

# La preterintencionalidad en el Proyecto de Código penal de 1980

RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES,  
*Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Oviedo*

SUMARIO: I) Introducción.—II) Estado actual de la cuestión.—III) El artículo 173: Consideración preliminar.—IV) El homicidio preterintencional.—V) ¿Parricidio y asesinato preterintencionales?—VI) El artículo 173 en relación con las formas de imputación.—VII) Las lesiones preterintencionales.—VIII) La penalidad.—IX) Consideración final.

## I.—INTRODUCCION

Sin duda, una de las deficiencias más graves que aqueja al Código penal español vigente, es la que acusa en el tema de las formas de la imputación y de la culpabilidad en general.

Punto álgido de esta situación la representa la latencia del *versari* en sus diversas formas y manifestaciones, no sólo transformando el caso en culpa, sino también la culpa en dolo, lo que hace mucho más difícil una valoración exacta de cuál sea el verdadero sistema culpabilista, por así decirlo, de nuestro Código.

No se escapa a este cuadro el tema de la preterintencionalidad, con toda la vaguedad e imprecisión que este vocablo evoca, tanto en el orden estructural u ontológico como en el axiológico o valorativo.

A la luz de la evolución experimentada últimamente por el principio de culpabilidad, es sin duda tema de no escaso interés el de la preterintencionalidad. Dentro de ella ofrece acrecida importancia el tratamiento jurídico-penal del supuesto de lesiones seguidas de muerte.

Los autores del Proyecto, conscientes de esta situación, han intentado remediarla, esforzándose por radiar *ad limina*, y en forma reiterativa, casi obsesiva, el espectro del *versari*. Aparte otros retoques de menor importancia, así resulta fundamentalmente de los artículos 3, 17, 21 y 173. Conforme al artículo 3: «No hay pena sin culpabilidad. Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa»; el 17 dispone que: «Son delitos o

faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la Ley»; el 21, fuera ya del catálogo de las eximentes, en artículo especial y anterior al de estas últimas, advierte que: «Si el hecho se cometiere por mero accidente, sin dolo ni culpa del sujeto, se reputará fortuito y no será reprochable a su autor».

Dos cosas quedan dichas de forma rotunda: que no hay pena sin culpabilidad, y que ésta tiene dos formas, a saber, el dolo y la culpa.

El 173 se ocupa expresa y específicamente de la preterintencionalidad. Según veremos en breve, el Proyecto suprime los dos polémicos preceptos, el artículo 50 y la atenuante 4.ª del 9, y establece en su lugar figuras específicas de preterintencionalidad. En dicho artículo se tipifican el homicidio y las lesiones preterintencionales.

A continuación nos proponemos hacer unas observaciones sobre el artículo 173, en sí y en su relación con las formas de imputación reconocidas en las mencionadas disposiciones.

Sin duda, se ha querido inaugurar un nuevo marco normativo para la solución de los problemas que plantea la preterintención. Mas, para poder aquilatar su sentido y alcance quizá sea oportuno recordar, aunque muy brevemente, el estado actual de la cuestión.

## II.—ESTADO ACTUAL DE LA CUESTION

Cuando a consecuencia de lesiones se produce la muerte de la víctima, nos hallamos ante un supuesto cuyo tratamiento jurídico-penal muestra, como es bien sabido, una profunda diferencia entre la doctrina y la jurisprudencia. Discrepancia ésta motivada, en buena parte, por una serie de circunstancias de la evolución histórico-legal de nuestro Código, que han determinado una grave deficiencia normativa en el terreno de la culpabilidad y las formas de imputación.

El dispar trato dado al caso que nos ocupa por la doctrina y la jurisprudencia ha sido expuesto con detalle en numerosos y variados estudios, a los cuales nos remitimos (1). Al objeto de nuestro estudio es suficiente aquí una breve caracterización de cada una de tales líneas de solución.

(1) Entre ellas cabe destacar: ANTÓN, *Derecho Penal*, I, págs. 230 y ss.; del mismo, *Notas críticas al Código penal. Las lesiones*, en "Homenaje al P. J. Pereda", 1965, págs. 775 y ss.; BERISTAIN, A., *Observaciones acerca de las lesiones en el Derecho penal español y comparado*, en R.G.L.J., 1971; CEREZO MIR, *El "versari in re illicita" en el Código penal español*, en ANUARIO, 1962, págs. 47 y ss.; del mismo, *El "versari in re illicita" y el párrafo tercero del art. 340 bis a) del Código penal español*, en ANUARIO, 1970, págs. 287 y ss.; COBO DEL ROSAL, "Preterintentionem" y principio de culpabilidad, en ANUARIO, 1965, págs. 85 y ss.; CUELLO CALÓN-CAMARGO HERNÁNDEZ, *Derecho penal*, t. II, vol. 2.º, Barcelona, 1980, págs. 487 y ss.; FERRER SAMA, *Comentarios*, IV, 1959, página 243; GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966; JIMÉNEZ ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, VI, págs. 18 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Del llamado homicidio preterintencional* (Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1973), en "Revta. Jur. de Cat.", núm. 4, octubre-diciembre 1974, págs. 155 y ss.;

La doctrina, de forma prácticamente unánime, siguiendo el conocido criterio progresivo de Silvela en la delimitación conceptual y operativa entre el artículo 50 y la atenuante 4.ª del 9, reclama para el artículo 50 el supuesto en que el agente, habiéndose propuesto producir lesiones causa la muerte, basándose sustancialmente en que el delito intentado y el producido son delitos distintos, mientras que procede la atenuante 4.ª cuando se trate de un mismo delito pero con diferente gravedad. Al pronunciarse de esta forma, y prescindiendo del origen y del sentido que para el legislador del 70 pudo tener dicha norma, así como de los inconvenientes o incluso despropósitos punitivos que en otro orden de cosas puede producir, la doctrina al pronunciarse de esta forma asumía conscientemente un criterio de sentido progresivo de la culpabilidad, con la conciencia de restar campo de aplicación al *versari* latente en el artículo 9-4.º.

No es el resultado, sino la intención, lo que determina el título fundamental de imputación, y la gravedad del hecho. Se imputa un delito de *lesiones*, y la muerte actúa como motivo de agravación de esta responsabilidad.

El artículo 50, al ser aplicado a las lesiones seguidas de muerte, puede, sin embargo, dar lugar a una grave e innegable insuficiencia punitiva en aquellos casos en que la lesión, consumada o intentada, que causa la muerte, es, en cuanto tal, leve, de suerte que aunque se exaspere la pena a ella correspondiente hasta el grado máximo, dado que no se puede saltar ese marco, siempre resultará una penalidad excesivamente benigna, y de otra parte injusta, si se tiene en cuenta que ya sólo la obligada calificación posible del hecho como homicidio culposo rebasaría dicha penalidad; y, como es obvio, si para evitarlo se procede a esta última calificación, quedaría desatendido el aspecto subjetivo de la lesión inherente a esa conducta.

Esta insatisfacción es el motivo fundamental por el que la jurisprudencia desdena la aplicación del artículo 50 y sigue aferrada a la aplicación del consabido sistema atenuatorio del artículo 9, 4.º.

Al así proceder, impulsada por motivos prácticos de justicia, tendrá que pagar un elevado precio en el orden de los principios, como de forma reiterada ha señalado unánimemente nuestra doctrina: integrar la atenuante 9, 4.ª con el tipo de homicidio voluntario (art. 407),

---

PEREDA, J., *El "versari in re illicita" en la doctrina y en el Código penal*, Madrid, 1948; QUINTANO, *Curso de Derecho penal*, II, Madrid, 1963, página 18; del mismo, *Comentarios*, II, 1958, pág. 179; RAMIRO RUEDA, *Elementos de Derecho penal*, I, Santiago, 1891, págs. 177 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte Especial, Madrid, 1980, páginas 41 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, t. I, Barcelona, 1972, págs. 438 y ss., y t. II, págs. 205 y ss.; RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas al Tratado de Derecho penal*, de Mezger, II, Madrid, 1949, págs. 27 y ss.; DEL ROSAL, con COBO y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal Español* (Parte Especial), Madrid, 1962, págs. 146 y ss.; SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid, 1879, pág. 137; TORIO, A., "*Versari in re illicita*" y delito culposo. *El denominado caso fortuito impropio*, en ANUARIO, 1976, págs. 17 y ss.

dando así vida a la tan criticada figura contradictoria del homicidio *doloso preterintencional*.

Puesto que el homicidio del 407 —y lo mismo hay que decir del parricidio del 405— es homicidio doloso o voluntario y la atenuante se proyecta sobre él, aunque en el orden práctico la solución pueda no resultar *necesariamente* injusta —habida cuenta de su posible apreciación como muy calificada que rebaja la pena en uno o dos grados— es lo cierto que en el orden dogmático y de los principios la solución es criticable. Se afirma en definitiva la existencia de un homicidio voluntario atenuado. Mas como la muerte, por definición, no ha sido querida, o se opera con el concepto de dolo indirecto, que merece general rechazo, o se finge el dolo, de modo que se imputa el homicidio a título de dolo, se castiga «como si» fuese doloso, pése a que se sabe que no lo es. En el Código penal español vigente no existe, a diferencia de otros países, la figura del homicidio preterintencional, salvo que en un exceso de potenciación de la virtualidad sistemático-creadora del principio del *versari* ínsito en el 9, 4.º, quisiera uno entender que, mal que bien, ese precepto representa un *compendio* de figuras delictivas preterintencionales, lo cual no nos parece que sea de recibo.

La jurisprudencia se halla así incómoda y expuesta a la crítica dogmática derivada de la inexistencia de un tipo de homicidio preterintencional.

Verdad es que en estos últimos años ha dictado el Supremo algunas sentencias en que hace aplicación del artículo 50 (2). Pero se trata en rigor de muy aisladas resoluciones, que no pasan de ser insignificantes excepciones frente a la expuesta tesis jurisprudencial, que es absolutamente dominante en la materia (3).

### III.—EL ARTICULO 173. CONSIDERACION PRELIMINAR

El artículo 50 y la atenuante 4.º del 9 son suprimidos en el Proyecto. Conforme señala la Memoria, «se suprime la preterintencionalidad como también se prescindió antes de tratar este instituto en su versión heterogénea, tan escasamente aplicada en la práctica. Ha parecido más sencillo, a semejanza de otros Códigos, crear en el Libro II las figuras más acusadas de preterintención». Por ello «una de las principales novedades del Anteproyecto» es la creación de la «figura específica» de «*las lesiones seguidas de muerte*», así como otra para el supuesto de que «se produzcan lesiones más graves que las queridas por el culpable» (4).

Efectivamente, el artículo 173 prescribe que «El que, con actos

(2) Así, en las interesantes SS. de 15 noviembre 1969, 30 marzo 1973 y 22 febrero 1980 (en los principios, al menos).

(3) Vid., a este respecto, MUÑOZ CONDE, *loc. cit.*, pág. 156.

(4) *Memoria Explicativa del Anteproyecto de Código penal*, páginas 11-12 y 45.

dirigidos a producir una lesión, causare la muerte del lesionado o una lesión más grave que la querida por el culpable, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondería si el resultado hubiere sido causado dolosamente».

De esta suerte, quedan cobijadas en una misma fórmula la muerte y las lesiones preterintencionales, las cuales son sometidas a una misma regulación sustantiva.

A continuación trataremos primeramente de la muerte preterintencional, para pasar después a las lesiones preterintencionales.

#### IV.—EL HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

¿Cuál ha sido el hilo argumental de la nueva regulación de la muerte preterintencional?

1. Si uno diese crédito a la explicación que ofrece la Memoria, se habría tratado pura y simplemente de consagrar legalmente la conocida tesis de la jurisprudencia: se imputa la muerte a título de dolo pero corrigiendo la responsabilidad mediante la apreciación de la falta de voluntad de matar (atenuante de preterintencionalidad, que había sido suprimida en la Parte general del Código). «Para ser coherente con la supresión de la preterintencionalidad en el Libro I, dice la Memoria, había que prever esta figura específica», añadiendo que «la imposición de la pena inferior en uno o dos grados equivale a una atenuación calificada, establecida por ministerio de la Ley, ahorrando así a los Tribunales no pocas dificultades en tema tan espinoso» (5). Atenuación, pues, de la responsabilidad dolosa. La filosofía que inspiró la configuración del nuevo tipo sería, según ello, legalizar la preterintencionalidad como circunstancia atenuante muy cualificada del homicidio doloso con obligada apreciación para el Tribunal. En apoyo de ello viene el total paralelismo con que se ha tipificado y sancionado las lesiones preterintencionales en el mismo precepto, y el referido modo de fijar las penas en referencia simétrica a los diferentes tipos dolosos (6).

Contra este tipo de pensamiento constructivo se pueden formular, naturalmente, las mismas objeciones sustanciales que nuestra doctrina opone a la tesis que sirve de soporte técnico a las resoluciones de los Tribunales.

El tipo del artículo 173 puede, en principio, ser cualquier cosa: lesiones agravadas por la muerte, homicidio culposo especialmente agravado, o incluso figura mixta de lesiones y homicidio como norma especial de un concurso. Pero lo que no es admisible es conceptuarle como homicidio doloso atenuado, porque ello entraña la grave anomalía de una ficción de dolo. Postulando el dolo la indeclinable exigencia de referir el contenido de la voluntad al nexo causal entre acción

(5) *Memoria*, pág. 45.

(6) Así lo entiende también RODRÍGUEZ DEVESA, en *La Reforma penal y penitenciaria*, Santiago, 1980,, págs. 162-163.

y resultado, es claro que en la acción con eficiencia causal bifronte, lesión y muerte, si el agente no ha previsto la virtualidad homicida de su acción (intencionalidad lesiva), falta el dolo respecto de la muerte, y no hay homicidio doloso, por más que la acción sea dolosa en otro respecto. Y a partir de ahí no tiene sentido concebir la falta de voluntad homicida como una atenuante. ¿Atenuante de qué, y por qué? Sólo puede hablarse de atenuante respecto de un (a priori) *supuesto o fingido* homicidio voluntario. Con ello se desemboca en la contradictoria figura del homicidio doloso preterintencional.

No es, pues, posible reconducir el supuesto típico que nos ocupa al cauce del homicidio doloso, ni por tanto concebir la preterintencionalidad como circunstancia atenuante del mismo (7). Se hace preciso, por ello, buscar el verdadero contenido del supuesto en otra dimensión y con perspectiva diferente.

2. Efectivamente, el artículo 173 del Proyecto es susceptible de una interpretación distinta.

Examinando más de cerca el asunto, es fácil advertir que la comprensión que la Memoria ofrece difícilmente se corresponde con la realidad legislativa.

En efecto. No puede pasarse por alto el hecho de que el efecto atenuatorio de la preterintencionalidad es tan intenso y privilegiado que desmarca a esta *supuesta* atenuante del régimen propio de las circunstancias. Porque, pese a que la Memoria diga que «la imposición de la pena inferior en uno o dos grados equivale a una atenuación calificada», evocando así el efecto que a la atenuante 4.<sup>a</sup> del 9 le pueda corresponder cuando sea apreciada como muy calificada, lo cierto es que en el Proyecto más que «calificada» sería «supercalificada», por dos razones: a) Conforme al Proyecto, las circunstancias atenuantes cuando sean apreciadas como muy calificadas autorizan el descenso de la pena sólo a la inferior en *un* grado —en contraste con el Código vigente, que admite que la rebaja pueda ser de *dos* grados—; pero en cambio para la preterintencionalidad, que ha sido suprimida del catálogo de las circunstancias atenuantes, se ordena la inferior en uno o *dos* grados; el recorte del efecto atenuatorio no alcanzó a la preterintencionalidad. b) El efecto especialmente atenuatorio de la circunstancia muy calificada es, tanto en el Proyecto (un grado) como en el Código vigente (uno o dos grados), de apreciación facultativa para el Tribunal; por el contrario, para la preterintencionalidad (que según vimos admite la rebaja en uno o dos grados), se prescribe que el Tribunal está obligado a rebajarla por lo menos en un grado («establecida por ministerio de la Ley», dice la Memoria). Conforme a ello, la actual circunstancia 4.<sup>a</sup> del art. 9 es tratada en sus efectos como cualquier otra circunstancia, tanto si se la aprecia como circunstancia ordinaria o como muy ca-

(7) La pena es menor que la del homicidio voluntario, ciertamente; pero esto no prejuzga de suyo la cuestión de la naturaleza y estructura del supuesto típico, como tampoco la prejuzga, por su parte, la comprobación de que dicha pena es asimismo mayor que la del homicidio culposo, o la de las lesiones. Todo esto deja imprejuzgada la cuestión sustancial.

lificada. Por el contrario, el Proyecto, que borró la preterintencionalidad del catálogo de las circunstancias, le concede un efecto específico bien distinto.

De esta suerte, puede uno tener la sospecha de que no nos hallamos en realidad ante una *circunstancia*, sino ante un fenómeno distinto.

Estas connotaciones con un pensamiento «atenuatorio» no son de extrañar si se tiene en cuenta que entre nosotros hasta ahora el tema de las lesiones seguidas de muerte se ha movido dentro del reducido y forzado marco normativo constituido por el artículo 50 y la atenuante 4.ª del 9.

Pero, a decir verdad, el Proyecto, al reemplazar los mencionados preceptos conflictivos por la regulación que ofrece en su artículo 173, se sustrae a esa dialéctica, inaugurando un nuevo horizonte para la comprensión del fenómeno en estudio. Aunque la Memoria parece no despegar del planteamiento actual, creemos sin lugar a duda, que el texto legal da pie para una nueva concepción.

### 3. ¿Qué es lo que hay realmente en el artículo 173?

Como es sabido, la regulación jurídico-penal del supuesto de hecho que nos ocupa registra en el Derecho comparado dos sistemas diferentes, de caracteres y configuración bien distintos entre sí. No es necesario, y tampoco sería posible en el estrecho margen de esta colaboración, ofrecer una exposición minuciosa de cada uno de ambos sistemas, ni de todas las diferentes cuestiones y problemas inherentes a cada una de estas alternativas. Es suficiente ofrecer a grandes rasgos el perfil de una y otra, en la medida mínima indispensable para el objeto de nuestro estudio, que no es otro que el intento de comprensión y caracterización del tipo, o por mejor decir, tipos delictivos introducidos en el artículo 173 del Proyecto.

Los aludidos sistemas encarnan respectivamente en el Derecho alemán y en el italiano.

a) El Código alemán, dentro del capítulo de las lesiones, y bajo la rúbrica «Lesiones con resultado de muerte», prescribe en el párrafo 226 una agravación para el supuesto de que la lesión haya causado la muerte del lesionado. El título de imputación es el del delito de lesiones, cuya pena experimenta una agravación consistente en elevar el tope mínimo de la penalidad de la lesión correspondiente, que no podrá bajar de tres años (8). La estructura es la de una lesión dolosa cualificada por la muerte, que ha de ser imprudente. Por imperativo del párrafo 18 se excluye la muerte fortuita, pues conforme a esta importante y fundamental norma (9) si la Ley vincula a una determinada consecuencia del hecho una agravación de la pena, ésta sólo alcanzará al autor o al partícipe si dicha consecuencia le fuera imputable a título de culpa. Tanto en la calificación como en la fijación

(8) Se añade que en casos menos graves la pena será la de tres meses a cinco años.

(9) Sustancialmente equivalente a ella es el art. 3.º del Proyecto, que hemos recogido más arriba.

de la penalidad, al elegir la lesión como *Grundtatbestand* y la muerte como simple cualificación del mismo, adopta este Código una decisión fundamental, al rechazar el llamado homicidio preterintencional como tercera forma de imputación, intermedia entre el dolo y la culpa. Se inordina así en los *Erfolgsqualifizierte Delikte*, categoría que se apoya en la consideración de que la comisión de un tipo básico (determinado específicamente conforme al diverso elemento subjetivo) puede merecer pena agravada si causa un resultado dañoso adicional con el que se puede contar según la experiencia de la vida y que era previsible para el autor.

b) Por el contrario, la legislación italiana, ya desde los Códigos pre-unitarios, encarna el sistema opuesto. Este Código —y pese a la disidente opinión mayoritaria tradicional— tipifica el supuesto en cuestión como homicidio preterintencional, esto es, como tercera forma de imputación distinta del dolo y de la culpa. Con apoyo en el artículo 43, que reconoce tres formas fundamentales de imputación, dolosa, preterintencional y culposa, tipifica en el artículo 584 el homicidio preterintencional, bajo este mismo nomen, al disponer que «Quien con actos dirigidos a cometer uno de los delitos previstos en los artículos 581 (golpes) y 582 (lesiones) causa la muerte de una persona, será castigado con la pena de reclusión de diez a dieciocho años».

El homicidio doloso reconoce en el Código italiano, como es sabido, unas agravantes —coincidentes sustancialmente con las cualificativas de nuestro parricidio y asesinato— que motivan un aumento, considerable, de la pena (arts. 576 y 577). Esas mismas circunstancias engendran agravaciones específicas cuando concurren en el delito de lesiones: si es alguna de las mencionadas en el artículo 576 la pena es aumentada de un tercio a la mitad, y si son de las del artículo 577 se aumenta hasta un tercio. Surgen así tipos especialmente agravados de lesiones, tanto del tipo básico (las del artículo 582) como de los tipos ya agravados previstos en el artículo 583. Se trata, pues, de tipos agravados de lesiones, cuyo paralelo en nuestro Código está representado por el penúltimo párrafo del artículo 420, y cuya cuantía agravatoria es también sustancialmente equivalente. Este cuadro normativo del Código italiano se cierra con una disposición altamente importante para el objeto de nuestro estudio, la contenida en el artículo 585. Conforme a éste, las circunstancias que motivan la agravación del homicidio y la agravación de las lesiones, que, según acabamos de señalar, son las mismas en una y otra especie delictiva, agravarán asimismo la pena del homicidio preterintencional, y justamente en la misma cuantía en que lo hacen las lesiones: de un tercio a la mitad si se trata de las del artículo 576, y hasta un tercio si de las del artículo 577. Se configura así, salvada la nomenclatura y la diferente forma de articular el sustrato normativo, el parricidio y el asesinato preterintencionales. Quede constancia de ello aquí por el momento; luego volveremos sobre esta importante cuestión. Para la recta comprensión de la normativa del homicidio preterintencional debe todavía recordarse otro precepto del mismo, que puede ofrecer luz de contrapunto



a la configuración del 584. Me refiero al artículo 586. Este artículo, bajo la rúbrica legal «muerte y lesiones como consecuencia de otro delito», dispone que «cuando de un hecho previsto como delito doloso deriva, como consecuencia no querida por el culpable, la muerte o lesión de una persona, se aplican las disposiciones del artículo 83, pero las penas establecidas en los artículos 589 (homicidio culposo) y 590 (lesiones culposas) son aumentadas». El artículo 83, al que remite, prescribe que «si por error en el uso de los medios de ejecución del delito, o por alguna otra causa, se ocasiona un resultado diverso del querido, el culpable responde, a título de culpa, del resultado no querido, cuando el hecho esté previsto por la Ley como delito culposo», añadiéndose que «si el culpable ha causado también el resultado querido, se aplican las reglas del concurso de delitos».

Sobre este complejo y delicado cuadro normativo deberá actuar el intérprete para formar una opinión sobre el homicidio preterintencional.

Creo que no pecaría de exagerado si dijese que todo lo que pueda decirse sobre la figura en cuestión ha sido fundamentalmente dicho ya por la doctrina italiana, la cual ha tenido que enfrentarse con ella desde los Códigos anteriores a la unificación a través de una sutil y larga evolución, y que ha sido objeto de numerosos estudios y trabajos preparatorios de los diferentes textos legales. Creemos por ello que no cabe nada nuevo que aportar, por un lado, y por otro que no tendría sentido, para el objeto de nuestro trabajo, recordar aquí el ardor y el tono polémico con que han sido abordadas y debatidas las diversas alternativas de comprensión o conceptualización producidas en torno a la figura en examen.

La comprensión estructural y sustancial de la figura delictiva en cuestión depara en la literatura penal italiana posiciones varias y diversas entre sí. No es necesario reseñarlas aquí. Pero no podemos por menos de recordar un estudio muy reciente debido a Patalano (10), que constituye un profundo análisis, de rigurosa coherencia sistemática, sobre la estructura del homicidio preterintencional, y que creemos útil traer aquí a colación por lo que pueda tener de ilustrativo para la comprensión del delito tipificado en el artículo 173 de nuestro Proyecto.

Patalano, después de llevar a cabo un análisis crítico de las posiciones más significativas de la doctrina y la jurisprudencia, advierte que para una ulterior confirmación de la incertidumbre de los resultados obtenidos por las orientaciones tradicionales bastaría considerar que una parte de la doctrina, cuando define la preterintención como un mixto de dolo y culpa o como un mixto de dolo y de responsabilidad objetiva, o bien, todavía, como una hipótesis excepcional de concurso de delitos o de delitos agravados por el resultado, partiendo del presupuesto de la duplicidad de resultados realizados por el agente, no alcanza a explicar, también a efectos de la formulación del artículo 43,

---

(10) PATALANO, voz *Homicidio (Derecho penal)*, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXIX (1979), págs. 973 y ss.

la *ratio* de una específica previsión del homicidio preterintencional distinta de las hipótesis de que trata el artículo 586. Se puede decir por ello, continúa Patalano, que a la figura de delito en examen, «a seconda delle scelte dommatiche operate di volta in volta», viene atribuida, ora una estructura unitaria, ora compleja, caracterizada según algunos por un sólo evento, según otros por varios eventos, y, mientras por una parte se la refiere al llamado conflicto aparente de normas, de otra se la reporta al concurso de delitos. Ha sucedido así que justamente por no haber cogido la sustancial unitariedad, bajo el perfil subjetivo y objetivo del hecho preterintencional y su consiguiente autónomo contenido de disvalor, la jurisprudencia, en algunas decisiones, ha acabado por desvincular completamente los actos dirigidos a realizar la lesión o los golpes del ulterior evento no querido, con la consecuencia de alterar los términos de la relación de causalidad entre la conducta realizada y el resultado que efectivamente se ha verificado (11).

A continuación, en una exposición rigurosa y coherente, ofrece el autor una interpretación de la figura del artículo 584 a la luz de la preterintencionalidad como forma de imputación distinta del dolo y de la culpa, llegando así al homicidio preterintencional propiamente dicho. De esta suerte establece una armonía conceptual, sustancial, del artículo 584 con el 43, que reconoce una forma de imputación llamada preterintención como forma distinta del dolo y de la culpa, y justifica la existencia del 584 frente al 586, al explicar la *ratio* del destaque de aquél frente a éste.

Tanto estructural como jurídicamente es una figura unitaria.

El resultado típico es la muerte, que ha sido causada adecuadamente mediante un acto dirigido a producir una lesión. En el orden estructural es una especie de *aberratio delicti*. No hay delito de lesiones, y si se da un resultado lesivo éste es, de suyo, irrelevante, al no desempeñar papel alguno en el tipo. Es más, en un alarde de audacia entiende el autor —distanciándose del común sentir de la doctrina italiana— que no es necesario siquiera que los actos dirigidos a causar la lesión (o golpes, en su caso) constituyan tentativa, no exigiéndose por tanto idoneidad de los mismos en el sentido del artículo 56, siendo suficiente sean unívocos, exigencia ésta que parece lo mínimo irrenunciable. Conducta, pues, intencionalmente lesiva que causa la muerte adecuadamente.

En la estructura del tipo del artículo 584 no hay, pues, dos delitos, ni un delito de lesiones agravado por la muerte, sino el homicidio preterintencional, que expresa un autónomo contenido de disvalor en consideración del diferente elemento psicológico y presenta por ello características peculiares respecto del homicidio voluntario y del homicidio culposo. En el homicidio preterintencional se produce una situación sustancialmente análoga a la que se verifica en el homicidio culposo, mas no idéntica, porque el antecedente causal de la muerte es una acción intencionalmente agresora a la integridad, lo que permite

(11) PATALANO, *loc. cit.*, págs. 978-979.

así hablar de una progresión delictiva. El hecho de ocasionar un evento antijurídico más grave que el querido recostándose en el plano causal sobre una acción voluntaria y antijurídica del sujeto, delimita los confines de la tipicidad de la conducta preterintencional, que consiste en la realización voluntaria de un comportamiento antijurídico, en cuanto intencionalmente dirigido a la agresión del bien de la incolumidad individual, al que sigue un evento más grave que el proyectado; evento que podía ser evitado por parte del agente mediante un control más atento y consciente del curso causal relativo al resultado que se quería conseguir (12).

La intensidad de la aludida progresión inherente al supuesto típico del 584, es lo que marca la diferencia que separa al mismo respecto del 586, frente al cual aquélla es norma especial. La consideración de las notas especializantes del homicidio preterintencional respecto de la figura del artículo 586, permite coger la *ratio* de la mayor gravedad de la pena reservada para la hipótesis en examen. La *relación ministerial al Proyecto definitivo*, recuerda Patalano, conduce la *ratio* de la medida más elevada de la pena a la oportunidad «de una más vigorosa tutela en tema de delitos de sangre» (13). La interpretación de las normas citadas confirma que cuanto más conscientemente la conducta se dirige a la agresión del bien vida, tanto más rigurosa es la sanción prevista por el ordenamiento. En efecto, mientras el artículo 586, en que la muerte puede seguir también a una acción o a una omisión que no ponga necesariamente en peligro el bien de la vida, conmina un aumento de pena para el homicidio culposo, el artículo 584, donde el evento letal, siendo consecuencia de actos ya de por sí dirigidos a ofender el bien de la incolumidad personal, debe ofrecerse a la mente del reo como una posibilidad no tan remota, fija la pena de modo autónomo respecto a la hipótesis culposa, y en medida mucho mayor que aquélla que derivaría en la hipótesis de concurso de delitos (14).

Conforme a la interpretación que ofrece Patalano del delito tipificado en el artículo 584, se trata de una figura unitaria, que es el homicidio preterintencional, coherentemente con el concepto de la preterintención como tercera forma de imputación penal que reconoce el Código italiano, tan diferente, diametralmente opuesta a la concepción legal del supuesto en estudio por parte del Código alemán.

Nosotros echamos de menos, sin embargo, en el estudio de Patalano, una explicación *sustancial* de ese supuesto «contenido autónomo de disvalor» que se predica del homicidio preterintencional, esto es, de qué se nutre o cuáles son sus ingredientes.

4. ¿A cuál de las descritas alternativas se debe ascribir el nuevo tipo delictivo diseñado en el artículo 173?

Como «lesiones seguidas de muerte» califica la Memoria a la nue-

---

(12) PATALANO, *loc. cit.*, pág. 981.

(13) *Relazione ministeriale al progetto definitivo*, en *Lavori preparatori del Codice penale e del codice di procedura penale*, V, pt. II, Roma, 1929, pág. 384.

(14) PATALANO, *loc. cit.*, pág. 981.

va figura. Pero a esta frase no debe atribuirse otro valor que el de una simple nominación genérica del supuesto fáctico, sin valor técnico jurídico, quedando por ello imprejuizada la cuestión de si el tipo gravita sobre la lesión, sobre la muerte, o sobre ambas. Tampoco la colocación sistemática del precepto permite inferir ninguna conclusión al respecto, dado que figura en un Capítulo de «disposiciones comunes» a los anteriores, entre los que figuran el homicidio y las lesiones (15).

A nuestro juicio, el artículo 173 introduce en nuestro Código el homicidio preterintencional. Y, por cierto, dado su lugar sistemático, su configuración y la forma de determinación de las penas, no sólo el homicidio, sino también el parricidio y el asesinato preterintencionales, por más que esta última nominación suene de modo tan extraño.

Abonan esa opinión diversas razones.

Una reflexión sobre los diversos extremos de la estructura del tipo creemos conduce, sin lugar a dudas, al homicidio preterintencional como delito contra la vida, que es imputado no a título de dolo ni de culpa, sino en la forma preterintencional, al estilo del Código italiano. La normativa del Proyecto recuerda mucho al artículo 584 del Código italiano, como es fácil comprobar.

Verdad es que al ser necesarios actos dirigidos a producir una lesión, y no ser equivalente los meros golpes (salvo que fueran animados de la intención de producir un menoscabo en la salud o en la integridad, en cuyo caso habría ya actos dirigidos a lesionar), ello supone un importante recorte en el ámbito del homicidio preterintencional. Pero no altera los términos de dicha semejanza estructural.

Otra diferencia se aprecia en la redacción de ambos textos. Diferencia que a primera vista pudiera parecer que compromete la anterior conceptualización del hecho como «*homicidio* preterintencional».

En el italiano (dejando ya aparte la referida diferencia de ámbito), la expresión legal «con actos dirigidos a cometer una lesión causare la muerte de un hombre», permite entrever con claridad el perfil de *aberratio delicti* del supuesto típico, desde el momento que basta la tentativa de lesiones (16), sin necesidad de que haya consumación de las mismas. El Proyecto español, en cambio, dice «con actos dirigidos a producir una lesión, causare la muerte del *lesionado*». ¿Es necesario que haya una lesión consumada?

Es posible que la mención del «lesionado» no haya tenido en la intención del legislador más que un valor semántico, por comodidad estilística. Quizá también cabría entender que se pensó en el «lesionado» *in mente*, esto es, intencionalmente, señalando así la necesaria identidad de persona; y ello en una cierta coherencia contextual con las lesiones preterintencionales, en que no hay dos lesiones consumadas,

(15) En otros códigos suele rubricarse nominalmente el supuesto típico. Así, el alemán, parágrafo 226, «lesión con resultado de muerte», o el italiano, art. 584, «homicidio preterintencional».

(16) E incluso a juicio de Patalano ni siquiera la tentativa en sentido técnico. Cfr. arriba epigrafe en que se hizo referencia a este extremo.

las queridas y las efectivamente causadas, dado que consumadas han sido sólo estas últimas, si bien con el elemento subjetivo de las primeras. Uno puede, claro está, aferrarse a una interpretación literal restrictiva, exigiendo que los actos dirigidos a producir una lesión efectivamente alcancen la consumación. Lo cual no significa necesariamente que esa lesión consumada tenga que ser por sí la causa de la muerte, y no más bien los actos dirigidos a producir esa misma lesión pero en su dimensión causal de la muerte, no necesariamente coincidente con la causal de las lesiones.

Pero aun si se admitiese esta última interpretación, con ello no queda cerrada la vía al homicidio preterintencional, sino que únicamente se habría, mediante esa interpretación gramatical restrictiva, reducido el ámbito de operatividad del precepto. Quiere decirse que aun así no quedaría necesariamente prejuzgada la naturaleza del delito en el sentido de que se impute, a semejanza del Código alemán, un delito de lesiones agravadas por el resultado muerte (17).

Creemos, sin lugar a dudas, que no se trata de un precepto semejante al parágrafo 226 del Código alemán, en que el énfasis estructural está puesto en la lesión (que al verse seguida de la muerte agrava su responsabilidad del modo que ya hemos dejado expuesto) sino al contrario, en la muerte, como resultado sobre el que gravita el tipo, muerte que ha sido producida mediante unos actos intencionalmente dirigidos a causar una lesión.

En apoyo de esta comprensión, a lo dicho hasta aquí se deben todavía añadir otros argumentos, como son los siguientes:

El modo de fijar las penas por descenso en referencia a los tipos dolosos del delito de homicidio, que no puede ser entendida, ni por su cuantía ni por su uniformidad, como un cómodo expediente de fijación de las penas del delito de lesiones. La explicación de la Memoria, que, aunque, según vemos, es incorrecta (al concebir la preterintencionalidad como atenuante calificada del homicidio doloso) apunta al título de homicidio y no en absoluto al de lesiones (18).

Se consagra legalmente la tesis jurisprudencial, que coincide con la explicación de la Memoria. Sería poco coherente se tratase de lesiones agravadas, y admitir, como se admite, el parricidio y el asesinato preterintencionales sin haber previsto en el Capítulo de las lesiones figuras agravadas de este delito por la condición de pariente próximo (artículo 405) de la víctima o la concurrencia de las agravantes del 406, pues, según después veremos, el actual párrafo penúltimo del artículo 420, que las contiene, ha sido suprimido en el Proyecto. A lo que debe aún añadirse la observación de que, si el punto de arranque para la fijación

---

(17) Con ello —dicho sea para evitar malentendidos— no se afirma que el disvalor de la lesión, ya sea consumada o intentada, no cumpla ningún papel en la configuración del contenido de disvalor específico del homicidio preterintencional, cuestión ésta a la que habremos de referirnos próximamente.

(18) "Versión heterogénea, tan escasamente aplicada en la práctica", dice la Memoria para referirse al art. 50 del Código vigente, que es el que califica e imputa el hecho a título de lesiones.

de la penalidad hubiera sido el de la lesión, es improbable que hubiera pasado inadvertido, según luego se verá al tratar de la penalidad, que la pena de las lesiones más graves (las del art. 169) es ya por sí sola más grave que la que el artículo 173 prescribe para el homicidio preterintencional, con lo que la producción, a consecuencia de ellas, de la muerte, representaría no una agravación, sino un privilegio de ese delito de lesiones.

Por todo lo dicho hasta aquí, no parece lógico pensar se trate en el 173 de una norma de concurso (lesiones dolosas más homicidio culposo), en cuyo caso el sumando de las lesiones hubiera debido ser cuantificado de conformidad con la gravedad de la lesión para hallar así reflejo en una penalidad modulada coherentemente con la importancia y gravedad de ese sumando. Una tal supuesta norma del concurso no hubiera hecho falta alguna, como no lo hizo tampoco, por señalar algún ejemplo ilustrativo, en el aborto practicado con «riesgo grave para la vida o salud de la embarazada», que contempla el artículo 163-2.º, seguido de muerte, que se rige por la normativa propia del concurso.

Reconocida la presencia en el artículo 173 del homicidio preterintencional, deben hacerse algunas precisiones sobre la dicción del texto legal, para poder luego pasar a consideraciones de más alcance.

Una observación conviene hacer sobre la expresión «actos *dirigidos* a producir una lesión», que puede resultar desorientadora. Con esta frase, coincidente con la del Código italiano, se quiere expresar una conducta de lesiones, tanto en lo objetivo como en lo subjetivo. Ya se entienda sea necesaria la consumación o baste la tentativa, en todo caso se está queriendo diseñar una acción dolosa de lesiones. Y, a nuestro juicio, con indiferencia de que se realice con dolo directo o con dolo eventual, pues no hay razón que pudiera avalar la exclusión de este último.

La frase legal, con la que se ha querido señalar el dolo de lesiones y la ausencia de dolo homicida, nos parece poco afortunada en la medida en que pudiera suscitar la creencia de que el tipo exige el dolo directo.

La configuración del homicidio preterintencional sobre el presupuesto de una acción *dolosa* de lesiones, conlleva, en otro orden de cosas, una importante decisión (que se ve arropada y confirmada por el contexto legal de la nueva regulación del delito de lesiones que aporta el Proyecto): la correcta concepción del dolo de lesiones como voluntad de producir un menoscabo en la integridad o en la salud de la persona, y no como mera voluntad de herir, golpear o maltratar. Al elemento subjetivo del delito de lesiones volveremos a referirnos más adelante, con ocasión del análisis de las lesiones preterintencionales, que es otra de las novedades del Proyecto. Mas conviene en esta sede llamar la atención sobre la necesidad de precisar con todo rigor el elemento psicológico en cuestión, así como la incidencia que en él pudiera tener la eventual adherencia de una finalidad ulterior, lícita o ilícita. La precisión de este concepto tiene sumo interés, ante el sus-

trato de progresión delictiva que está a la base de la estructura del homicidio preterintencional.

Supuesto el dolo de lesiones, pero de lesión constitutiva meramente de una falta, que produce la muerte, cabe preguntar si se integrará el homicidio preterintencional. Posiblemente sí. Porque, de una parte, la Ley no exige que la muerte se produzca como consecuencia de la lesión causada, a diferencia del Código alemán, sino como consecuencia de los «*actos dirigidos a producir una lesión*», y lesión es también la falta de lesiones, y por otro lado, estando el artículo 173 en un capítulo de «Disposiciones comunes», bien puede entenderse que su comunidad le une con el capítulo del homicidio, no con el de las lesiones diseñadas en los artículos 166-170, que son todas *delitos*. Es dudoso, sin embargo, que esta solución pueda prosperar en la práctica (19).

Sea aprobatorio o desaprobatorio el juicio que a uno le merezca el que el Proyecto haya optado por la alternativa italiana, y no por la alemana, una cosa sí queda fuera de toda duda: que nuestros Tribunales con el artículo 173 dispondrían de un cauce legal para seguir manteniendo su conocida tesis, sin incurrir por ello ya más en la contradictoria figura del homicidio doloso preterintencional, desde el momento y hora que no se verían obligados, como lo están ahora, a integrar la *atenuante* de preterintencionalidad con el tipo doloso de homicidio, sino que aplicarían sin más trámite dialéctico el artículo 173.

5. Examinada la estructura ontológica del homicidio preterintencional, debemos preguntarnos ahora por una cuestión sustancial, la cuestión de su axiología, por decirlo de algún modo.

Retomamos así la cuestión que habíamos dejado insinuada en páginas anteriores a propósito de la exposición del pensamiento de Patalano, la cuestión acerca de la esencia del supuesto «contenido autónomo de disvalor» del homicidio preterintencional. Se hace necesario saber de qué se nutre o cuáles son los ingredientes del mismo.

Patalano insiste, al configurar en el orden estructural el supuesto típico, en el elemento de los «actos dirigidos a producir una lesión» como requisito o presupuesto del mismo, pero no sabemos —máxime cuando para él no es menester que haya lesión ni consumada ni intentada, según se indicó— si tales actos desempeñan algún papel en la configuración de ese contenido autónomo de disvalor, si contribuyen a su integración y, caso afirmativo, en qué medida, de qué forma, y desde qué perspectiva.

El disvalor del resultado muerte, que es el resultado típico, no ofrece problemas mayores, pues absorbe el disvalor de resultado propio del delito de lesiones. Pero en cuanto al disvalor de acción, ¿cuál es? ¿Hay un disvalor de acción homicida preterintencional, distinto del propio del dolo y del de la culpa? ¿No será el disvalor de acción propio del delito de lesiones, que transita potenciado al homicidio preter-

---

(19) Desde luego, hoy, de *iure condito*, a la luz del art. 50, debe ser rechazada. Vid., al respecto, MUÑOZ CONDE, *ob. cit.*, pág. 167 de la separata.

intencional, sin perderse, como un irrenunciable elemento de disvalor coconstitutivo del mencionado contenido autónomo de disvalor del homicidio preterintencional?

Todas estas y otras posibles preguntas no son ociosas. Antes o después saldrán al paso. Y entonces no bastará decir que pareció oportuno al legislador, desde una determinada perspectiva de política criminal, potenciar la penalidad de la causación involuntaria por el hecho de que su *antecedente causal* se halle en un acto *subjetivamente lesivo*. Así, por señalar algunos ámbitos de cuestiones, el funcionamiento de las causas de justificación; si, por ejemplo, la lesión fue consentida eficazmente (conforme al art. 5 del Código civil) y por tanto justificado el disvalor propio de este delito, si ella ocasionó la muerte del lesionado, ¿se dará el homicidio preterintencional? O el modo de funcionar las agravantes específicas previstas para el homicidio preterintencional en el artículo 585; siendo éstas, como son, las mismas agravantes previstas para el homicidio doloso y para las lesiones, ¿llegan al homicidio preterintencional directamente, o a través de la lesión agravada?; por ejemplo, sobre qué extremo de la figura típica opera la agravante de premeditación y cómo se integra en ella. Estas mismas cuestiones cabe plantear de cara al artículo 173 del Proyecto de Código penal español. A ellas nos referiremos a continuación.

#### V.—¿PARRICIDIO Y ASESINATO PRETERINTENCIONALES?

Al prescribir el artículo 173 que el que con actos dirigidos a producir una lesión cause la muerte del lesionado será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondería si el resultado hubiera sido causado dolosamente, plantea la cuestión de si el fenómeno de la preterintencionalidad en el delito de homicidio no se contrae al homicidio simple, sino que comprende igualmente al parricidio y al asesinato preterintencionales, esto es, los supuestos en que medie alguna de las circunstancias cualificativas determinantes del parricidio y del asesinato. En estos dos últimos casos procederá la pena inferior en uno o dos grados respecto de la de los mismos delitos cometidos dolosamente, y de tal suerte aparecen como formas agravadas respecto del homicidio simple preterintencional. De esta forma en el artículo 173 se cobijarían tres tipos de muerte preterintencional: la del homicidio simple, la del parricidio y la del asesinato.

En apoyo de una respuesta afirmativa cabría señalar: el carácter común del capítulo en que se encuentra el artículo 173; el término neutro «muerte» que se emplea para designar el resultado típico, y el modo de fijar la penalidad en referencia paralela al delito doloso. A ello hay aún que añadir que no se puede olvidar el sentido del artículo en cuestión, que es el de dotar a los Tribunales del instrumento técnico-legal necesario (20). Como es sabido, aquéllos vienen admitiendo

(20) *Memoria, cit.*, pág. 45.



ya sin dificultad el parricidio preterintencional en diversas resoluciones (21).

Y, con el Proyecto, ¿por qué no también el asesinato preterintencional?

Algún autor se ha pronunciado ya en sentido afirmativo (22).

La dificultad semántica del *nomen* asesinato y parricidio preterintencional nos parece que no es decisiva. Pues lo que en nuestro Código aparece bajo las figuras de parricidio y asesinato, en otros, como el italiano o el alemán, por poner dos ejemplos significativos, no es sino un homicidio agravado, es decir, la causación voluntaria de una muerte en que concurre el parentesco del artículo 405 o alguna de las circunstancias del 406 (23).

Y ya en esta sede, la única cuestión realmente importante sería esta: De qué forma pueden operar las circunstancias agravantes si la muerte por definición no ha sido querida, es decir, cómo operan o cómo llegan al homicidio preterintencional los motivos de agravación para hacer surgir las más graves figuras del parricidio y el asesinato preterintencional.

Cuestión esta sutil y complicada, quizá más de lo que pueda parecer a primera vista, debido a que ya el homicidio simple preterintencional es una creación legal, una construcción, expresiva de una simbiosis de elementos diversos de dos delitos distintos, bien que próximos. Y el problema por ello se acrecienta en las formas agravadas del homicidio, por razón del dolo.

La dificultad de un intento de respuesta viene condicionada, a nuestro juicio, por la conceptualización que merezca el tipo del artículo 173.

Si la estructura del artículo 173 fuese la de un concurso de lesiones dolosas más homicidio culposo, la cuestión admitiría más fácil respuesta. Pues entonces para que las lesiones seguidas de muerte

(21) Así, en SS. 21 febrero 1978 y 27 marzo 1980.

(22) TALÓN MARTÍNEZ, F., en "Rvta. Jur. de Cat.", núm. extra, 1980, pág. 95.

(23) No se nos oculta la dificultad técnica que de una posible comprensión del parricidio y el asesinato como figuras autónomas puede surgir para el funcionamiento y la apreciación de las circunstancias calificativas del art. 406 en el asesinato preterintencional. Pero poderosa es la ley: habría que entender implícito en el art. 173 el mandato de que los motivos de agravación de asesinato sean apreciados sin necesidad de que se les refiera exclusivamente a la muerte, del modo que luego se dirá, y de análoga manera a como tampoco en el homicidio simple es referido el dolo a la muerte. Es decir, habría un mandato implícito semejante al expreso de art. 585 del Código italiano, que ordena, según se vio, importantes agravaciones en el homicidio preterintencional cuando concurren las circunstancias en cuestión (cfr. *supra* IV, 3 b).

Naturalmente, uno puede pensar, con CARRARA (*Programma*, Parte Especial, vol. I, págs. 138 y ss.), que aplicar la premeditación al homicidio preterintencional (quien causa sin preverlo la muerte de aquél a quien infiere premeditadamente una lesión) no pasa de ser una "feroce poesía". Pero esto es ya otra cuestión. Lo cierto es que el art. 585 del Código italiano lo ordena.

reconociesen figuras agravadas respecto del homicidio simple, sería preciso que existiese un contexto normativo que reconociera tipos agravados de lesiones en base a esas circunstancias; el sumando lesión entraría en el complejo como lesión agravada. El otro sumando, muerte, podría, aunque ello no es de todo punto necesario, verse también agravado pero bajo la condición de que la causación culposa de la muerte del pariente estuviese reconocida como forma más grave que la muerte imprudente de un extraño. Entonces, en el complejo entraría cada uno de los sumandos ya agravado, y el hecho total arrojaría un mayor contenido de disvalor jurídico-penal. En el Código vigente, como es sabido, el parentesco no es motivo de agravación específica del homicidio culposo. Pero las lesiones, en cambio, sí se ven agravadas, y por cierto de forma muy considerable, cuando «el hecho se ejecutare contra alguna de las personas que menciona el artículo 405 o con alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 406» (art. 420, párrafo penúltimo). De ahí que los Tribunales, al castigar, bajo el Código vigente, más gravemente el parricidio preterintencional que el homicidio preterintencional, no dejan de estar asistidos de una razón de fondo (consideración aparte de los reparos que en otro sentido se les pueda hacer, según hemos expuesto más arriba).

En el Proyecto, y siguiendo bajo una *hipotética* conceptualización del 173 como suma de lesiones dolosas más homicidio culposo, sería muy distinta la solución del problema que nos ocupa. Pues, en efecto, el Proyecto, por un lado, ha suprimido los tipos agravados del delito de lesiones, reconociendo así que las lesiones graves (art. 420) o menos graves (art. 423) inferidas a un pariente próximo no son merecedoras de mayor sanción que las causadas a un extraño; y, por otra parte, no se castiga con mayor sanción la causación imprudente de la muerte de un pariente que la de un extraño (cfr. art. 175 del Proyecto). Si en lo segundo coincide con el Código vigente, en lo primero se distancia netamente de él, y no sólo de él sino también de otros Códigos, tales como el italiano o el alemán, que contienen a este respecto una regulación similar a la del Código español vigente. Si, pese a la concurrencia de las circunstancias en cuestión, ninguno de los dos sumandos acusa mayor gravedad, tampoco podría experimentar la figura global de lesiones seguidas de muerte. Y, desde la óptica que analizamos, resultaría poco convincente si, para salvar la antinomia normativa que acusa esa incoherencia, se adujese que sólo se ha querido dejar funcionar el motivo de agravación en la lesión si a ella se adhiere el otro sumando.

Mas si, contrariamente, se abandona esa comprensión del artículo 173, y en su lugar se entiende, como creemos obligado por las razones expuestas más arriba, que estamos ante una figura unitaria autónoma, ante el homicidio preterintencional propiamente dicho, la cuestión que tenemos pendiente se hace de más difícil respuesta. Su complejidad arranca de que el resultado típico es la muerte, y sólo ella, mientras que la conducta la constituye un acto dirigido a producir una lesión.

Dada la progresión estructural, el acto dirigido a producir la lesión

queda absorbido en el título del homicidio preterintencional, mas no como lesión sino como eslabón de este último, lo cual no es obstáculo para que dicho acto entre con todo su peso específico, el cual aún se ve superado por virtud de la eficiencia letal del mismo.

El mayor contenido de disvalor provocado por la circunstancia agravatoria accede a través de la conducta (24) (subjektivamente dirigida a producir una lesión). Mas, por el tipo autónomo del homicidio preterintencional no queda captado como lesión agravada, o cuando menos no tan sólo como lesión agravada, pues la conducta no sólo tiene la dimensión (intencional) lesiva (25), sino todo el peso que le confiere la dimensión letal (26), y, por tanto, dicha conducta, como eslabón en una cadena progresiva, puede verse afectada por la circunstancia en ambas dimensiones. El que lo sea más o menos en una de ellas, o en la otra, dependerá fundamentalmente de la clase y naturaleza de la circunstancia de que se trate; así, la que se refiera a los medios no operará lo mismo que la que se funde en el móvil o en la intensidad del dolo, o en la relación entre sujeto activo y sujeto pasivo del delito.

No es posible en el marco de este breve comentario, descender a un examen de mayor profundidad en esta cuestión.

Desde esta perspectiva parece que sería viable la configuración de tipos agravados de homicidio preterintencional (parricidio y asesinato) sin necesidad de una simultánea creación paralela de tipos agravados de lesiones.

Pero, e importa señalarlo aquí, este proceder aparecería, sin embargo, como poco razonable y conveniente desde diversos puntos de vista.

Por un lado, en lo concerniente al disvalor de acción de la conducta, el tipo de la lesión agravada aparece como un escalón intermedio que amortigua el salto que en otro caso habría que dar desde la lesión simple al parricidio y asesinato preterintencional. Pues dicho disvalor, no por quedar absorbido se volatiliza. De suerte que si el disvalor típico del delito de lesiones estuviese ausente, no podría configurarse el homicidio preterintencional, como sucedería en el caso de lesiones válidamente consentidas (conforme el artículo 177 del Proyecto) que ocasionan la muerte, o de mediar alguna otra causa de justificación respecto de las mismas (27).

---

(24) Se parte en el texto de la consideración de que el resultado (muerte) no tiene, ni siquiera en el parricidio, entidad suficiente para explicar por sí sólo el mayor disvalor que parricidio y asesinato presentan frente al homicidio simple. Se trata de una cuestión que es común al homicidio doloso, adquiriendo una singular importancia en el parricidio, como ponen de relieve el error *in personam* y la *aberratio ictus*.

(25) Con el consiguiente disvalor de acción propio de una conducta tendente a producir un menoscabo en la integridad del individuo.

(26) Es decir, como sustrato para la acción ejecutiva del delito de homicidio.

(27) Así, exceso en la defensa, por ser suficiente para evitar la agresión la simple producción de una lesión; o el estado de necesidad, cuando la producción de un menoscabo en la integridad de una persona

Si se objetase que el reconocimiento de ese mayor disvalor de la acción «circunstanciada» no obliga necesariamente a que se la tenga que tomar en cuenta para provocar tipos agravados de lesiones si la acción no ocasiona la muerte, nos parece una explicación de poco peso. Porque, una vez reconocido su mayor disvalor, ¿qué razón puede haber para que no provoque la correspondiente agravación punitiva? Sería una condonación graciosa, y a la vez en contradicción con la *ratio* que inspira y justifica en política criminal la figura del homicidio preterintencional, que es el progresivo y gradual endurecimiento de la reacción punitiva a medida que la acción se va aproximando a la lesión del bien supremo de la vida, según se ha dejado expuesto más arriba (IV, 3 b, a lo que nos remitimos para evitar repeticiones.

Es ilustrativo en este sentido el Código italiano, cuya normativa al respecto constituye un sutil entramado de normas de sentido agravatorio progresivo (28).

Nos parece, en suma, que sin el mencionado escalón intermedio nos encontraríamos, por así decirlo, ante un ortopédico parricidio y asesinato preterintencionales.

## VI.—EL ARTICULO 173 EN RELACION CON LAS FORMAS DE IMPUTACION

Si el artículo 173 contiene, como creemos, el «homicidio preterintencional», es obligado preguntarse por la coordinación del mismo con los preceptos de la Parte general del Proyecto referentes a las formas de imputación.

A través de un examen de varias de sus disposiciones se advierte una falta de armonía y coordinación de la Parte general con la Especial. Pueden traerse a colación a este respecto los artículos 17, 21 y 3.º.

Conforme al artículo 17, «son delitos o faltas las acciones y omisiones *dolosas o culposas* penadas por la ley».

sea necesario para evitar el mal mayor de la muerte; o el cumplimiento de un deber legal más grave. En todos estos casos la dimensión letal de la conducta queda intacta, y sin embargo no se integra el homicidio preterintencional, sino el culposo.

Por análoga, aunque sólo análoga, razón el supuesto fáctico de lesiones culposas que ocasionan la muerte, tampoco da lugar al homicidio preterintencional pese a la indudable progresión homogénea existente en la conducta imprudente que produjo dicho resultado. Así, por ejemplo, el caso de la enfermera que suministra, inadecuadamente, un medicamento que produce una enfermedad que ocasiona la muerte. Supuesto sólo en parte distinto a este último es el del art. 340 bis a). El disvalor del peligro queda absorbido en la lesión (muerte, lesiones, daños).

(28) Vid. IV, 3 b), donde hemos dejado recogida dicha normativa. En este Código se prevé, según se vio, el equivalente sustancial del parricidio y asesinato preterintencionales, al ordenarse (art. 585) que las penas del homicidio preterintencional sean agravadas (de la mitad a un tercio, o hasta un tercio, según los casos) cuando en él concurra el parentesco o las circunstancias agravantes del homicidio voluntario (que son prácticamente, las mismas del art. 406 del Código español). Y contiene asimismo en el delito de lesiones tipos agravados por esas mismas circunstancias y en esa misma cuantía.

Si bien es cierto que con la distinta redacción que este artículo presenta frente al artículo 1.º del Código vigente, se ha querido zanjar la consabida discordia sobre el sentido del término «voluntarias», no lo es menos que al mismo tiempo se reconoce que no hay otras formas de imputación que el dolo y la culpa.

Si no se hubiera modificado el precepto, en él cabría la preterintencionalidad, pues a la base de ésta hay también una acción «voluntaria». Mas ahora, no cabe en él el homicidio preterintencional.

El dolo, que por definición ha de abarcar tanto la acción como el resultado, no se da. Pues estando constituido el resultado típico por la muerte, ésta en el homicidio preterintencional, por definición, no puede haber sido querida. Pero la muerte tampoco puede ser imputada a título de culpa, ya que ello negaría precisamente la forma de imputación preterintencional como tal. Es decir, lo primero entrañaría una ficción y lo segundo se opone al mismo artículo 173, que no castiga un delito culposo de homicidio. Sí, hay una acción intencionalmente dirigida a causar una lesión, pero esto no altera la cuestión, pues como el resultado típico que se imputa es la muerte, ésta no se convierte en dolosa ni en culposa por virtud de la precedente acción dirigida a producir una lesión, sino que en lo que se convierte es precisamente en una muerte, en un homicidio, preterintencional, pero justamente como forma distinta de atribución jurídico-penal en base a un diverso elemento psicológico. Sólo se rompería el círculo si se pudiese admitir que el artículo 173 cobija una suma de dos delitos: lesiones *dolosas* más homicidio *culposo*, dado que entonces podrían ser reconducidas ambas infracciones al artículo 17, de forma coherente. Pero dicha conceptualización del artículo 173 no parece viable, por todas las razones expuestas en páginas anteriores (29). Ello conllevaría, además, la incoherencia adicional, ya señalada más arriba, de que dicho artículo estaría castigando «lesiones» agravadas sin la coetánea creación de tipos agravados de lesiones (30).

Si, pues, se ha introducido en nuestra legislación penal el homicidio preterintencional, en la Parte general hubiera sido preferible o no definir las formas del delito o definir éste de otro modo, como hace el Código italiano en el artículo 43, donde se dice que el delito puede ser doloso, preterintencional o culposo, para señalar las tres posibles actitudes psicológicas del agente respecto del resultado típico, que

---

(29) Entre otras cosas, se debe recordar que el homicidio preterintencional no se configura como un delito complejo, resultante de la fusión de las lesiones dolosas, consumadas o intentadas, y el de homicidio culposo. Vid. más arriba el texto del trabajo.

(30) El Proyecto suprime los tipos agravados de lesiones, por parentesco o circunstancias cualificativas del asesinato, contenidas en el párrafo penúltimo del art. 420 del Código vigente, cosa que, dicho sea de paso, nosotros no aplaudimos, sin, por otra parte, haber dispuesto sea tratada de forma más grave la causación culposa de la muerte de un pariente que la de un extraño. Con este cuadro normativo difícilmente se puede admitir el parricidio preterintencional como figura más grave que el homicidio simple preterintencional.

dan lugar a otras tantas formas diferentes de imputación y responsabilidad.

La falta de referencia a la tercera forma de culpabilidad en cuestión halla reflejo asimismo en los preceptos conexos con el artículo 17.

Así, en el artículo 21. Conforme a él, «si el hecho se cometiere por mero accidente, sin dolo ni culpa del sujeto, se reputará fortuito y no será reprochable a su autor». Precepto en el que se advierte una cierta distorsión a la luz de la preterintencionalidad. El que el hecho típico no sea doloso ni tampoco culposo, todavía no determina el caso fortuito, pues no puede decirse que sea por mero accidente la causación preterintencional de la muerte; entonces, la formulación legal de la exigencia de que esté ausente el dolo y la culpa o no dice nada o dice demasiado, resultando a la postre inútil y perturbadora.

Se debe, asimismo, traer a colación en este análisis de sintonía de la Parte general con la Especial, el artículo 3.º. En esta disposición, de importancia fundamental, se sienta de modo categórico el principio de que «no hay pena sin culpabilidad» (primer inciso del artículo). La articulación legal de este designio se lleva a cabo a través, quizá en forma redundante (31), del artículo 21 y del segundo inciso del propio artículo 3.º. Vista ya anteriormente la consideración que nos merece el artículo 21, nos referiremos ahora al inciso segundo del repetido artículo 3.º.

En su redacción no parece haberse tenido en cuenta la preterintencionalidad. Se dice en él que «cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa». A juzgar por el tenor literal, el precepto parece haber sido redactado sólo de cara a los delitos cualificados por el resultado, que es fenómeno bien distinto del que viene determinado por la peculiar estructura de la preterintención.

Esta cuestión, dicho sea de paso, no carece de interés. El creer que, dado que el tipo de homicidio preterintencional exige actos dirigidos a producir una lesión, es ya impensable que la causación de la muerte no haya sido al menos culposa, olvidaría no sólo los cursos causales irregulares sino también la posibilidad de que una conducta, intencionalmente lesiva, carezca en sí de idoneidad causal letal y el efecto muerte no se produzca como consecuencia adecuada de dicha acción. No bastando la mera concatenación causal al estilo de la equivalencia de condiciones, sino debiendo regir también aquí la exigencia de una causalidad adecuada, es obvio que resulta perfectamente posible que la muerte pueda —y deba— calificarse de fortuita pese a hallarse la misma relacionada *de algún modo* con la precedente acción intencionalmente *lesiva*. Los términos en que debe plantearse la exigencia de la relación de causalidad entre la conducta realizada y el resultado efectivamente producido no se ven alterados por el hecho de que la acción esté subjetivamente encaminada a producir una lesión. Entra aquí con todo

---

(31) Vid. MIR, *Observación a los títulos preliminar y primero del Proyecto de Código Penal de 1980*, en *La reforma penal y penitenciaria*, citada, págs. 491 y 503.

su peso y complejidad la cuestión de las concausas, anteriores, coetáneas o subsiguientes, pero entran de la misma forma y con el mismo alcance y consecuencias que en la acción voluntaria de homicidio. En suma, la acción puede ser perfectamente idónea y adecuada respecto de la lesión, y no serlo, en cambio, sin embargo, respecto de la muerte. Cuando esto ocurra se podrán imputar las lesiones, consumadas o intentadas, según el caso, pero no el homicidio preterintencional.

De ahí la conveniencia de que el artículo 3.º, con el que se quiere obviar el peligro de una responsabilidad objetiva como mera consecuencia de un delito precedente (32), debe de regir tanto para los delitos cualificados por el resultado como para los tipos de delitos preterintencionales. Y, sin embargo, de la literalidad del precepto pudiera desprenderse otra cosa.

Parece, en efecto, según antes se dijo, que el precepto ha sido redactado de cara sólo a los delitos cualificados por el resultado, y que tanto recuerda al parágrafo 18 del vigente Código alemán. Aunque el empleo del término «determinada», y no el de agravada, pudiera inducir a pensar que quiso referirse, de forma omnicompreensiva, a los dos fenómenos, tal creencia se desvanece.

Se habla de «un ulterior resultado», y de que «sólo se responderá de éste...», lo cual parece que reclama la producción anterior de otro resultado, de un primer resultado, y esto parece no encaja bien con la estructura y axiología propias del delito preterintencional. Pues en el homicidio preterintencional, el resultado típico, el único resultado relevante, es la muerte, y o no hay otro (tentativa de lesiones) o aunque lo haya carece de relevancia (33); de suerte que aplicado al delito preterintencional no tiene sentido hablar de «pena determinada por la producción de un *ulterior* resultado» y de que «sólo se responderá de éste...», mientras que es, en cambio, correctísimo aplicado a los delitos cualificados por el resultado. Si, por hacer honor a la letra del texto, y reducir en lo posible las consecuencias que de su completa inaplicación puedan seguirse, se entendiese aplicable cuando haya lesión precedente consumada, ello no pasaría de ser un mal remedio, pues no sólo se incurriría en una interpretación distorsionante de la estructura típica del homicidio preterintencional, sino que, lo que es peor, quedarían sin la cobertura de este precepto los casos en que los «actos dirigidos a producir una lesión» hayan causado directamente la muerte, sin el trámite de un precedente resultado lesivo (34). No es este el

---

(32) En este sentido, el inciso en cuestión aparece como precepto en cierto modo complementario del art. 21, en referencia a los supuestos fácticos en que el resultado entra en unión de otro resultado típico precedente.

(33) No es éste el *Grunddelikt*, por así decirlo, respecto del cual la muerte fuese un motivo de agravación de la pena.

(34) Peor sería aún si se viese en el art. 173 un homicidio doloso atenuado, pues tal comprensión descansaría, según hemos expuesto en el texto, en una ficción de dolo, y entonces cabría incluso poner en entredicho la legitimidad del intento de proyectar la doctrina —limitativa de responsabilidad— del precepto en examen sobre el tipo del art. 173:

momento para decidir si tales casos quedarían fatalmente entregados al *versari in re illicita* o si podrían entrar en juego otros preceptos, en particular la declaración general del propio artículo 3.º y el artículo 21. Aquí queremos tan sólo señalar que el artículo 3.º parece haber sido concebido de cara sólo a los delitos cualificados por el resultado, en referencia a la única alternativa culpabilista dolo-culpa, en perfecta coherencia con el artículo 17 y 21, ya analizados a este respecto, pero en clara disonancia con la tercera forma de imputación latente en el tipo del homicidio preterintencional.

## VII.—LAS LESIONES PRETERINTENCIONALES

En el mismo artículo 173 se regula el fenómeno de la preterintencionalidad en el delito de lesiones. Se dispone que «El que, con actos dirigidos a producir una lesión, causare... una lesión más grave que la querida por el culpable (sic), será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondería si el resultado hubiere sido causado dolosamente».

En el discutido tema del elemento subjetivo en el delito de lesiones, parece que el Proyecto ha tomado una importante decisión, a saber, la correcta concepción del dolo como voluntad de producir un menoscabo en la integridad o en la salud del individuo, y no como mera voluntad de herir, golpear o maltratar. La voluntad deberá, así, de ser referida no sólo a la acción sino también al resultado. Así se desprende de una doble consideración. De una parte, la necesidad de «actos dirigidos a producir una lesión», como presupuesto del homicidio preterintencional, en relación con la definición de lesión del artículo 166, de donde resulta que no basta la acción de herir, golpear o maltratar aunque se cause menoscabo, si no hubo voluntad de causarlo. ¿Qué razón habría si no que impidiese que se integrase también en estos últimos casos el homicidio preterintencional? De otro lado, el propio reconocimiento de las lesiones preterintencionales, que significa la no imputación a título de dolo del resultado lesivo más grave no querido («una lesión más grave que la *querida* por el culpable»), el cual «será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondería si el resultado hubiere sido causado *dolosamente*».

Desde luego que para el dolo no es preciso que el agente conozca con exactitud cuál de las consecuencias posibles de su acción se va a producir; basta con que de modo alternativo o acumulativo el resultado caiga dentro de las posibles consecuencias globalmente previstas y aceptadas. Pero no es menos cierto que el marco de lo previsto y aceptado por el agente es el límite de la imputación dolosa, si uno quiere mantenerse fiel a las exigencias del concepto del dolo. De ahí que surja la pregunta en orden a qué hacer con los resultados que

---

la culpabilidad respecto de la muerte vendría suplida por la ley, es decir, se derivaría *ex ope legis*; bastaría el acto ilícito precedente de la acción de lesiones.



rebasen aquel marco subjetivo, sobre todo cuando haya sido sobrepasado en amplia medida. Parece razonable que no deben ser tratados con la misma severidad que si hubieran sido causados voluntariamente; pero este reconocimiento no supone aún una solución.

Presupuesta la voluntad de producir un menoscabo, la problemática que suscita el exceso del daño producido respecto al querido se presenta con signo harto distinto al del homicidio preterintencional. En éste se trata de dos delitos, aunque próximos, distintos, mientras que en el primero los diversos grados o escalones caen todos bajo la órbita del mismo bien. Esa sustancial diversidad de bien jurídico arrastra una consiguiente diferencia esencial en el elemento subjetivo, por más que en el plano causal-objetivo exista progresión. En esta diferencia se basa la tesis de Silvela y de la doctrina en general, y es el motivo por el cual en el derecho comparado se da un tratamiento bien distinto a uno y otro de ambos supuestos del fenómeno de la preterintencionalidad. No cabe, por ello, minimizar su diferencia, como hace la Memoria, llamando a una «versión homogénea» y a la otra «versión heterogénea» del instituto de la preterintencionalidad, para luego dictar la misma normativa para ambas. Distinta es la solución que ofrece el Código italiano y el alemán.

Conforme a aquél, supuesta la voluntad de lesionar, el resultado más grave se imputa al sujeto a título de dolo aunque demuestre haber querido una lesión leve (35). Las más graves consecuencias lesivas contempladas por el artículo 583 se configuran como tipos agravados respecto del tipo básico (art. 582). Circunstancias agravatorias que deben ser valoradas en su objetividad, independientemente de toda indagación psicológica respecto de ellas, estando ligadas a la conducta dolosa por una simple relación de causalidad (36).

Se puede apreciar así como el mismo Código ha adoptado en tema de preterintencionalidad dos actitudes o criterios bien distintos, según que se trate del homicidio o de las lesiones: si falta la voluntad de matar no se quiere castigar como homicidio doloso, por lo que se crea la figura intermedia de imputación que es el homicidio preterintencional, mientras que en el delito de lesiones no se atribuye ningún efecto atenuatorio a la falta de voluntad de causar un resultado tan

---

(35) Art. 582-583 del Código Rocco. El tipo básico (art. 582) es sancionado con la pena de reclusión de tres meses a tres años. En el art. 583, que contiene los tipos agravados de lesiones, distingue entre la lesión grave, a la que señala reclusión de tres a siete años, y la lesión gravísima, a la que asigna reclusión de seis a doce años.

(36) Esta solución es, a nuestro juicio, análoga a la que ofrece la regulación de las lesiones en nuestro Código actual. No creemos, coincidiendo en ello con el profesor ANTÓN (*Notas críticas al Código penal*, cit., pág. 785), sea preciso un dolo referido también al resultado más grave. Así parece desprenderse no sólo del contraste de los tipos intencionales (castración, mutilación) con los de las lesiones graves y menos graves, sino también de la misma regulación legal, y aún, a mi modo de ver, de una adecuada comprensión del párrafo último en relación con el penúltimo del art. 420.

grave (37). Supuesta la voluntad de producir una lesión, se imputa a título de dolo cualquier resultado que se produzca.

En el Código alemán la situación es la misma, salvada la particularidad de que el dolo *directo* (*Absicht*) determina un tipo particularmente grave. En efecto, hay un tipo básico, que es el del artículo 223; luego un tipo agravado (*schwere Körperverletzung*), el del artículo 224, que tiene lugar cuando la lesión tenga como consecuencia un resultado especialmente grave, a saber, que el lesionado pierda un miembro importante del cuerpo, la visión de uno o de los dos ojos, el oído, el habla o la capacidad de procreación, o sufra una deformidad considerable permanente, o caiga en enfermedad crónica, parálisis o enfermedad psíquica. Para ambos tipos basta el dolo, como voluntad de causar un menoscabo en el cuerpo o en la salud, no siendo necesario en el segundo de ellos que esas consecuencias, especialmente graves, hayan sido previstas ni queridas por el agente: pueden serlo (dolo eventual), pero no es necesario. Consiguientemente, aunque el resultado más grave no sea querido, de él se responde, exactamente igual que si lo hubiera querido. Solamente cuando esas consecuencias, esto es, esos mismos resultados, sean provocados *absichtlich*, es decir, con dolo de propósito, entra en juego un tipo más grave (art. 225), por razón de la especial gravedad del dolo. La pena privativa de libertad es: en el 223, de hasta tres años; en el 224, de uno a cinco años, y en el 225 de dos a diez años.

Muy distinto a todo esto es la actitud del Proyecto de Código penal español.

Ante todo importa señalar, aunque ello resulta obvio, que no se trata en el 173 de una circunstancia atenuante que juegue, matizando, en la individualización de la pena el grado en que deba imponerse la pena tipo de la correspondiente lesión dolosa, sino de un fenómeno distinto (38). El resultado producido tiene que corresponder a un tipo más grave que el del resultado querido. Se trata de la tipificación de las lesiones preterintencionales, como título distinto de los tipos dolosos y de los culposos, contenidos respectivamente en los artículos 166-170, y en el 175 (39).

(37) Distinto fue en el Código Zanardelli, de 1889, en que se preveía una disminución de pena para el caso de que el resultado producido excediese a la intención del agente (art. 374).

(38) Es irrelevante, en esta sede, el que, por ejemplo, el agente haya producido una incapacidad para el trabajo de más duración que la querida por él, mientras la producida y la querida correspondan a un mismo tipo. Esas desviaciones que se produzcan dentro de los límites del tipo serán atendidas a través de la normativa general sobre individualización de la pena —en particular la regla 1.ª del art. 78—, aparte de la imprecisa fórmula del párrafo segundo del propio art. 166. Sobre individualización de la pena en el Proyecto de Código penal, vid. BACIGALUPO, *La individualización de la pena en la reforma penal*, en "Rev. Fac. Derecho", Madrid, 1980, págs. 55 y ss.

(39) Ocioso nos parece advertir que no se trata en el art. 173 de un concurso de lesiones dolosas en grado de tentativa (respecto de las queridas) más lesiones culposas consumadas (respecto de las producidas), sino de un fenómeno de progresión, propio de la preterintencionalidad.

La tipificación de las lesiones preterintencionales implica, en principio, el reconocimiento tácito de que todas las lesiones contenidas en el capítulo III son dolosas, en el bien entendido sentido de que el dolo ha de abarcar acción y resultado correspondiente. Sobre esos tipos de lesiones dolosas, así entendidos, se habrá de proyectar el efecto encomendado al artículo 173.

Pero: ¿sobre todos ellos?, y ¿de qué manera?

Cabría, teóricamente, plantear si el deslinde entre falta y delito (menos grave) de lesiones, esto es, entre los tipos de lesiones contenidas, respectivamente, en el artículo 656 y el 166 está supeditada al artículo 173. Si con dolo de falta se produce un resultado de delito (40), ¿se califica conforme al 656, o conforme al 173? Aunque formalmente no quepa hacer mayor objeción (41), nos parece excesiva benevolencia rebajar la pena en uno o dos grados (42).

Tampoco está exenta de todo reparo la aplicabilidad del artículo 173 sobre las lesiones del artículo 167-2.º (43). ¿Requieren estas lesiones que también el resultado haya sido querido? La respuesta viene condicionada en buena medida por la relación que exista entre este tipo de lesiones y las, más graves, contenidas en los artículos 168 y 169 (44).

En vía de hipótesis, cabría pensar que el 167-2.º es un tipo estructurado sobre el elemento subjetivo del tipo básico, como elemento suficiente (45), pero cualificado por la producción de alguno de los resultados más graves en él mencionados. Vendría a ser un precepto semejante al parágrafo 224 del Código alemán y 583 del italiano, a

(40) Art. 166: lesiones que requieran para su sanidad ocho o más días de asistencia médica o provoquen inutilidad para el trabajo por igual tiempo.

(41) Dado que lo que se imputa —bien que a título preterintencional— es el resultado producido, que corresponde al art. 166, no pierde el 173 su “comunidad” con él por el hecho de que lo querido haya sido una falta. Por lo demás, el giro legal “siempre que” no creemos tenga otro valor que el del adverbio “si”.

(42) Así, si con intención de producir una incapacidad laboral por una semana, se causa una lesión que tardó en curar ocho días.

(43) Conforme a este artículo, “Las lesiones, cualquiera que sea su plazo de curación, serán castigadas como graves con la pena de prisión de dos a seis años: ... 2.º Si el ofendido hubiera quedado impotente, estéril o con una enfermedad somática o psíquica, hubiere sufrido la pérdida de un miembro, órgano o sentido, o quedado impedido de él”.

(44) Art. 168: “La mutilación o la inutilización de un órgano o miembro no principal, la esterilidad o una deformidad importante causadas de propósito serán castigadas con la pena de prisión de tres a siete años”.

Art. 169: “El que de propósito mutilare a otro de un órgano o miembro principal le privare de la vista o del oído, le causare una incapacidad laboral absoluta, una grave enfermedad somática o psíquica o una incapacidad mental incurable, será castigado con la pena de prisión de cinco a ocho años”.

(45) Sin perjuicio de que puedan también darse con dolo eventual.

los que más arriba nos hemos referido (46). Bajo esta hipótesis, no cabría, como es obvio, proyectar sobre él el 173 (47).

Si se rechazase esta interpretación, por entender que es contraria al criterio básico del Proyecto, entonces el elemento subjetivo propio del mencionado artículo 167-2.º sería el dolo eventual. Y sólo éste, porque si se diese el dolo directo («de propósito») intervendrían ya los tipos más graves de los artículos 168 y 169. Bajo esta hipótesis, ciertamente, cabe proyectar el 173 sobre el 167-2.º. Ahora bien, la viabilidad de esta alternativa está condicionada por la comprensión de la frase «de propósito» como excluyente del dolo eventual, y la consecuencia de que la pena del 167-2.º, al ser rebajada por imperativo del 173, puede llevar a ser una pena inferior a la que correspondería a la lesión querida (que es la lesión menos grave, sancionada en el artículo 166), con lo cual la progresión criminosa, inherente a la preterintencionalidad, se convertiría en un privilegio; es decir, que las lesiones menos graves (art. 166) se verán atenuadas cuando en vez de su resultado típico se produzca el de la más grave figura del 167-2.º. No es posible en el breve espacio de esta colaboración entrar en profundidad en el estudio del elemento subjetivo en el delito de lesiones; por ello no nos pronunciamos acerca de si la expresión «de propósito» pudiera ser comprensiva del dolo eventual, en cuyo caso sería obligado entender que las lesiones del 167-2.º no exigen dolo referido a los resultados, sino que sería un tipo agravado por el resultado.

Si se entiende que las del 167 son lesiones con dolo eventual y las de los artículos 168 y 169 con dolo directo —y teniendo en cuenta la identidad parcial de resultados de aquél con éstos— cuando el resultado se produzca de forma preterintencional, pese a que todas son «dolosas», a efectos del artículo 173 creemos debe de tomarse el 167-2.º, no pudiendo hacerse entrar en juego los tipos más graves de los artículos 168 y 169, dado que éstos obedecen a una particular gravedad del dolo, que por definición no se da en la lesión preterintencional.

Puede, sin embargo, presentarse a este respecto una dificultad cuando se trate de un resultado que no esté comprendido a la vez en el 168 ó 169 y en el 167-2.º, sino sólo en aquéllos, pues entonces para fijar «la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondería si el resultado hubiere sido causado dolosamente», no cabe recurrir al marco punitivo del 167-2.º, donde no figura ese resultado (48), y a la vez, sin embargo, resulta injusto arrancar de un módulo punitivo cuya especial gravedad obedece, según antes se dijo, a la mayor gravedad del dolo («de propósito»), que por definición no puede concurrir en el supuesto de lesiones preterintencionales.

(46) En favor de esta comprensión podría aducirse la redacción de estilo objetivante y una cierta homogeneidad con el núm. 1.º del mismo artículo. Ambas razones no son, sin embargo, por sí solas suficientes para excluir la contraria.

(47) Pues dicho precepto vendría a ser ya, en última instancia, un supuesto de lesiones preterintencionales, con fijación directa de la pena.

(48) Tal ocurre, por ejemplo, con el resultado «deformidad importante», que figura en el 168, pero no en el 167-2.º.

No cabe proyectar el artículo 173 sobre el tipo de lesiones referidas en el número 1.º del artículo 167, con indiferencia de que la mayor o menor gravedad del resultado lesivo sobrepase o no la intención del agente. La índole de la acción, ya tenida en cuenta por el tipo para la determinación de la pena, impide que tal pena pueda dejar de aplicarse por la posible eventual entrada en juego del artículo 173, en los casos en que dicha conducta haya producido alguno de los graves resultados mencionados en el párrafo 2.º del propio artículo 167, sin haber sido queridos por el sujeto.

Este cierre del paso a la operatividad del 173, implícito en dicho artículo 167-1.º, comporta una importante reducción del campo de operatividad del instituto de la preterintencionalidad en las lesiones.

Conviene señalar, antes de terminar este apartado, que el funcionamiento de la normativa preterintencional en el delito de lesiones, habrá de tropezar en su aplicación práctica con muchas dificultades de prueba respecto de la gravedad de la voluntad, dificultades sin duda mayores que en el homicidio.

### VIII.—LA PENALIDAD

Para el homicidio y para las lesiones preterintencionales se prescribe que se «castigue con la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondería si el resultado hubiere sido causado dolosamente» (art. 173).

Quedan, de esta suerte, sometidos al mismo tratamiento penal y al mismo criterio punitivo la preterintencionalidad en el homicidio y en las lesiones. Por todas las razones que se han expuesto, no nos parece acertada esta axiología legal.

El descenso a la pena inferior en un grado es obligatorio para el Tribunal, por ministerio de la Ley; en dos, facultativo. No se indica criterio alguno para esta opción, aunque fuese sólo de forma somera o indiciaria, lo que probablemente hubiera sido muy conveniente.

En el homicidio, aunque el resultado típico es la muerte, deberá el juzgador tener muy en cuenta la entidad y modalidad de la conducta delictiva sobre la que se recuesta la producción del resultado letal (49). Hasta tal punto que, por esta razón, el marco legal de la penalidad puede, pese a su amplio radio, resultar rígido en ciertos supuestos, hasta el extremo de dar lugar a despropósitos punitivos. Tal ocurriría en el caso en que la muerte se produzca a consecuencia de alguna de las lesiones graves del artículo 169, cuya pena es la de

(49) Es ilustrativo observar cómo el Proyecto alemán de 1962 (párrafo 149), que mantiene la figura del delito de lesiones agravadas por la muerte (párrafo 226 del actual StrGB) —y a diferencia del *Alternativ Entwurf*, que la suprime, por entender que se trata de un caso de concurso de lesiones dolosas con homicidio culposo— “degrada” la consideración penal del hecho pasándolo de “Verbrechen” a “Vergehen”, salvo que se trate de un caso en que la lesión causante de la muerte sea ya de por sí “Verbrechen”.

prisión de cinco a ocho años. Al integrarse, por la muerte, la figura del homicidio preterintencional, procede imponer la pena inferior por lo menos en un grado, que es, por aplicación de las reglas del artículo 82 (párrafo primero) en relación con el 155, la de prisión de cuatro a ocho años. Se observa cómo el tope máximo de la pena correspondiente al homicidio preterintencional no es superior al tope máximo de la lesión grave del artículo 169, y en cambio, por otra parte, el tope mínimo de aquélla es inferior al de ésta. De esta suerte, la producción de la muerte a consecuencia de unas lesiones graves es motivo de atenuación de éstas.

La consideración de la modalidad de la conducta lesiva toma acrecida importancia si se tratase de las figuras agravadas del homicidio preterintencional (parricidio y asesinato), según se ha dejado expuesto más arriba.

Conviene no olvidar, en orden a estas consideraciones sobre la penalidad, que estando a la base del homicidio preterintencional la progresión criminosa; queda absorbido por éste el contenido de disvalor de los actos dirigidos a producir la lesión, con toda la gama de su diversa gravedad.

También por estas razones, y habida cuenta de la verdadera culpabilidad, la pena legal puede resultar excesivamente grave tratándose de los supuestos de parricidio y asesinato preterintencionales.

En las lesiones, el rebajar la pena en uno o dos grados y de forma indiscriminada puede resultar, por las razones expuestas, excesiva benignidad, pudiendo incluso darse la posibilidad, igual que en el homicidio, de que la lesión más grave preterintencional pueda ser castigada con pena prácticamente igual o inferior a la que corresponde al tipo de lesión querida por el sujeto.

## IX.—CONSIDERACION FINAL

A la luz de las anteriores reflexiones, creemos que es necesario un replanteamiento del tema de la preterintencionalidad en el Proyecto.

En mi opinión, sería preferible orientar la regulación hacia el sistema alemán, aunque perfeccionándolo. Nos parece más respetuoso con el grado de evolución ya alcanzado por el principio de culpabilidad.

En todo caso, creo conveniente evitar toda rigidez que impida ponderar humanamente la índole y la modalidad de la conducta que ocasiona el más grave resultado de la muerte. Ello conllevaría una adecuada tipificación de las lesiones.

Consideramos, asimismo, conveniente no someter a una misma regulación la muerte y las lesiones preterintencionales. Creemos existe entre ellas una diferencia, no de grado, sino esencial, que debe ser tenida en cuenta.

Sería bueno aprovechar la ocasión que se nos ofrece para sentar en esta delicada materia una regulación justa y progresiva a la vez.