hombre.

Pero dejando a un lado estos reproches que pueden hacerse al maestro italiano por su concepción naturalística a ultranza del caso, interesa destacar aquí cómo para él era indudable que el caso sólo deviene relevante cuando existe por medio *un acto libre del hombre*, "de suerte que para producir el efecto especial que se examina, el hombre haya participado de manera tal que sin esa participación el caso sólo no habría podido producir aquel determinado efecto" (21). Con esto, en el fondo, Carrara aludía a las dos notas que condicionan la relevancia juridicopenal del caso. El caso fortuito es relevante cuando se dan estas dos características:

a) La participación de una conducta humana en la producción del resultado imprevisible.

b) Que esa participación pueda calificarse de *conditio sine qua non* del resultado accidental.

En este sentido, si al contemplar la noción genérica de caso fortuito hemos visto cómo se hacía preciso desechar la idea del caso

(17) Una crítica de esta distinción carrariana puede verse en A. SANTORO, *Il caso cit.*, p. 72.

(18) F. CARRARA, *Sobre el caso fortuito*, en *Apéndice al Programa de Derecho Criminal X* (trad. Soler-Gavier-Núñez). (Buenos Aires, 1949), p. 41 y 43.

(19) F. CARRARA, *Sobre el caso cit.*, p. 41.

(20) A. PECORARO-ALBANI, *Caso e causalità cit.*, p. 25.

(21) F. CARRARA, *Sobre el caso cit.*, p. 41.

como negación del principio causal, comprobamos ahora, al descender al campo lógico-jurídico de la relevancia del caso, cómo a la base del caso fortuito relevante ha de estar siempre una conducta humana causal. Se puede afirmar, pues, que la conducta humana es siempre causal en el caso relevante, en tanto ha de aparecer necesariamente como *conditio sine qua non* del resultado imprevisible. No debe olvidarse, al respecto, que cualquiera que sea la doctrina que se acepte, a efectos de responsabilidad penal, en orden a la relación de causalidad (22), en el plano puramente lógico la única que tiene validez es la doctrina de la equivalencia de las condiciones (23).

Si la acción humana no se presenta como *conditio sine qua non* del resultado imprevisible, es claro que el caso fortuito pierde inmediatamente su relevancia jurídicopenal. Si ese resultado es perfectamente pensable, y de hecho se verificó, con absoluta independencia de la fuerza causal del hombre, deja de interesar al Derecho penal, cuya puerta sólo suele abrirse a la acción humana. Podrá enjuiciarse como peligroso o dañoso y, en consecuencia, ser objeto de un tratamiento de policía social (24), pero nunca de un juicio jurídicopenal que, en el fondo, es casi siempre un juicio ético y, por ello, inseparable del hombre.

Por consiguiente, en el caso fortuito relevante es posible apreciar claramente un doble aspecto. Por un lado, una conducta humana, o lo que es lo mismo, la puesta en práctica de una serie causal conocida tendente a un resultado, y por otro, una interferencia de fuerzas causales desconocidas, imprevisibles e incalculables, que se “insertan por sorpresa” —para decirlo con Maggiore— en aquella conducta, produciendo un resultado imprevisible (25). A la vista de esta estructura bifronte es posible hacer una ulterior observación que es sumamente interesante tenerla presente a la hora de interpretar la eximente octava del artículo 8 del Código penal español. Es evidente que la aparición del resultado imprevisible no implica la no producción del resultado previsto y al cual se tendía con la conducta puesta en práctica y, por supuesto, no implica la desaparición de esa conducta en su idoneidad para producirlo. De modo que, al lado del resultado imprevisible, encontraremos verificado, muchas veces, el resultado respecto al cual se había previsto como causal la acción desplegada y, cuando menos, subsistirá siempre una acción humana, un acto libre del hombre —que diría Carrara—, porque

(22) Sobre las doctrinas penales formuladas en torno a la relación de causalidad, siempre de interés F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel Diritto Penale, ristampa* (Torino, 1960).

(23) B. PETROCELLI, *Principi di Diritto Penale I* (Napoli, 1955), p. 300. Cfr., entre nuestros autores, L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La relación de causalidad y la responsabilidad criminal*, en *El Criminalista II* (Buenos Aires, 1950), p. 125 ss. Por lo que se refiere al concepto filosófico de causa, vid., en nuestra doctrina, la monografía de F. DÍAZ PALOS, *La causalidad material en el delito* (Barcelona, 1954), p. 15 ss.

(24) G. BETTIOL, *Diritto Penale* (Palermo, 1958), p. 374.

(25) G. MAGGIORE, *Diritto Penale cit.*, p. 386.

sin él no es posible, como queda dicho, la existencia del caso fortuito relevante.

3. Admitido que el caso fortuito opera como causa de exención de responsabilidad criminal, la doctrina se muestra discordante llegado el momento de encuadrar sistemáticamente, dentro de la teoría jurídica del delito, esa causa de exención. El caso fortuito puede entenderse como un defecto de conducta (26), o bien como una circunstancia que afecta específicamente a la relación de causalidad haciéndola desaparecer (27), o como una causa de justificación (28), o puede configurarse en estrecha relación con la imputabilidad (29), o bien estimarlo como una causa de inculpabilidad, pudiendo, dentro de esta última dirección, considerarlo como negación de las formas de la culpabilidad (30) o como circunstancia que imposibilita una motivación de la voluntad diversa de la que efectivamente tuvo lugar (31).

Este problema sistemático, como muchos otros de nuestra disciplina, no puede resolverse de un modo abstracto o genérico, sino sólo siguiendo muy de cerca la pauta que nos marca un determinado *ius positum*. Carece de sentido pretender una solución con aspiraciones de validez general, cuando, aun partiendo exactamente de un mismo concepto teórico de caso fortuito, la inclusión sistemática de la eximente ha de variar necesariamente, según la concreta concepción que el Derecho positivo haya adoptado respecto a los elementos esenciales del delito.

Ante un Derecho penal que hubiese aceptado una doctrina finalista a ultranza de la acción, podría incluso llegar a sostenerse una estimativa del caso como ausencia de conducta, puesto que, en definitiva, en el caso fortuito, toda vez que la noción se asienta precisamente sobre un desconocimiento causal, le falta al sujeto el dominio final de la acción respecto al resultado imprevisible. Por definición, la acción es, respecto al resultado fortuito, no "vidente", sino justamente "ciega". Pero la conclusión tendría que ser muy otra frente a un Derecho penal que apoye sobre una consideración puramente causal de la acción.

Si un determinado Derecho positivo aparece montado sobre una concepción normativa de la causalidad, mediante la cual pretende corregir, a efectos de responsabilidad, incluso recurriendo a criterios psicológicos (32), la excesiva amplitud de la noción lógico-naturalística de causa como simple *conditio sine que non*, puede ser hacedero con-

(26) Cfr. A. SANTORO, *Il caso cit.*, p. 68 ss.

(27) Así, por ejemplo, F. GRISPIGNI, *Diritto Penale cit.* II, p. 112.

(28) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal I* (Madrid, 1946), p. 122 ss.

(29) K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung II*, (Leipzig, 1914), p. 82 ss.

(30) R. DOLCE, *Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel Diritto Penale* (Milano, 1957), p. 15.

(31) G. BETTIOL, *Diritto Penale cit.*, p. 373.

(32) Cfr. F. ALIMENA, *La colpa nella teoria generale del reato* (Palermo, 1947), p. 67.

cebir el caso como negación del nexo causal (33). Pero la conclusión ha de ser diametralmente opuesta si el Derecho con el que nos enfrentamos aparece informado por un pensamiento causalista extremo.

La misma diversidad de conclusión se producirá en orden a la estimación del caso como causa de justificación, según el *ius positum* acoja una concepción estrictamente personal y subjetiva del injusto (34) o bien entienda que para hablar de un injusto basta la presencia del coeficiente psíquico de la acción, que todavía no es el contenido de la voluntad (35) y, por consiguiente, aparezca fundamentado prevalentemente en una concepción objetiva de la antijuricidad.

El Código penal español se ocupa de una hipótesis de caso fortuito, aunque sin aludir a esta denominación, en el número 8.º del artículo 8, al establecer: "*Está exento de responsabilidad criminal el que, en ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente, sin culpa ni intención de causarlo*". Este precepto, en el que se revela, como ha observado Del Rosal, una extremada preocupación por describir y un excesivo lujo de detalles (36) —tanto así que facilita al intérprete el trasplante de nociones teóricas—, permite deducir de qué modo concibe el caso fortuito el Derecho penal español y qué lugar sistemático le reserva dentro de la teoría jurídica del delito.

Se exige por la ley, como primer presupuesto, la existencia de un acto (*ejecutar un acto*) o, lo que es igual, de una conducta humana, desde el punto y hora que es capaz de soportar el calificativo de *lícita*. En segundo término, requiere el texto legal que esta conducta produzca, como *mero accidente*, un resultado. La conducta del sujeto viene estimada por la propia ley incluso como causa del resultado accidental (*el que, ..., causa un mal por mero accidente*).

Estas dos exigencias del Derecho positivo español nos permiten avanzar ya dos conclusiones. En nuestra dogmática no puede considerarse el caso como ausencia de acción ni tampoco como negación de la relación de causalidad. El Código estima que en el caso fortuito existe una acción y que esta acción es causa del resultado imprevisible. La estimativa legal revela, a las claras, hasta qué límites extremos se apoya nuestro Código en el principio causal (37).

(33) Esta consideración sistemática del caso va ganando cada vez más terreno en la dogmática italiana. Vid. A. SANTORO, *Il caso* cit., p. 291 ss.; A. MALINVERNI, *Il rapporto di causalità ed il caso*, en *Riv. ital. di diritto penale* (1959), p. 67 ss., y A. PECORARO-ALBANI, *Caso e causalità* cit., p. 46 ss. Pero es aleccionador que se llegue a esta estimación por considerarla adecuada a unos preceptos concretos, cuales son los artículos 45 y 41 del Código Rocco.

(34) Por lo que hace a la importancia de la teoría del injusto personal en la actual ciencia penal, vid. la sugestiva exposición de T. WÜRTEMBERGER, *Die geistige situation der deutschen Strafrechtswissenschaft* (Karlsruhe, 1957), p. 47 ss.

(35) Cfr. G. BETTIOL, *Diritto Penale* cit., p. 227.

(36) J. DEL ROSAL, *Derecho Penal Español I* (Madrid, 1960), p. 446.

(37) J. DEL ROSAL, *Derecho Penal* cit. I, p. 447. Este pensamiento causalista se trasluce, como es natural, en las resoluciones del Tribunal Supremo, que

Si se avanza en el análisis del precepto, nos encontramos con que el resultado accidental viene calificado como un *mal*. Aunque, en verdad, la terminología legal es vacilante en esta materia, no hace falta salirse del propio marco del artículo 8 para encontrar puntos de referencia que permitan aclarar lo que debe entenderse, en este caso, por *mal*. Los hay ya en el número inmediatamente anterior, que reza así: "El que impulsado por un estado de necesidad para evitar un mal propio o ajeno, *lesiona el bien jurídico de otra persona o infringe un deber*, siempre que concurran los requisitos siguientes: Primero. *Que el mal causado*, etc.". *Mal causado* se identifica, de este modo, con la lesión de un bien jurídico o la infracción de un deber. En otros términos, *mal* equivale a lesión jurídica y viene a coincidir con el concepto de daño entendido como la valoración jurídica de aquel efecto natural que constituye el resultado de la acción (38). Está clarísimo que nuestro Código no mantiene un significado único. En el párrafo transcrito, dedicado al estado de necesidad, ya se aprecia que las dos veces que emplea el término *mal* lo hace en sentidos diferentes, pero el mismo Código advierte y da pie para sostener la diferencia. El *mal* que fundamenta el estado de necesidad está entendido en un sentido totalmente naturalístico, tan así que ni siquiera es preciso que provenga de una conducta humana y, por lo demás, no es susceptible, en ningún caso, de soportar el calificativo de lesión de un bien jurídico o infracción de un deber, lo cual equivaldría a una valoración de antijuricidad (en tal supuesto, estaríamos a presencia de una agresión ilegítima que nos conduciría al terreno de la legítima defensa y nos alejaría de la hipótesis de estado de necesidad), en tanto el *mal* que se causa como consecuencia del estado de necesidad es para el Código un *mal causado* por una acción humana que "lesiona un bien jurídico o infringe un deber".

Volviendo de nuevo al caso fortuito, se comprueba que también aquí el resultado es un *mal causado* por una acción humana (*el que, ..., causa un mal por mero accidente*), y precisamente en aras a que la lesión del bien jurídico se presenta producida por una conducta humana, el término *mal* es capaz de servir de vehículo a una significación valorativa. En consecuencia, cabe afirmar que en el caso fortuito, tal como lo entiende el Derecho positivo español, existe acción, existe nexo causal y existe un daño. Podemos, pues, adelantar una nueva conclusión. En la dogmática española tampoco podrá configurarse el caso como causa de exclusión de la antijuricidad. La conclusión no es extraña si se repara en los principios sobre los que se mueve nuestra vigente legislación que, como dice Del Rosal, revaloriza la llamada

lo rubrica con expresiones como ésta: "que el acto lícito del que *resultó* el mal", etcétera. Vid. la sentencia de 2 de marzo de 1961.

(38) Como advierte G. BETTIOL, *Diritto Penale* cit., p. 237, naturalísticamente hablando el daño no existe; existen tan sólo resultados, alteraciones de las condiciones ambientales preexistentes al actuar del sujeto, pero estos acontecimientos sólo asumen el nombre de daño cuando se valoran como lesivos de una situación que interesa la vida de relación entre los hombres.

concepción objetiva de la antijuricidad (39). Moviéndose sobre el filo de esta concepción objetiva, después de haber afirmado expresamente la existencia de una acción y de una relación de causalidad, es natural que el Código mantenga también, consecuentemente, la existencia de antijuricidad en el caso fortuito.

Por otra parte, el texto legal contiene una referencia expresa, destacada acertadamente por Ferrer Sama (40), que sitúa al intérprete en el camino que debe seguirse para la colocación sistemática de la eximente. El caso fortuito exime de responsabilidad porque, respecto al resultado accidental, el agente no ha tenido *ni culpa ni intención*. Es decir, nuestro *ius positum* estima el caso como causa de exclusión de la culpabilidad (41) y, más correctamente todavía, como causa negadora de las formas de la culpabilidad. Para la ley la característica clave es la de que el resultado se ha producido sin culpa ni dolo.

El Código penal español estima, pues, el caso fortuito como ausencia de culpabilidad y lo hace de la manera más correcta, al entenderlo como negación del dolo y de la culpa. Incluso constituye un acierto, desde el punto de vista teórico, que haya contrapuesto el resultado fortuito no sólo a la culpa sino también al dolo, no prestando así el flanco a las objeciones que suelen dirigirse contra la doctrina que contrapone unilateralmente el caso a la culpa (42).

Sistemáticamente habrá de considerarse la eximente octava como causa de exclusión del dolo y de la culpa, y no como causa de inculpabilidad en sentido estricto. Como es sabido, dentro de la dirección que concibe el caso genéricamente como causa de exclusión de la culpabilidad, se discute si debe entenderse como negación de las formas de la culpabilidad o bien como causa de inculpabilidad en sentido estricto. Así, por ejemplo, Bettiol cree que el caso es una causa de exclusión de la culpabilidad porque imposibilita la exigencia de un comportamiento diverso al sujeto (43). Semejante postura es, en el fondo,

(39) J. DEL ROSAL, *Derecho Penal* cit., I, p. 296.

(40) A. FERRER SAMA, *Comentarios* cit. I, p. 213.

(41) Esta opinión constituye, entre nosotros, doctrina dominante. Véanse, por todos, E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal I* (Barcelona, 1960), p. 509 s.; A. FERRER SAMA, *Comentarios* cit. I, p. 212 ss.; F. PUIG PEÑA, *Derecho Penal I* (Madrid, 1955), p. 238. Observándose la tendencia a calificar el caso fortuito como límite de la culpabilidad. Vid. J. DEL ROSAL, *Derecho Penal* cit. I, p. 446, y del mismo, *Comentarios a la doctrina penal del Tribunal Supremo* (Madrid, 1961), p. 6.

Mención aparte merece A. QUINTANO RIPOLLÉS, que si bien en un principio, *Comentarios al Código Penal* cit. I, p. 122 ss., parecía considerarlo como causa de justificación al escribir que "concebido como circunstancia eximente, el caso fortuito, al destruir su mera existencia la antijuricidad del acto, será, a no dudarlo, causa de justificación y hasta de archijustificación, si cupiera este concepto", posteriormente, *Compendio de Derecho Penal I* (Madrid, 1958), p. 223, lo vincula más estrechamente a la culpabilidad, considerándolo como "el límite extremo de la culpabilidad, en el que ésta no es penalmente exigible".

(42) Cfr. A. PECORARO-ALBANI, *Caso e causalità* cit., p. 29 s.

(43) G. BETTIOL, *Diritto Penale* cit., p. 373 s.

Alguna resolución de nuestro Tribunal Supremo, como, por ejemplo, la sentencia de 29 de febrero de 1960, parece aceptar este pensamiento cuando de-

incorrecta porque dentro de la teoría de la culpabilidad el valor de las circunstancias, en presencia de las cuales se determina la voluntad, viene dado por la existencia de una relación psicológica entre esas circunstancias y el ánimo del sujeto, relación que no puede darse nunca en el caso fortuito, porque en él uno de los términos de esa presunta relación es siempre imprevisible (44). Por eso, antes de tener que recurrir, para excluir la culpabilidad, al razonamiento de que en el caso fortuito lo que falta es la posibilidad de una motivación diversa de la voluntad, se debe afirmar ya que lo que falta es tanto el dolo como la culpa.

Pese a esta expresa consideración legal del caso como negación del dolo y de la culpa, nuestro Código no cae ni en un puro concepto formal ni tampoco en un concepto exclusivamente subjetivo del caso fortuito. En efecto, no es raro que la dirección doctrinal que insiste en considerar al caso como ausencia de dolo y culpa recale, a la postre, en una concepción formal, que deja en la sombra la íntima naturaleza del caso. Por ejemplo, Antolisei asegura que el caso existe cuando en la actuación del agente no se puede encontrar ni dolo ni culpa y, de modo más sintético, "cuando no se puede hacer ningún reproche, ni siquiera de simple ligereza, el autor del hecho" (45). Un pensamiento de este tipo diluye la esencia del caso, desde el momento en que silencia por completo qué es lo que le individualiza entre todas las causas que excluyen el dolo y la culpa, y conduce inevitablemente a la conclusión última de que existe caso fortuito en todos los supuestos en los que no se puede hacer reproche alguno al sujeto. Todo lo que no es reprochable al sujeto ni a título de dolo ni a título de culpa, es fortuito. No hace falta extenderse en largas argumentaciones para hacer ver que este concepto arrastra todos los estigmas del formalismo.

No es tan poco insólito que la doctrina, aun partiendo de una exacta concepción del caso como imprevisibilidad, acabe finalmente operando con un concepto estrictamente subjetivo de previsibilidad, con la consecuencia de que la existencia del caso se hace depender, en definitiva, de las personales facultades de previsión del agente. Se llega, así, a un concepto subjetivo-individual del caso, que es científicamente inadmisibles (46). Si el sujeto no pudo prever el resultado, dadas sus condiciones personales, existe caso. Es claro que las condiciones personales del agente han de valorarse plenamente en el momento sistemático de la culpabilidad, y esta valoración puede llevarnos, en el caso concreto, a desechar todo rastro de culpabilidad

clara: "si el sujeto fué compelido a obrar en determinado sentido, no puede ser responsable de sus consecuencias *al faltar el elemento necesario de la libre determinación*, surgiendo entonces el evento del *caso fortuito*". De este modo parece, en efecto, que establece un estrecho parentesco entre la normal motivación de la voluntad y la existencia del caso fortuito.

(44) R. DOLCE, *Lineamenti* cit., p. 13 s.

(45) F. ANOLISEI, *Manuale* cit., p. 278.

(46) Cfr. A. PECORARO-ALBANI, *Caso e causalità* cit., p. 31.

en el sujeto que personalmente no pudo prever el resultado, pero esto no legitima para hablar de caso fortuito. Siguiendo el hilo de la observación aristotélica veíamos cómo, bajo cierto aspecto, el caso suponía la negación de la "ciencia"; pero la ciencia, como es natural, no se niega por la ignorancia personal de un sujeto. Si por caso ha de entenderse el *accidente* que escapa a la regla general, no es posible afirmar su existencia cuando la producción del resultado se ajusta a la regla general del concreto proceso causal, aunque el sujeto no pudiese conocer, por sus condiciones personales, esa regla general.

Ninguna de estas acusaciones críticas puede repetirse contra el Código penal español, que, antes de caracterizar el caso como ausencia de dolo y culpa, cuidó de destacar la nota objetiva que permite individualizarlo entre todas las restantes causas que implican la inexistencia del dolo y de la culpa. No todo resultado causado sin dolo ni culpa merece, según cuanto dispone el número 8.º del artículo 8, la calificación de fortuito, sino únicamente aquel resultado que aparece objetivamente como *mero accidente* en el proceso causal. El texto legal ofrece, de este suerte, una *fórmula objetivo-subjetiva* que encierra una noción correcta del caso. El caso aparece caracterizado *negativamente* como ausencia de dolo y culpa, y, de este modo, el mismo Código nos señala su encuadre sistemático. Pero al propio tiempo aparece caracterizado *positivamente* como mero accidente y, de esta manera, se pone en su justo relieve la sustantividad propia del caso, que permite distinguirlo de las demás causas negadoras del dolo y de la culpa.

No acierta la doctrina cuando a la hora de la exégesis de la exigente octava pretende considerar perfectamente sinónimas las expresiones "causa un mal por mero accidente" y "sin culpa ni intención de causarlo" (47). Ni las dos expresiones son sinónimas ni el empleo de ambas en la descripción legal entraña redundancia. Para probarlo basta reparar que mientras el concepto de mero accidente va puesto en referencia inmediata con el proceso causal, y, por ende, se sitúa en un plano objetivo, con la expresión sin culpa ni intención se alude a la falta de ligamen psicológico entre el resultado y el agente y, con ello, se incardina en un plano puramente subjetivo. Esta diversidad de planos trasluce clarísimamente en alguna resolución del Tribunal Supremo. En la interesante Sentencia de 1 de marzo de 1954 se declara que el daño originado por el procesado "no puede sostenerse que obedeciera a mero accidente y fuese ajeno a la intención de ocasionarlo, porque todo ello pugna abiertamente con las afirmaciones *de facto* de la sentencia recurrida, que presentan tal disparo como típicamente voluntario y totalmente adecuado para producir la muerte que acarreo". Es decir, que habiéndose planteado el Tribunal Supremo la doble cuestión de si el resultado podía considerarse como mero accidente, y si era ajeno a la intención, recurre para contestar este último punto al criterio de la voluntariedad y afirma que el disparo aparece con-

(47) A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal* cit. I, p. 217, y A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal* cit., I, p. 124.

signado en los hechos probados como “*típicamente voluntario*”, y para negar el pretendido carácter accidental del resultado hace una referencia a la eficacia causal, declarando que el disparo era “*totalmente adecuado para producir la muerte que acarreó*”. En definitiva, mientras sitúa una cuestión en el plano subjetivo de la *voluntariedad*, coloca la otra en el campo predominantemente objetivo de la *causalidad*.

El Código entiende el resultado fortuito como un *mero accidente* porque *normalmente* con la conducta desplegada no se produce ese resultado. De ahí que ante la experiencia ordinaria aparezca como no esencial y sí meramente accidental. Conviene no olvidar que el concepto de accidente—como recuerda Pecoraro-Albani— es fruto de una abstracción y vive en referencia a ella. En definitiva, indica lo que no puede incluirse entre los elementos constitutivos de una cierta figura abstractamente elaborada (48). El accidente, como lo contrapuesto a la regla general formulada en torno a la eficacia causal de una determinada acción, goza del mismo carácter abstracto que posee esa regla. Y si la regla elaborada abstractamente es objetiva, en el sentido de que su validez no depende de los personales conocimientos que tenga el sujeto en el caso concreto, el mismo carácter ha de tener el concepto de accidente, que no es otra cosa sino la expresión del lado negativo de esa regla. Ahora bien; puesto que nuestro Código concibe objetivamente el resultado fortuito como *mero accidente*, hay que concluir que el caso no aparece montado, en nuestro Derecho positivo, sobre un concepto de imprevisibilidad de carácter exclusivamente individual.

Sólo se puede hablar de *mero accidente* en referencia con determinadas reglas objetivas. Al respecto, es de suyo sumamente ilustrativo que el Tribunal Supremo recurra, con relativa frecuencia, a expresiones como estas: “*evento racionalmente previsible*” (49), “*cosa racionalmente explicable*” (50). Con esta apelación a lo *racionalmente explicable* o *previsible*, nuestro más alto Tribunal sitúa, en última instancia, la cuestión de la imprevisibilidad que caracteriza el resultado fortuito en un plano objetivo, más allá de la órbita estrictamente subjetiva de las personales facultades de previsión del agente. De esta suerte, la consecuencia a que se llega es la de que no se identifica, en ningún caso, la simple ausencia de dolo y culpa con la existencia de caso fortuito. Podrá negarse la existencia de dolo o culpa cuando el sujeto no haya podido prever personalmente el resultado, pero sólo se podrá hablar de caso fortuito cuando el resultado, producido sin culpa ni intención, era *racionalmente* imprevisible y, por ello mismo, se muestra como *mero accidente*.

Por último, a la vista del número 8.º del artículo 8, todavía es posible observar cómo el Código, con ese lujo de detalles al que nos

(48) A. PECORARO-ALBANI, *Caso e causalità* cit., p. 15.

(49) Sentencia de 30 de enero de 1960.

(50) Sentencia de 10 de febrero de 1961.

referíamos antes, alude de modo expreso a otro de los elementos esenciales del concepto teórico de caso fortuito, cual es el de la *conexión meramente ocasional* entre la conducta del sujeto, que opera como *conditio sine qua non* del resultado accidental, y el resto de las condiciones que, juntamente con ella, contribuyeron a la producción de ese resultado. Esta conexión meramente ocasional aparece insertada en la definición legal mediante la locución “el que, *en ocasión de ejecutar un acto lícito*”. Lo que caracteriza a la *ocasión* y la diferencia netamente de la causa es el que no constituye, a diferencia de ésta, un *antecedente necesario*. La ocasión es —en el decir de G. Battaglini— un simple momento en la sucesión cronológica de los acontecimientos, que permanece fuera del ámbito de la sucesión necesaria (51). En el caso fortuito relevante la coincidencia entre la conducta del sujeto y las restantes fuerzas causales, naturales o humanas, que condicionaron la producción del resultado, tiene precisamente este sentido meramente ocasional, y no necesario, y, por esto, la unión de esas series causales participa del carácter lógico de lo incalculable.

En resumen: Del precepto establecido en el número 8.º del artículo 8 del Código penal es posible deducir una auténtica definición legal del caso fortuito. El texto legal ofrece una fórmula objetivo-subjetiva desde el momento que considera al caso objetivamente como un accidente en el proceso causal, originado por la convergencia meramente ocasional y, por ende, incalculable, del acto que estaba ejecutando el agente con otras fuerzas causales, y lo caracteriza, desde el punto de vista subjetivo, como negación del dolo y de la culpa. El Código, asentado sobre un principio causalista extremo y moviéndose en el marco de una concepción fundamentalmente objetiva del injusto, afirma la existencia de relación de causalidad y de antijuricidad en los supuestos de caso fortuito, y niega, de modo expreso, la existencia de dolo y culpa en tales supuestos. Sistemáticamente, pues, la eximente octava ha de estimarse como causa de exclusión de la culpabilidad y, más concretamente, como causa excluyente de las formas de la culpabilidad.

4. Si a la hora de explicar un concepto de caso fortuito la eximente octava facilita en gran manera el camino, las cosas cambian de cariz cuando se trata de determinar el ámbito de operabilidad del caso en nuestro Derecho positivo. Por de pronto, ya desde los primeros tiempos se entendió la eximente del número 8.º del artículo 8 como una de aquellas que aparecen condicionadas por una serie de requisitos. Pacheco comenzó por asegurar que la ley había rodeado su disposición de ciertas precauciones. Para él todas eran muy justas y terminaba su comentario alabando la cautela legal (52). Pero hoy, cuando los intérpretes se acercan a la eximente del número 8.º del

(51) G. BATTAGLINI, *L'interruzione del nesso causale* (Milano, 1954), p. 27..

(52) J. F. PACHECO, *Código Penal, Concordado y Comentado I* (Madrid, 1881), p. 166.

artículo 8 no creen que todos esos requisitos sean tan justos como le parecían a Pacheco, y se ven forzados a proponer una interpretación que no satisface a nadie por los resultados a que conduce, para terminar pidiendo, a renglón seguido, una revisión del precepto. Y es que, en verdad, el tenor literal de la ley incita a elevar a requisito primordial de la operabilidad del caso, como circunstancia eximente, la licitud inicial de la conducta. Este es el punto de partida de la doctrina dominante y también de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que reiteradamente insiste sobre ello (53) y que ha venido a exacerbar tal requisito al exigir también en la culpa un arranque lícito (54).

No hace muchos años se ha caído en la cuenta de que, entendido así, el número 8.º del artículo 8 es una ventana abierta por la que penetra de lleno en nuestro ordenamiento la vigencia del principio *qui versatur in re illicita respondit etiam de casu* (55) en su sentido literal, y no ya en aquel sentido espiritualista que le imprimieron nuestros teólogos del siglo de oro (56). Recientemente ha observado Quintano que en nuestro Derecho hasta la hipótesis absurda del “asesinato del pavo” pudiera tener realidad “merced a la incorrectísima exigencia de la licitud del acto inicial en el caso fortuito y aun en la imprudencia, en ésta precisamente por norma jurisprudencial y no positiva” (57). Incluso aquellos que creen poder asegurar que el principio del *versari* está desterrado del Código penal español no pueden disimular sus fundadísimas dudas de que aparezca enmascarado en el número 8.º del artículo 8 (58).

Desde esta plataforma en que se ve obligada a moverse nuestra doctrina y nuestra práctica resulta sobradamente merecida toda crítica dirigida contra este precepto. Es suficiente reparar que es, en realidad, lo que se está afirmando cuando la doctrina se resigna a aceptar que para que opere el caso fortuito es necesario que la con-

(53) Véanse, por sólo citar algunos fallos recientes, la sentencias de 1 de febrero de 1960, 15 de febrero de 1960, 9 de abril de 1960 y 16 de febrero de 1961.

(54) F. DÍAZ PALOS, *Culpabilidad jurídico-penal* (Barcelona, 1954), p. 87.

(55) J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *nota al Tratado de E. MEZGER cit., II, p. 38.*

(56) Vid. al respecto J. PEREDA, S. I., *El “versari in re illicita” en la doctrina y en el Código Penal* (Madrid, 1948).

(57) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Hacia una posible concepción unitaria jurídico-penal de la culpabilidad*, en *Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano II* (Madrid, 1959), p. 414.

(58) J. PEREDA, *El “versari in re illicita” cit.*, p. 190 ss.

En lo que hace referencia al influjo del *versari* en nuestra práctica, puede consultarse A. HUERTA FERRER, *La relación de causalidad en la teoría del delito* (Madrid, 1948), p. 307 ss., quien estima que cuando el Tribunal Supremo hace frecuente uso del axioma *causa causae est causa causati*, mantiene algo de más hondo alcance que un puro principio causal, mantiene que el autor doloso de un hecho es responsable penalmente de todas las consecuencias del mismo, es decir, que *qui in re illicita versatur imputantur omnia quae sequuntur ex delicto... tenentur etiam pro casu*; y recientemente el fino comentario de J. DEL ROSAL, *De la relación de causalidad y del versari in re illicita*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (1958), p. 575 ss.

ducta inicial sea lícita o cuando el Tribunal Supremo asegura firmemente, de frente al caso concreto, su ineficacia porque el sujeto versaba en cosa ilícita. Entender que siempre que se trate de una actuación ilícita, penalmente ilícita (59) —para adoptar la postura más correcta del Tribunal Supremo—, resulta inoperante el caso fortuito supone, como toda la doctrina reconoce, la ruptura del principio “no hay pena sin culpabilidad”. Una ruptura de dicho principio que oirece la característica de la generalidad. Ya no se trata, como acontece, por ejemplo, con los delitos cualificados por el resultado más grave o con ciertos supuestos de responsabilidad objetiva, que pese a todo perduran en la parte especial de algunos Códigos, de casos concretos en los que, muchas veces por simples razones históricas o de política criminal (60), se prescinde del principio “no hay pena sin culpabilidad”. En estos casos estamos aún en el terreno de lo concreto, se trata de casos aislados, taxativamente determinados por la ley, permanecemos en el campo de lo excepcional, y, frente a estos supuestos aislados que forman “excepción”, no resulta demasiado difícil mantener la regla “general” “no hay pena sin culpabilidad”. Pero la situación cambia radicalmente en cuanto respecta al entendimiento que viene prodigándose, en nuestra doctrina y en nuestra práctica, del número 8.º del artículo 8. De acuerdo con la interpretación que se nos ofrece de este precepto es obligado reconocer que, en vía de principio, de todas las figuras delictivas que aparecen contempladas en el Código penal español se puede responder sin culpabilidad. Al menos de todas aquellas en las que la conducta viene tomada en consideración en su eficacia causal, es decir, de todos los delitos de conducta y resultado, puesto que sólo los resultados, y no las acciones, pueden ser fortuitos (61). Para ello basta que el resultado típico, cuya producción obedeció a puro caso, se produzca con ocasión de estar cometiendo otro delito.

La consecuencia es exasperante si se piensa que el propio Código caracterizó el resultado fortuito como un resultado libre de toda culpabilidad, causado “sin culpa ni intención”. Y apenas hay que advertir que, de este modo, la culpabilidad, como elemento esencial del delito, ocupa una situación muy comprometida en la dogmática española. A nadie puede sorprender, pues, que los penalistas demanden al unísono una reforma de la eximente octava o pidan una urgente revisión de la interpretación literal y mecanicista con que se viene operando (62). O que el mismo Tribunal Supremo, en más de una ocasión, haya iniciado un viaje de retorno y comience a paliar los efec-

(59) Sentencias de 23 de diciembre de 1932 y 17 de marzo de 1933, en las que viene a declararse que no basta la mera infracción reglamentaria o ilicitud administrativa para excluir la aplicación de la eximente octava, sino que se requiere la ilicitud penal. Por lo que se refiere a la imprudencia, han prescindido últimamente del requisito de la licitud inicial, las SS. 1 marzo 1956, 29 abril 1958 y 22 junio 1959, entre otras.

(60) Cfr. G. BETTIOL, *Diritto Penale* cit., p. 366.

(61) A. SANTORO, *Il caso cit.*, p. 114 s.

(62) F. DÍAZ PALOS, *Culpabilidad jurídico-penal* cit., p. 88.

tos de su propia doctrina, trasladando la licitud de que habla la eximente octava del ordenamiento jurídico total al más restringido campo penal, de donde nunca debió de haber salido (63).

5. Antes de intentar ningún esfuerzo que tienda a rescatar a la eximente octava de esa situación tan poco satisfactoria en que parece haber caído, conviene investigar, siquiera sea someramente, cuál era la vigencia del principio del *versari* en los tiempos de nuestra codificación y comprobar si efectivamente puede decirse que se consagró, de modo consciente, la vigencia de ese principio en el número 8.º del artículo 8.

Ya en principio se observa que el aforismo del *versari* aparece ligado literalmente, en su enunciación, al *casus* y, por ello, pudiera creerse que el hecho de que el Código parezca darle cabida al regular el caso fortuito no deja de ser un dato significativo. Ahora bien, como es sobradamente sabido la palabra *casus*, que tanto se prodiga al hacer referencia al principio del *versari*, no se corresponde en absoluto con la noción de caso fortuito, sino que se entiende como lo contrapuesto a *dolus*, comprendiendo, por tanto, en su significación también a la culpa (64). La coincidencia antes aludida pierde, así, todo el significado indiciario que pudiera tener.

Por lo demás, contamos con el precioso testimonio del P. Pereda, que ha puesto de relieve que, en los tiempos de nuestra codificación, no se encuentra ni una sola mención del principio del *versari* y que es preciso llegar hasta los tratadistas de nuestros días para encontrar como un eco perdido del mismo (65).

Por otra parte, se hace preciso revisar el comentario de Pacheco, a quien siempre se vino considerando tan cercano al Código de 1848. La autoridad de que gozaron, en todo momento, los comentarios de Pacheco, a los que se suele recurrir siempre que se trata de profundizar en la *voluntas legis*, puede hacer posible creer que el hecho de que no sólo no criticase, sino que, por el contrario, encomiase la exigencia de la licitud inicial, demuestra que la intención de consagrar una responsabilidad, objetiva; al estilo de la que encierra el principio del *versari* en su significado literal, no fuese absolutamente ajena a los deseos de nuestros legisladores. Pero lo cierto es que Pacheco, y en esto no se repara suficientemente todas las veces que la doctrina actual trae a colación sus alabanzas al precepto, tenía puesto su pensamiento, cuando elogiaba las precauciones de que se había rodeado la ley, en situaciones que no son, en realidad, casos fortuitos y, por eso mismo, le parecía a Pacheco lo más natural y justo que se respondiese por el resultado.

(63) La palabra lícita que emplea el Código debió de entenderse siempre como lícita penalmente. Vid. J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal I* (Madrid, 1949) p. 232 y F. PUIG PEÑA, *Derecho Penal* cit., I, p. 327.

(64) J. PEREDA, *El "versari in re illicita"* cit., p. 31 ss.

(65) J. PEREDA, *El "versari in re illicita"* cit., p. 164.

Antes de nada resulta palmario que todo el comentario de Pacheco está girando en torno a la idea de *progresión*. Así cuando dice: “La inocencia absoluta de lo *intentado* es una condición para justificar lo *sucedido*”. O cuando escribe: “No se puede rectamente pretender la absolución de lo que era sólo *un paso más* en la vía por donde se andaba” (66). Ya se comprende que la idea de *progresión* es algo que está mucho más cerca del resultado preterintencional o incluso de los supuestos de cualificación por el resultado más grave que del resultado fortuito, que puede presentarse como algo total y absolutamente dispar a lo intentado y, por ende, no como “un paso más” en la vía por donde se andaba, sino como algo sorprendente.

Los ejemplos que ofrece Pacheco para justificar su elogioso comentario iluminan cuál era su pensamiento y qué situaciones eran las que él creía que justamente no quedaban amparadas por la eximente en cuestión. “Y ciertamente —escribe— tiene razón la ley. El que estaba cometiendo un robo, y hacía uso de su escopeta para cometerle, no puede invocar para su justificación el acaso, si, contra su designio, hirió o mató a la persona que robaba o quería robar. Lo mismo decimos del que corría un caballo donde estaba prohibido que se corriese” (67).

Parece que ni una ni otra hipótesis sean subsumibles en la noción de caso fortuito. Evidentemente, decir que la muerte del robado era imprevisible para el ladrón que en el robo “hacía uso de la escopeta para cometerle”, resulta contradictorio. Que el ladrón no tuviese intención de causar la muerte a su víctima, resulta perfectamente lógico. Pero si, pese a su designio, una vez que se decidió a “hacer uso” del arma para ejecutar el delito, se produjo la muerte, queda probado que no tomó todos los cuidados debidos para evitar el desenlace fatal. Una responsabilidad a título de culpa aparece clara y, por consiguiente, nada más lógico que el ladrón sea llamado a responder penalmente de ese resultado. Y otro tanto sucede en el segundo de los ejemplos aducidos por Pacheco. Nada más natural que el que corre un caballo por un lugar donde está prohibido hacerlo, precisamente porque es peligroso, responda de la muerte del transeunte. El jinete no ha querido ocasionar esa muerte, pero no puede decirse que esa muerte fuese imprevisible, precisamente en orden a la prohibición de correr en aquellos lugares, y si, luego, la muerte se produjo, es posible asegurar que el jinete faltó a sus deberes de cuidado y atención. Una responsabilidad culposa por la muerte subsiste también en este supuesto.

Todo el pensamiento de Pacheco se concentra en estas palabras, que dan la clave para entender qué era lo que, en su opinión, no quedaba cubierto por la eximente octava: “Quién de su voluntad se acerca a males notorios, no se queje si perece en ellos” (68). Con esta sentencia lo que Pacheco deja fuera de la eximente en examen no

(66) J. F. ПАЧЕКО. *El Código Penal* cit., I, p. 167.

(67) J. F. ПАЧЕКО. *El Código Penal* cit., I, p. 167.

(68) J. F. ПАЧЕКО. *El Código Penal* cit., I, p. 167.

son en realidad supuestos de casos fortuitos. Ni en el caso hay “*un acercamiento voluntario*” al resultado imprevisible, ni este resultado se presenta como “*notorio*”. En este sentido parece que nada más lejos de la intención de Pacheco que el afirmar, con elogios, una responsabilidad puramente objetiva, sin rastro de culpabilidad, por el resultado fortuito cuando se versaba en cosa ilícita.

6. Se ha dicho que “el número 8.º del artículo 8 del Código penal *aforta un concepto del caso fortuito, bien que innominado*” (69). La observación, aun resultando aclaradora, merece ciertas reservas. Resulta exacta al destacar acertadamente que el número 8.º del artículo 8 es la expresión de un auténtico *concepto*, entendido como definición o repertorio de elementos. En este sentido lo hemos aprovechado en este mismo trabajo para deducir la noción legal del caso fortuito. Pero, en cambio, no puede decirse que el número 8.º del artículo 8 ofrezca *un concepto de caso fortuito*, porque no se refiere a todas las hipótesis de caso, sino solamente a parte de ellas. La eximente octava se refiere únicamente a los casos fortuitos en los que la conducta del agente, que operó como *conditio sine qua non* del resultado accidental, es lícita. Pero no puede dudarse que la noción de caso fortuito es mucho más amplia y comprende igualmente aquellos supuestos en los que esa licitud falta.

El hecho de que no estuviese estampado *todo* el caso fortuito en el número 8.º del artículo 8 indujo a Rodríguez Muñoz a proponer que no se entendiese la eximente octava como una regulación del caso. Al que fué maestro de la Universidad de Valencia corresponde el mérito de haber insinuado, aunque con pesimismo, una interpretación de la eximente octava que soslayaba los efectos del *versari*. La interpretación propuesta se asienta sobre dos puntos: primero, entender el número 8.º del artículo 8 como una causa más de justificación; segundo, configurar, luego, *libremente*, como límite de la culpabilidad, el caso, con arreglo a los principios doctrinales derivados de los conceptos de dolo y, sobre todo, de la culpa (70). En el pensamiento de Rodríguez Muñoz está bien claro, pues, el deseo de *liberar* el caso de la eximente octava, y este deseo no es más que la lógica consecuencia de no ver contemplado en esa eximente el caso fortuito, es decir, *todo* el caso fortuito.

Ahora bien, parece que el Código cierra las puertas a una consideración del número 8.º del artículo 8 como causa de justificación, desde el momento en que estima como antijurídico el resultado causado por mero accidente, según dejamos dicho, y lo caracteriza expresamente como inculpable. De esta suerte quiebra el primero de los puntos sobre los que debía asentarse la interpretación que proponía Rodríguez Muñoz. Con todo, el segundo de los puntos continúa ofreciendo un enorme valor hermenéutico. En efecto, nada impide consi-

(69) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho Penal* cit., I, p. 223.

(70) J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *nota al Tratado* de E. MEZGER cit., II, p. 39.

derar la eximente octava como una regulación *parcial* del caso fortuito, entendido como causa específica de inculpabilidad, y configurar, luego, por lo que se refiere a los restantes supuestos no comprendidos en esa eximente, libremente el caso, como negación del dolo y de la culpa. Esta consideración escisionista del caso no ha prosperado nunca en nuestra doctrina, sin duda porque *primae faciei* reviste todas las características de la ilogicidad. Sin embargo, lo que cuenta, a la postre, no son tanto los apriorismos lógicos como la lógica interna del precepto. Y aquí, si seguimos esta lógica interna del precepto, resulta que, dadas las premisas de que partió el Código y la función asignada al artículo 8, la exigencia de la licitud inicial de la conducta en la eximente octava y, por ende, la consideración escisionista del caso, no sólo era consecuencia lógica, sino incluso obligada.

A la hora de configurar la eximente octava, el Código siguió fielmente la noción teórica de caso fortuito y optó por aludir de modo expreso a los distintos elementos esenciales de esa noción. Recordamos de nuevo todo el valor que tiene la observación de que el número 8.º del artículo 8 *aporta un concepto*. Entre los elementos esenciales está, como requisito primario de la relevancia jurídicopenal del caso, la existencia de una conducta humana, que es *conditio sine qua non* del resultado imprevisible. El Código plasmó expresamente aquella bifrontalidad característica del caso relevante: una conducta humana, por un lado, y un resultado meramente accidental, por otro. Pudo no plasmar esta bifrontalidad. No tenía por qué aludir siquiera a la conducta. Le bastaba referirse simplemente al resultado y declarar, por ejemplo, “queda exento de responsabilidad criminal el que causa un mal por caso fortuito”. Es decir, pudo limitarse a aludir a los efectos del caso, dando por supuesto el concepto de caso. Este y no otro es el camino seguido por el Código Rocco, que en su artículo 45 dispone: “non é punibile chi ha commesso il fatto per caso fortuito”, con lo que da por supuesta la estructura del caso, que corresponde fijar al intérprete. Pero lo cierto es que nuestro Código no siguió este camino. Empeñado en ir estampando en la eximente octava, uno a uno, los distintos elementos definitorios del caso, había de aludir necesariamente a uno tan esencial como la existencia de una conducta humana en la que viene a insertarse el resultado accidental.

Elegido este punto de partida, el segundo paso, la exigencia de la licitud de la conducta base, le viene ya impuesto al Código, habida cuenta de la misión que el propio Código le reserva al artículo 8 en el que se incluye la eximente que comentamos. En efecto, si, como se sabe, en el caso fortuito, al lado del resultado imprevisible, puede subsistir el resultado previsto y que se pretendía alcanzar por medio de la conducta humana puesta en práctica y, cuando menos, subsiste siempre esta conducta, el Código no podía decir que el agente *queda exento de responsabilidad criminal* o que *no delinque* —como decía el Código de 1870—, si no era a condición de hacer constar que la conducta base tenía que ser penalmente lícita. En caso contrario,

es claro que subsistirá siempre un residuo de responsabilidad criminal por el resultado previsto y querido, dentro de los límites del dolo o de la culpa o, al menos, por la conducta que tiende a ese resultado ilícito. Pero al sentar esta exigencia el Código partía en dos grandes trozos el caso fortuito e incluía uno sólo de ellos en la eximente octava. Fuera del número 8.º del artículo 8 quedaban todos los supuestos de caso fortuito en los que la conducta del agente no es lícita (71).

El juego de la lógica interna de la eximente octava nos pone al descubierto y nos explica el porqué de la exigencia de la licitud del acto inicial. Frente al ladrón con escalamiento que produce la caída de una teja que, ocasionalmente, causa la muerte del transeunte que circulaba por la acera, el Código, que se empeñó en aludir no sólo al resultado fortuito, sino también a la conducta que estaba ejecutando el agente, no puede hacer una declaración de irresponsabilidad criminal. Y, efectivamente, de acuerdo con el número 8.º del artículo 8 no se opera tal exención. Pero hasta aquí todo es, dentro de la senda lógica elegida por el Código, consecuente. Nadie podría pretender seriamente que el ladrón no viniese obligado a responder del robo que estaba cometiendo. Pero se dió un paso adelante en la interpretación, cuya solidez es muy discutible, y se equiparó la no exención de responsabilidad criminal que establece el número 8.º del artículo 8 para los casos en los que la conducta inicial era ilícita, con la afirmación de la responsabilidad criminal por el resultado causado por mero accidente, respecto al cual el autor no tuvo, como dice el mismo Código, ni culpa ni intención. Si el precepto afirmaba, por ejemplo, que el ladrón no queda exento de responsabilidad criminal, porque, naturalmente, está llamado a responder de su robo, pasó a entenderse que preceptuaba que, toda vez que el ladrón versaba en cosa ilícita, tenía que responder de la muerte fortuita del transeunte.

La interpretación con que se viene operando en nuestra doctrina y en nuestra práctica se asienta, de este modo, exclusivamente en una visión *totalitaria* de la eximente octava. Partiendo de la idea de que todo el caso fortuito está contenido en la eximente octava y que fuera de ella no hay más supuestos de casos fortuitos que puedan operar como circunstancias excluyentes de la responsabilidad criminal, es

(71) Todavía la exigencia de la licitud inicial permite considerar, si se quiere, a la eximente octava como una causa mixta de justificación y de exclusión de la culpabilidad. Evidentemente, en referencia con el resultado causado por mero accidente no es posible, como decíamos en el texto al comentar la interpretación propuesta por Rodríguez Muñoz, estimar la eximente octava como una causa de justificación, porque la ley entiende ese resultado como antijurídico y lo configura literalmente como inculpable. Pero tampoco es menos evidente que, contraída la contemplación a la conducta base en la que ese resultado accidental se inserta, la eximente octava juega, respecto a esa conducta, como causa de justificación. En este sentido, la expresa alusión a la *licitud* no deja lugar a dudas. Todo esto no es, sin embargo, sino un aspecto más de la bifrontalidad que plasmó el Código, que, por un lado, alude a la conducta que estaba ejecutando el agente y, por otro, al resultado accidental cuya producción obedece al caso fortuito.

necesario concluir que, en nuestro Derecho positivo, la eficacia del caso fortuito requiere la licitud de la conducta que estaba ejecutando el agente. Pero lo cierto es que esta visión totalitaria del número 8.º del artículo 8 no viene impuesta por nadie y, antes al contrario, va en contra de la naturaleza de las cosas, tal como la diseñó el propio Código, e incluso en contra del llamado dogma de la interpretación favorable. Le asiste la razón a Jiménez de Asúa cuando señala que no por el simple hecho de que el acto inicial sea ilícito tendremos que imputar a título objetivo un segundo resultado más grave, si éste es *incalculable*. Basta, a su juicio, para lograr la exclusión de responsabilidad por ese resultado aplicar, si no la letra del número 8.º, la no previsibilidad (72).

No vale apelar a apriorismos lógicos para rechazar una consideración escisionista del caso fortuito en nuestro texto punitivo, porque, como dejamos dicho, hay una lógica interna que aclara por qué la eximente octava sienta la exigencia de la licitud inicial. Por lo demás, vicios lógicos es evidente que existen siempre dentro del entero sistema de un Código. Sin ir más lejos, carece de razón lógica la eximente novena, que, como ya denunció en diversas ocasiones la doctrina (73), implica la inútil duplicación de una exigencia que aparece ya suficientemente expresada en el párrafo primero del artículo primero. No hay, pues, motivo para consternarse si el Código, en vez de regular en un solo precepto el caso fortuito, obliga, en cambio, a reconducir unas hipótesis de caso fortuito a un precepto y otras a otro distinto.

Por otro lado, nos encontramos con que, según expresa caracterización de la ley, el resultado se produce, en el caso fortuito, sin culpa ni intención, con lo que el propio Código recurre explícitamente a las nociones de dolo y culpa. Ahora bien, no se comprende en virtud de qué principios no pueda recurrirse a estas nociones para excluir, en definitiva, la responsabilidad criminal por el resultado imprevisible, cuando no sea de aplicación la eximente octava por no darse la licitud inicial de la conducta. Se ha operado, por una parte, con una visión *totalitaria* de la eximente octava, que estimamos que no es la más correcta, y, por otra parte, con unos *criterios restrictivos* que no son procedentes en una materia como la de las eximentes, que, por ser favorable, postula criterios amplios.

Lo cierto es que, por fuera del repertorio de eximentes que expone el artículo 8, en nuestro Derecho puede recurrirse a nociones legales genéricas para llegar a una exclusión de la responsabilidad criminal. Basta aludir aquí a lo que sucede con los supuestos de interrupción del nexo causal, pongamos por caso, cuando la cadena causal aparece interrumpida por la enfermedad que padecía la víctima, que es, en úl-

(72) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal V* (Buenos Aires, 1956), p. 859 s.

(73) J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *nota al Tratado de E. MEZGER, I* (Madrid, 1955), p. 219. En el mismo sentido, J. DEL ROSAL, *Derecho Penal* cit., I, p. 279 s.

tima instancia, la que origina la muerte. A falta de una regulación expresa de tales supuestos, la práctica, cuando se enfrentó con ellos, hubo de apelar a la definición del párrafo primero del artículo primero para postular la exclusión de la responsabilidad en base al razonamiento de que no existe *voluntariedad*. Concretamente, en esta hipótesis la solución es un expediente práctico que, a la luz de una depurada técnica, puede merecer ciertos reparos, desde el momento en que, en los casos de interrupción del nexo causal, antes de faltar la *voluntariedad* entendida como culpabilidad, falta ya otro elemento sistemáticamente anterior, cual es el de la relación de causalidad. Pero la misma solución es mucho más correcta en referencia con los supuestos de caso fortuito e incluso acorde con la estimativa legal que, expresamente, caracterizó el resultado fortuito como un resultado meramente accidental, causado sin culpa ni intención.

No recurrir al artículo primero para negar, en relación con el resultado accidental causado sin culpa ni intención, la *voluntariedad*, y entender que el caso fortuito sólo puede operar dentro de los límites de la eximente octava supone, ya desde el puro punto de vista hermenéutico, la extraña consecuencia de que, en virtud de la interpretación de una eximente, se priva de toda eficacia a la definición genérica de delito sobre la que apoya el entero sistema, todo ello en evidente perjuicio del reo, al que se le hace responder de un resultado, a título meramente objetivo. La consecuencia es, ya en la vía interpretativa, sumamente paradójica, porque se hace responder objetivamente al sujeto, precisamente mediante la invocación de una eximente interpretada a *sensu contrario* (74), mientras que si, como estimamos más correcto, se prescinde de la eximente octava por considerarla inaplicable y, en cambio, se invoca la inexistencia de delito por no existir *voluntariedad*, a tenor de lo establecido en el párrafo primero del artículo primero, no podrá hacerse responsable al sujeto del resultado causado sin culpa ni intención.

Este recurso al artículo primero del Código no se acepta porque, además de partirse de la idea de que todo el caso fortuito está comprendido en la eximente octava, este precepto se viene entendiendo como excluyente de la eficacia del caso fortuito, aunque esta eficacia pudiera derivarse de otros preceptos legales, cuando no concurren todos los requisitos exigidos en el número 8.º del artículo 8. Y, sin embargo, la eximente octava no prohíbe el libre juego de la noción

(74) Obsérvese que la fundamentación de la responsabilidad por el resultado accidental se deduce del lado negativo de la eximente octava. Así lo destaca agudamente J. DEL ROSAL, *Comentarios a la doctrina penal* cit., p. 6, al decir: "No cabe duda de que la faz positiva del número 8.º del artículo 8 está redactada con vistas a suministrar las máximas garantías. Viene a decir que sólo quedan exentos de punición los casos en que *realmente* se dan los requisitos diseñados por el precepto. Pero el aspecto negativo de la cuestionada disposición se nos muestra cargado de peligro para el principio rector de que no hay pena sin culpabilidad, pues por el hecho de principiar una conducta en forma ilícita se debe castigar el resultado, cualquiera que sea, aun en el caso de ser el mal ocasionado puramente accidental".

de caso fortuito en referencia con los supuestos no comprendidos en ella. Se ha comenzado por no aprovechar, en su justa medida, una observación que se viene haciendo repetidamente. Se repite, en diversas ocasiones, que la eximente octava es una eximente *innominada*, en el sentido de que, aun contemplando hipótesis de caso fortuito, elude por completo toda mención del término caso. Este silencio legal es un claro indicio de que la noción genérica de caso fortuito queda liberada de la eximente octava y este precepto no le impide que opere libremente como límite de la culpabilidad. No hay ningún precepto legal que anude la exigencia de la licitud inicial de la conducta a la operabilidad del caso fortuito. Esta exigencia es, evidentemente, un requisito inexcusable para la aplicación de la eximente octava, pero nadie ha dicho—ni el propio Código que se cuidó de silenciarlo—que en la eximente octava esté comprendido todo el caso fortuito.

No hay por qué establecer, pues, una relación de incompatibilidad entre el número 8.º del artículo 8 y la definición genérica contenida en el párrafo primero del artículo 1.º, cuando es perfectamente factible establecer, entre ambas disposiciones, una relación de compatibilidad. Se viene realizando en este punto la siguiente operación lógica: si falta la licitud inicial de la conducta es inaplicable la eximente octava; si es inaplicable la eximente octava el sujeto ha de responder objetivamente, a pesar de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1.º. Pero, en realidad, si bien se mira, sólo es consecuente la primera conclusión: si falta la licitud inicial es inaplicable la eximente octava. En cambio, no cabe decir lo mismo de la segunda, que implica un auténtico salto en el proceso lógico. Del simple hecho de que no esté prevista de modo expreso una eximente o que una de las previstas resulte inaplicable, todavía no se deduce la fundamentación de una responsabilidad criminal, cuando por fuera del repertorio de las causas de exención hay legalmente sentados unos principios que permiten, mejor todavía, obligan a excluir esa responsabilidad. El punto débil de la trayectoria lógica que viene marcando nuestra doctrina y nuestra práctica reside precisamente en esto, en que se eleva el simple hecho de que resulte inaplicable una eximente a razón fundamentadora de una responsabilidad, cuando es así que, una vez constatada la inaplicación de la eximente, todavía es perfectamente aplicable una disposición genérica que postula la exclusión de la responsabilidad. De la inaplicabilidad de la eximente octava se deduce como consecuencia necesaria, cuando no lo es, también la inaplicabilidad del párrafo primero del artículo 1.º.

Una hermenéutica más correcta parece que marca, en cambio, esta dirección discursiva: si falta la licitud inicial de la conducta no puede aplicarse la eximente octava porque, en verdad, el sujeto no puede quedar exento de responsabilidad criminal, toda vez que está llamado a responder de su conducta ilícita, pero, respecto al resultado accidental, causado sin culpa ni intención, es aplicable, en todo caso, el párrafo primero del artículo 1.º. Si seguimos, por ejemplo, la clara y

escueta exposición que hizo Rodríguez Muñoz de la situación angustiosa en que se mueve nuestra práctica, comprobaremos cómo, en el fondo, esa situación se origina en aras de una verdadera transposición lógica. Escribe Rodríguez Muñoz que “*de nada serviría que la defensa del procesado, manejando los criterios doctrinales y de aplicación práctica en otras legislaciones, se esforzara en demostrar la ausencia del dolo e incluso de la culpa en la conducta realizada por su defendido. Pues aunque lo consiguiese, de nada le serviría si no le era posible encajar la conducta del sujeto precisamente en la circunstancia en cuestión*” (75). Ahora bien, es claro que si la defensa no logra probar que la conducta inicial de su patrocinado era lícita, es inútil que pretenda invocar, para su aplicación, la eximente octava, porque nunca podrá conseguir que el procesado quede *exento* de responsabilidad criminal, ya que ha de responder por su ilícita conducta. Pero que, por el simple hecho de que no pueda invocar la eximente octava, tenga que resignarse a no *conseguir nada*, cuando puede invocar, en relación con el resultado meramente accidental, causado sin culpa ni intención, el párrafo primero del artículo 1.º, es lo que lógicamente no se comprende. Invocando este precepto, la defensa no podrá aspirar a que su patrocinado quede *exento* de responsabilidad porque, en todo caso, tendrá que responder de su conducta inicialmente ilícita, pero podrá conseguir que no se le impute, a título meramente objetivo, el resultado imprevisible, producido por mero accidente. Hay una diferencia entre *no conseguir nada* y el no conseguir la *completa exención de responsabilidad criminal* que establece el número 8.º del artículo 8.

La diferencia, en orden a la exclusión de la responsabilidad, que existe entre el párrafo primero del artículo 1.º y el número 8.º del artículo 8, es la de que, cuando los supuestos de caso fortuito sean reconducibles a este último precepto el sujeto queda *exento* de responsabilidad criminal, mientras que en los restantes supuestos de caso fortuito, recurriendo al párrafo primero del artículo 1.º, no se conseguirá esa exención y el sujeto dejará de responder únicamente del resultado causado sin culpa ni intención, pero sí tendrá que responder criminalmente por su conducta inicial. La razón lógica de este tratamiento escindido del caso y de la exigencia de la licitud inicial en la eximente octava ya la conocemos. La doctrina no ha reparado quizá lo suficiente en que en el número 8.º del artículo 8 la irresponsabilidad por el resultado fortuito no se produce porque se versaba en cosa lícita, sino porque el resultado accidental se causa sin culpa ni intención, en tanto el versar en cosa lícita es únicamente requisito indispensable para que el sujeto quede *exento* de toda responsabilidad criminal. De este modo, se consigue desligar la irresponsabilidad por el resultado fortuito de la exigencia de la licitud inicial de la conducta base, y se permite el libre juego, respecto a ese resultado, de los prin-

(75) J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *nota al Tratado de E. MEZGER cit.*, II, p. 39.

cipios derivados de las nociones de dolo y culpa y de la definición genérica del delito que se contiene en el artículo 1.º del Código.

7. El artículo 64 del Código penal que dispone que “cuando no concurrieren todos los requisitos que se exigen en el caso del número 8.º del artículo 8 para eximir de responsabilidad, se observará lo dispuesto en el artículo 565”, es, para la doctrina, un auténtico semillero de problemas (76).

Para Quintano, el artículo 64 encierra el reconocimiento de que no puede haber un caso fortuito “relativo o atenuado”, y que si éste no es total surge una responsabilidad atenuada, pero de diversa naturaleza: la culpa o negligencia, del mismo modo que si en ésta falta la condición negligente aparece, fatalmente, el dolo (77). En este sentido se viene a afirmar que el artículo 64 regula una graduación de la culpabilidad que surge a la caída del caso fortuito, que, cuando no se dan todos los requisitos que especifica el número 8.º del artículo 8, antes de convertirse en dolo, se convierte en culpa, y de ahí la remisión que hace el artículo 64 a lo dispuesto en el 565.

Cuando se establece una graduación de este estilo o cuando se insiste en el especial parentesco del caso con la culpa, se hacen necesarias algunas observaciones. No cabe duda de que el caso está mucho más cerca de la culpa que del dolo, en cuanto el caso es *no culpabilidad* y la culpa es la culpabilidad en su *minima expresión* (78). Pero esto no implica que, cuando no se den todos los elementos esenciales del caso, tenga que operarse en la realidad una graduación *caso-culpa-dolo*, precisamente en este orden. Por eso está en lo cierto Quintano cuando asegura que no puede haber un “caso fortuito relativo o atenuado”. Pero, en cambio, parece que no puede compartirse su opinión de que si el caso no es total surge una culpabilidad culposa. Porque, una de dos: o el sujeto aparece psicológicamente desligado, en absoluto, del resultado meramente accidental y entonces existe caso fortuito, o una semejante desvinculación psicológica no se da, porque el resultado no es ningún accidente, y entonces de fortuito no se puede hablar. Ahora bien, en este segundo supuesto la relación psicológica que puede trabarse entre el sujeto y el resultado no tiene por qué ser necesariamente la culposa, no impidiendo nada que el sujeto verse, respecto al resultado, bien en “culpa” o en “intención”, como reconoce el mismo Código. La entidad del caso fortuito no es graduable. El caso, o existe, y entonces despliega toda su eficacia, o no existe, y entonces no puede desplegar eficacia alguna (79). El propio Código lo caracteriza como una entidad que se contrapone al mismo tiempo al dolo y a la

(76) Véanse en J. DEL ROSAL, *Comentarios a la doctrina penal* cit., p. 9, algunas de las muchas interrogantes que cabe formular a la vista del artículo 64.

(77) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal* cit., I, p. 384.

(78) Con razón asegura E. MEZGER, *La culpabilidad en el moderno Derecho Penal* (trad. J. M. Navárrete Urieta) (Valladolid, 1956), p. 22, que donde basta la culpa para el castigo, basta cualquier forma de culpabilidad pura.

(79) Cfr. A. PECORARO-ALBANI, *Caso e causalità* cit., p. 22.

culpa. Pero precisamente como no hay un caso parcial, cuando el caso no existe podrá haber dolo o culpa, cualquiera de las dos formas de la culpabilidad, y no necesariamente culpa. Desde este punto de vista ya no deja de sorprender el artículo 64 que, de primera intención, parece imponer *a priori* una consideración culposa cuando no se hayan dado todos los requisitos del número 8.º del artículo 8.

El artículo 64 utiliza el plural al aludir a la ausencia de los *requisitos* que se establecen en la eximente octava. La doctrina no ha logrado siquiera ponerse de acuerdo a la hora de determinar qué requisitos pueden faltar y cuáles no, y, por consiguiente, reina el desacuerdo cuando se trata de fijar a la ausencia de qué requisitos de la eximente octava se refiere el artículo 64. Ferrer Sama considera indiscutible que, a tenor de la disposición legal, habrá de entrar en juego el artículo 64 incluso cuando falte la *licitud inicial* de la conducta (80). Cuello Calón estima, por el contrario, que este requisito no puede faltar nunca (81). El Tribunal Supremo tiene declarado, por su parte, que la licitud de la conducta base no puede faltar nunca. En la sentencia de 25 de febrero de 1955 se afirma que requisito primordial para que tenga vida la eximente octava del artículo 8, tanto *completa como incompleta* (cuyo evento haría de aplicación lo que previene el 64), es que sea lícito el acto realizado por el agente. El Tribunal Supremo no podía, en realidad, mantener un criterio distinto, desde el punto y hora que exige, según reiteradísima jurisprudencia, un arranque lícito para la configuración de la responsabilidad culposa. Si sostuviere, a la vista del número 8.º del artículo 8, que, cuando falta el requisito de la licitud inicial, es de aplicación el artículo 64 que reenvía a lo dispuesto en el 565, daría al traste con su propia doctrina e incurriría en una grave inconsecuencia. De esta manera, en nuestra práctica resulta inaplicable el artículo 64 cuando falta el requisito de la licitud inicial de la conducta (82).

Por otro lado, la dicción del artículo 64 conduce a resultados paradójicos. Ya hemos visto cómo una de las características del resultado fortuito es, según el número 8.º, que se cause *sin culpa ni intención*; por consiguiente, cuando falte este requisito, surgirá culpa o podrá surgir dolo y, en este último caso, no se comprende cómo existiendo dolo será posible reconducir el supuesto a la disciplina de la imprudencia punible, prevista en el artículo 565. Y todavía más. Si se parte de la idea de que el artículo 64 se refiere a la ausencia de cualquier requisito de los establecidos en la eximente octava, hay que admitir que, cuando falta uno que no sea "la debida diligencia", es de aplicación igualmente el artículo 565, con la contradictoria consecuencia de tener que calificar las actuaciones como culposas, siendo así que si se

(80) A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, II (Murcia, 1947), p. 268.

(81) E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal* cit., I, p. 510.

(82) En este sentido, M. BOTO ESCAMILLA, *Algunas reflexiones sobre el caso fortuito ante la reforma penal*, en *Información Jurídica* (julio-agosto 1960), p. 7.

obró con la debida diligencia, se obró precisamente sin culpa (83).

Todo esto hace pensar que el artículo 64, pese a su tenor literal, no puede referirse más que a la ausencia de uno de los requisitos que figuran en el número 8.º del artículo 8, a aquel que tiene una inequívoca naturaleza culposa que es, ni más ni menos, la “diligencia debida” que se exige en la ejecución del acto lícito (84). Ni siquiera puede referirse a la “culpa” que el número 8.º del artículo 8 anuda al resultado causado por mero accidente, porque, en este caso, el requisito no está integrado por la simple ausencia de culpa, sino, copulativamente, por la ausencia de culpa y dolo, de tal manera que la falta de este requisito puede equivaler a la presencia de culpa o de dolo, y no necesariamente sólo de culpa. No otra era ya la opinión de Pacheco que, pese a la expresión plural del artículo 71 del Código de 1850, correspondiente al 64 del vigente, aseguraba linealmente, sin plantearse problemática alguna, en su comentario: “El número 8 del artículo 8 eximía de responsabilidad al que ejecutandó un acto lícito, con la *debida diligencia*, causase un mal por mero accidente. Con esta sola confrontación se ve que si ha faltado, en efecto, alguna parte de la debida diligencia, es natural que se haya caído en imprudencia temeraria” (85).

El artículo 64 no supone, pues, el reconocimiento de un caso fortuito “incompleto”, noción de suyo inadmisibles, sino que se limita a establecer que, cuando falte el requisito de la *debida diligencia* que figura en el número 8.º del artículo 8 como un presupuesto para que se opere la exención de responsabilidad criminal, se estará a lo dispuesto en el artículo 565. La disposición, a la luz de estas consideraciones y contemplada aisladamente, carece de sentido, pues bastaban los preceptos generales para que la doctrina y la práctica llegasen a la obligada conclusión de que, siempre que el resultado se haya producido por haber faltado a la diligencia debida, se ha incurrido en imprudencia punible. Sin embargo; la existencia del artículo 64 se explica en función de la lógica que informa el sistema del Código en el concreto punto de las eximentes incompletas. El Código comienza por considerar a la eximente octava como una de aquellas que aparecen condicionadas por una serie de requisitos. Así se desprende textualmente del artículo 64. Ahora bien, cuando faltase la diligencia de-

(83) A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal* cit., II, p. 268.

(84) Como dice J. DEL ROSAL, *Comentarios a la doctrina penal* cit., p. 9, la falta de diligencia va comprendida como requisito expresivo de culpa. Se trata, por lo demás, de una expresión que tiene un marcado carácter normativo y que puede ser aprovechada, como uno de los pocos datos positivos, a la hora de configurar normativamente la culpabilidad en nuestro Derecho penal. A nadie puede sorprender que la concepción normativa de la culpabilidad penetre preferentemente en los ordenamientos positivos por la puerta de la culpa, porque no en vano muestra E. MEZGER, *La culpabilidad* cit., p. 21 s., que culpa significa ya un reproche personal frente al autor, o, lo que es lo mismo, que culpa es reprochabilidad y por ello se identifica con el reproche normativo que caracteriza la esencia de la culpabilidad según la concepción normativa.

(85) J. F. PACHECO, *El Código Penal* cit., I, p. 402.

bida y el *mal* fuese consecuencia de esta falta de diligencia, en virtud del precepto establecido en el número 1 del artículo 9, se operaría automáticamente una *atenuación* de la responsabilidad. Pero al Código no podía pasar desapercibido que, si el resultado se produce por falta de diligencia, no se origina una pura y simple *atenuación* de la responsabilidad, sino que lo que sucede es que nace una responsabilidad autónoma de naturaleza distinta, que es, justamente, la disciplinada en el artículo 565. De ahí que, precisamente a la hora de dictar las reglas para la aplicación de la pena, el Código rescate, mediante el artículo 64, la producción del resultado a causa de la falta de diligencia debida del ámbito de la disposición del número 1 del artículo 9, y lo reconduzca a su sede natural, que es la de la imprudencia punible. Al sentar el Código, como requisito de la eximente octava, que el resultado no sea la consecuencia de no haber obrado con la debida diligencia, la ausencia de este requisito, es decir, la producción culposa del resultado se aleja de la imprudencia punible, contemplada en el artículo 565, en aras de la norma genérica establecida en el número 1 del artículo 9. Las cosas así, el Código necesita dictar una norma específica que, creando una excepción a lo dispuesto en el número 1 del artículo 9, atraiga de nuevo la producción culposa del resultado a la esfera del artículo 565 (*).

(*) Este trabajo fue redactado en el curso 1960-61 para dar cumplimiento a uno de los deberes que me incumbían como becario del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. En septiembre de 1961 fue entregado a la Redacción del Anuario de Derecho Penal. Desde esta fecha hasta el momento de corregir las pruebas, la literatura jurídico-penal española se ha visto enriquecida por dos aportaciones que interesan de modo concreto al tema. Nos referimos al amplio tratamiento que L. JIMÉNEZ DE ASÚA (*Tratado de Derecho Penal* VI, Buenos Aires, 1962, p. 214 ss.) dedica al caso fortuito, con indicación de un repertorio exhaustivo de bibliografía, y al artículo de J. CEREZO MIR, *El "versari in re illicita"* en el *Código Penal* (en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1962, página 47, ss.), en el que, como era obligado, el autor toma posición frente al número 8.º del artículo 8. Como ambas aportaciones no afectan, modificándolo, al esquema central de nuestro trabajo, hemos preferido mantener su estructura original, sin renunciar por ello a dar cuenta de aquéllas.

JIMÉNEZ DE ASÚA vuelve a insistir en que, incluso de *lege lata*, es necesaria y hacedera una interpretación de la eximente octava que evite los efectos del *versari* (p. 252). Esta interpretación es, a su juicio, posible porque el resultado fortuito (imprevisible) no puede considerarse delictivo, toda vez que en él falta la culpabilidad y en la dogmática española se exige el dolo o la imprudencia, demandando ésta, al menos, la previsibilidad (p. 254 y 290, nota 106). JIMÉNEZ DE ASÚA reafirma, pues, la sugestiva idea que había expuesto ya en el tomo V de su *Tratado* y a la que se ha hecho referencia en el texto de nuestro trabajo.

Por su parte, CEREZO reconoce también la necesidad de no considerar incluidos en el número 8 del artículo 8 todos los supuestos de caso fortuito (página 59). A su juicio, en relación con los supuestos no comprendidos en dicho precepto, es decir, aquellas hipótesis en que la conducta base sea ilícita, "cabría apreciar una causa suprallegal de exclusión de la culpabilidad (caso fortuito suprallegal)" (p. 59). En este punto el camino seguido por Cerezo se aparta radicalmente del seguido por nosotros.

Advierte CEREZO que no cabe objetar a la solución que él propone "que el artículo 8 sea un catálogo cerrado de las causas de exclusión de la responsa-

bilidad”, A su juicio, esto no es cierto, pues, por ejemplo, “la conciencia de la antijuricidad tiene relevancia en el Derecho penal español, a pesar de no ser mencionada expresamente en el Código” (ps. 59-60). Recuerda CEREZO, a este respecto, que el Tribunal Supremo “ha concedido relevancia a la falta de conciencia de la antijuricidad de la conducta cuando era debida a un error jurídico extrapenal” (p. 60, nota 37).

La solución de CEREZO que pudiera ser correcta en el plano teórico, es de muy difícil viabilidad práctica, a nuestro modo de ver. Aunque en el plano puramente doctrinal fuese lícito no considerar al artículo 8 como un catálogo cerrado, no se puede olvidar que el Tribunal Supremo viene declarando que “no pueden apreciarse otras eximentes que las expresamente comprendidas en el artículo 8” (S. 8 de marzo de 1872 y 24 de febrero de 1917), y niega, otra parte, en materia de eximentes, la analogía (S. 3 de junio de 1948 y 19 de junio de 1952). En este sentido, ha declarado, por ejemplo, la Sentencia de 15 de marzo de 1956 que sólo los preceptos que figuran como tales en el Código o en otras leyes de naturaleza penal, son “los únicos que han de servir de fundamento a las resoluciones de absolución o condena, que nunca pueden encontrar su base en razones de justificación supralegal”.

El razonamiento que aduce CEREZO de que el Tribunal Supremo ha concedido relevancia a la falta de conciencia de la antijuricidad de la conducta, a pesar de no estar incluida en el artículo 8, no arguye en favor de que el Tribunal Supremo haya reconocido o esté dispuesto a reconocer causas de exclusión de la responsabilidad supralegal. En efecto, cuando el Tribunal Supremo reconoció eficacia exculpatoria al error jurídico extrapenal, lo ha hecho apelando e invocando principios *expresamente recogidos por el Código*. Basta recordar aquí, a modo de paradigma, el razonamiento que se utiliza en la Sentencia de 7 de marzo de 1944: probado que el reo distrajo las aguas “en la creencia racional y fundada de que ejercitaba un derecho”, resulta acertada la declaración de que no “cometió delito”, pero esto “no en virtud de la eximente 11 del artículo 8, sino por la falta de voluntariedad maliciosa en la conducta del agente, es decir, por la constancia de prueba en contra de la presunción *inris tantum* que el artículo 1.º del Código penal establece”.

En consecuencia, hemos preferido, en vez de lanzarnos por la vía de la exclusión supralegal de la responsabilidad y reconocer un caso fortuito supralegal, cuya admisión se estrellará siempre, en la práctica, contra la posición hermética de nuestro más alto Tribunal, mantenernos fieles al prudente consejo de A. QUINTANO RIPOLLÉS (*Hacia una concepción unitaria* cit., p. 437), cuando a propósito de la problemática del error, advierte: “Que nuestra jurisprudencia no haya osado aún tan radical medida no es razón suficiente para que en cualquier momento, llegado el caso, pueda y aún deba hacerse. De ser así, el camino no ha de escogerse en una ampliación imposible de las circunstancias eximentes del artículo 8, sino en la exégesis de inversión del texto del artículo primero”.

No se trata, pues, de postular la admisión de una causa supralegal de exclusión de la responsabilidad, que vendría a sumarse a las expresamente previstas en el artículo 8, sino a negar, pura y simplemente, la existencia de delito por no aparecer satisfechas todas las exigencias que expresamente requiere el Código en su artículo primero. En parecidos términos ha planteado la cuestión, recientemente, J. CÓRDOBA RODA (*notas al Tratado de Derecho Penal*, de R. MAURACH, tomo I, Barcelona, 1962, ps. 165 y 218, y tomo II, Barcelona, 1962, ps. 30 y s.) operando con su sugestiva y novedosa interpretación de la *voluntariedad*, entendida como voluntad referida a la norma (Cfr. J. CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, Barcelona, 1962, ps. 64 ss. y del mismo autor, *Una nueva concepción del delito*, Barcelona, 1963, p. 93).