

Del caso fortuito incompleto

JUAN DEL ROSAL

Decano de la Facultad de Derecho de Valladolid
Abogado de los I. C. de Valladolid, Madrid y otros

SUMARIO: 1.º Relación circunstanciada de «hechos probados».—2.º Sentencia del Tribunal «a quo».—3.º Impugnación por el recurrente.—4.º Breve análisis del fallo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

1.º *Relación circunstanciada de «hechos probados»*

Dice así: «Que el 22 de noviembre de 1951 teniendo noticias de robos que se venían cometiendo en las casas de campo del término municipal de G., el cabo S. E. S. C., ordenó la vigilancia saliendo con el somatenista E. C., llevando ambos fusiles de reglamento, llamando para que acudiera el Guarda de campo el procesado J. P. S. que llevaba una escopeta de caza y como observaron que en la casa de campo denominada «El S.», por las luces que se veían por los cristales, estaba alguien dentro, se apostaron cerca de ella el cabo y C. a menos distancia y unos metros más allá el procesado. Al poco rato salió J. B. S., en la que había penetrado para robar diversos objetos que llevaba en un saco, habiendo forzado la puerta de que se había apoderado también y al darle el alto, los que se hallaban en acecho, echó a correr al verse sorprendido, disparando sus fusiles el cabo S. y C. y su escopeta el procesado, alcanzándole el tiro en la cara interna del muslo derecho y en la rodilla, a consecuencia de cuyas heridas falleció el 24 del indicado mes. El procesado y los otros dos abandonaron el herido que fué socorrido por el vigilante nocturno del Ayuntamiento de G., A. B. T.».

2.º *Sentencia del Tribunal «a quo»*

El Tribunal «a quo» estimó, en su día, que los hechos, anteriormente narrados, eran constitutivos de un delito de homicidio previsto y penado en el artículo 407 del C. p., y del que era, por supuesto, responsable, el procesado, apreciando igualmente la concurrencia de las circunstancias eximentes incompletas 8.º y 11.º en relación con el núm. 1 del artículo 9, muy calificada y regla 5.º del artículo 61, todos ellos del texto punitivo vigente y en su consecuencia impuso al procesado la pena de cinco años de presidio menor y demás accesorias; así como el abono a los herederos de la víctima del pago de la cantidad de 50.000 pesetas, como indemnización.

3.º *Impugnación por el recurrente.*

Contra la mentada decisión judicial se formalizó en tiempo y forma el

oportuno recurso de casación, al amparo del núm. 1 del artículo 849 de la Ley Rituaria Criminal, toda vez que se fundamentó por la parte recurrente que se habían infringido los preceptos siguientes: a) Infracción por inaplicación de los artículos 64 y 565, ambos del cuerpo penal vigente (1), puesto que ordena el primero de los artículos citados la imperativa aplicación del segundo en el caso en que no concurrieran todos los requisitos exigidos para la total exención, a tenor del núm. 8 del artículo 8 del C. p.; b) En cuanto al segundo motivo de casación, la parte impugnadora de la meritada sentencia estima de aplicación el núm. 8 del artículo 8, esto es, el caso fortuito o el número 11 del mismo artículo, pues se han tenido en cuenta como incompletas, siendo así que debieran acogerse en su forma de eximentes.

He aquí, pues, los dos motivos, invocados por el recurrente, y cuya actitud procesal fué en su tiempo impugnada por el Ministerio Público, o sea, que se opuso a estas alegaciones jurídicopenales, a base de instar la confirmación del fallo impugnado.

4.° Breve análisis del fallo de la Sala 2.° del T. S.

La más alta Sala de lo Criminal dictaminó, en fallo de 18 de febrero de 1955, lo siguiente: «Que la materia penal está impregnada de un espíritu de favorecimiento del culpable en todos aquellos casos en que la duda asalte al Juzgador y que se traduce en interpretarlas, cuando se ofrecen en favor del reo y este estado dubitativo obedece, en la presente acción, a la incongruencia que resulta de estimar en el tercer considerando de la sentencia recurrida que concurren las circunstancias eximentes incompletas octava y décima, en relación con la primera del artículo 9 del C. p., y no reflejado en el fallo, que aprecia una sola eximente incompleta, sin expresar cuál sea de las dos sancionadas, y esta duda, que lógicamente suscita el antagonismo advertido, hace necesario entrar en función el principio «in

(1) Los artículos 64 y 565 disponen, respectivamente, lo siguiente: *Cuando no concurren todos los requisitos que se exigen en el caso del número 8 para eximir de responsabilidad se observará lo dispuesto en el artículo 565* (Art. 64).

«El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que si mediare malicia constituiría delito, será castigado con la pena de prisión menor.

Al que por infracción de los reglamentos cometiere un delito por simple imprudencia o negligencia, se impondrá la pena de arresto mayor.

En la aplicación de estas penas procederán los Tribunales según su prudente arbitrio sin sujetarse a las reglas prescritas en el artículo 61.

Lo dispuesto en los dos primeros párrafos de este artículo no tendrá lugar cuando la pena señalada al delito sea igual o menor que las contenidas en los mismos, en cuyo caso los Tribunales aplicarán la inmediata inferior a la que corresponda en el grado que estimen convenientes.

Toda infracción sancionada en este artículo cometida con vehículos de motor llevará aparejada la privación del permiso para conducirlos por tiempo de uno a cinco años. Cuando se produjere la muerte o lesiones graves a consecuencia de impericia o negligencia profesional, se impondrá en su grado máximo las penas señaladas en este artículo, pudiéndose aumentar dichas penas en uno o dos grados, según los casos, a juicio del Tribunal, cuando los daños causados fuesen de extrema gravedad, teniendo en este caso carácter definitivo la retirada del permiso de conducción. En ningún caso se impondrá pena que resultare igual o superior a la que correspondería al mismo delito cometido intencionalmente.» (Art. 565).

dubio pro reo» y, en aplicación del mismo, suplir la inexplicable omisión padecida en la parte dispositiva de la referida sentencia, recogiendo, en la que se dicta, en virtud de la casación por el primer motivo del recurso, el sentido que informa el citado tercer Considerando y apreciando en favor del reo, ambas eximentes para cada una de ellas, la octava del artículo 8 del ordenamiento jurídico ha merecido del legislador un trato especial mediante el cual, cuando no concurrieran todos los requisitos que se exigen para integrarlo, se observará lo dispuesto en el artículo 565, conforme prescribe de modo imperativo el 64 del mismo cuerpo legal que la sentencia impugnada olvidó, pues que, de haberlo tenido en cuenta se hubiese operado la transformación del caso fortuito imperfecto en delito de imprudencia, que es el que regula el mencionado artículo 565, procede acoger el primer motivo del recurso en el que se denuncian las infracciones de los meritados preceptos sustantivos».

Como puede observarse, la argumentación empleada apoya su razón de existencia en uno de los principales más significativos de la doctrina científica y jurisprudencial, sobre todo, españolas, puesto que el artículo 24 muestra una singularidad poco compartida por otras legislaciones penales. Que se deba restringir lo odioso y ampliar lo favorable, constituye uno de los brocados de más clara aplicación en el área penal, habida cuenta de la naturaleza «odiosa» de la ley penal, al menos, en la concepción canónica, perdurable hasta los días de hoy, si exceptuamos la corriente positivista y la más acusada de Dorado Montero.

Ahora bien; en el supuesto actual nos hallamos, por otra parte, con que la interpretación favorable al reo se infiere no solamente de los principios informantes del pensar penal, sino de la defectuosa contemplación verificada por la sentencia impugnada, puesto que resulta que el Tribunal «a quo» aprecia dos eximentes incompletas y sólo tiene en cuenta una, que a mayor abundamiento por imperativa exigencia del artículo 64 del C. p. debiera funcionar la forma culposa, que también ha omitido el Tribunal, ya que en el «considerando tercero» recoge las dos eximentes incompletas y en la parte dispositiva del fallo sólo tiene en cuenta una de ellas. Así, nada de particular tiene que la Sala Segunda case el fallo del inferior, toda vez que los términos en que debe ser aplicable el artículo 64 aparecen con toda nitidez, desde punto y hora que se reconoce el funcionamiento semipleno del número 8 del artículo 8. Y a poco que se medite sobre este extremo se caerá en la cuenta de cómo el caso fortuito—límite de la culpabilidad—representa la línea fronteriza, por *bajo* de la cual entra en juego el grado mínimo de culpabilidad, cifrado en la culpa, del artículo 565, abstracción hecha del número 3 del artículo 586 del libro tercero del C. p., ya que se trata ahora exclusivamente del delito. De aquí el «trato especial» con que está designada la existencia incompleta del caso fortuito, un acierto, entre pocos, de nuestro texto vigente, puesto que con la regulación del número 8 del artículo 8, no sólo se completa la exigua y polemizable configuración de la culpabilidad—mejor, sus formas—en el C. p., sino además se aleja el pensamiento informativo del *versari in re illicita*, que a modo de espada de Damocles pende a lo largo de la técnica del texto en cuestión.

Ahora bien, no cabe duda que la faz positiva del núm. 8 del artículo 8

está redactada con vistas a suministrar las máximas garantías. Viene a decir, que sólo queda exento 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 sea cualquiera, aún en el caso de ser el mal ocasionado puramente accidental. Es decir, que ya el arranque ilícito prejuzga, o por mejor decir, conforma la valoración siempre en sentido penal, predominando, en consecuencia, una idea exacerbadamente objetivista de la responsabilidad penal. Todavía este argumento presenta mayor verosimilitud, habida cuenta del párrafo tercero del artículo 1 del C. p. y, en cierto modo, del expediente tan cómodo de solución de la responsabilidad criminal ofrecido por el pensamiento del *versari in re illicita* y que con tanto acierto investigó el Rev. P. Julián Pereda, S. I., desde el plano histórico y Huerta Ferrer en la doctrina y jurisprudencia.

En el segundo de los «considerandos» tenemos que la Sala 2.ª razona así: «Que no es posible avanzar un poco más y abrir por completo el camino que conduce a la exención de responsabilidad criminal por imperio del «casus» porque la simple consideración del sitio donde hizo blanco el proyectil disparado por el recurrente indica, con suma elocuencia, que aunque fuera un acto lícito cooperar a los fines de captura de unos transgresores de la Ley no obró con la debida diligencia al hacer el disparo que produjo tan funesto desenlace, ya que de haberse ajustado a las reglas que la prudencia y el buen sentido ponen al alcance de los seres humanos el mal no se habría producido, como no se produjo al disparar los somatenistas sus fusiles de reglamento; hubo ligereza, descuido y falta de precaución en el obrar y ello justifica que se convierta el homicidio en delito culposo, según antes se razona, pero no consiente la total exculpación del procesado, porque existe una manifiesta incompatibilidad entre la calificación de un hecho como infracción delictiva culposa, constitutiva de imprudencia, definida en el artículo 565 del Código penal, y la aplicación al declarado responsable de la eximente de caso fortuito que, además de exigir la licitud del acto inicial, requiere que el agente lo ejecute con la debida diligencia, que falló en el caso que se examina y al no hallarse su conducta libre de reproche de culpabilidad no puede prosperar el segundo motivo del recurso».

La argumentación dirigida a desestimar el caso fortuito (2) se compendia de este modo: a) sitio del cuerpo en que hizo el blanco: b) ausencia de diligencia, como consecuencia de ello; c) examen comparativo con los somatenistas; estos obraron con prudencia; el recurrente no, en vista, claro está, del resultado; d) requisitos integrantes, por tanto, de la culpa: ligereza, descuido, etc., etc. Y como consecuencia evidente la inexistencia del caso, del número 8 del artículo 8 con el artículo 565, todavía más claro, la falta de un elemento de aquel número apareja la puesta en práctica del segundo de los citados preceptos, ya que expresamente ordena la eximente:

(2) El número 8 del artículo 8.º del C. p. dispone lo siguiente: «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.»

d) realizar un acto lícito; b) y con la debida diligencia; c) producción de un mal accidentalmente; d) sin culpa ni intención.

Ahora bien: ¿qué quiere decirnos en realidad esta eximente, contemplada desde un plano políticocriminal? La propia exuberación con que la presenta el Legislador revela a las claras la decisiva importancia que reviste y la imperiosa exigencia del cumplimiento de cada uno de estos ingredientes, sin los cuales, mal que pese, no cabe declarar la exención de responsabilidad criminal. Este conjunto de elementos—verdadera alambra—cuya comprobación distancia la conducta de significación penalista, obliga al Tribunal a cerciorarse con detalle de si efectivamente se dan los requisitos demandados, puesto que el suceso aparentemente teñido de color penal desaparece por ensalmo, una vez que se han verificado los elementos integrantes del *casus* penal.

Figura, por otra parte, que al marcar el límite del ámbito penal es de una extremada dificultad su comprobación, puesto que en cualquier acontecimiento moldeado por el calor humano de cerca o de lejos se podrá extraer, al menos, un mínimo de culpa, por aquello de que incluso el «casus» penal, tal como se regula en el Código penal, está embutido en los moldes de un pensamiento causalista. Si no, ahí está, nada menos que el verbo final del precepto: «sin culpa ni intención de *causarlo*». Y además no se trata ya de un resultado, sino para colmo de males *causa* un mal por mero accidente», con lo que dicho se está que se agrava todavía más el análisis real de un supuesto de esta clase, al exigir la causación de un mal y por *mero* accidente, como si el legislador hubiese querido que apenas rozara la mano del hombre el suceso producido.

En este cúmulo de elementos objetivos y subjetivos no cabe duda alguna que el «casus» representa técnicamente la contrafigura de la culpa, como sin quererlo lo advierte ya nuestro texto, al amparo del artículo 64. Pero además lo proclama igualmente el más leve y superficial examen del número 8 del artículo 8, puesto que el mal debe causarse cuando se halle bien lejos de la esfera de dominio o de señorío del ser humano, por esto, cuando *subjetivamente* no sea previsible y *objetivamente* no sea evitable.

Y es claro que la producción del mal está pensado en el *casus* como ejecutado por la persona, pues para inscribir aquí el puro accidente extraído del mundo natural no tendría sentido político-criminal el precepto en cuestión, que siempre va flechado a concretar por fuera de la cerca penal el puro obrar humano, inencajable ni dentro del dolo ni de la culpa, o por mejor decir, como una especie de «resultado» emparentado con el proceso de la Naturaleza, al no ser ni *previsible* ni a la par *evitable*, puesto que para recortar incluso el malhadado pensar del *versari*, ya dijo el gran Carrara que «debo confesar también que si yo, en algún lugar de mis escritos, he aceptado como moneda corriente la regla *qui versatur*, nunca he tenido la intención de aceptarla para aquellas consecuencias exorbitantes, a las cuales no me he referido y a las cuales yo mismo me he opuesto decididamente en otros muchos lugares de mis escritos. Mi pensamiento ha sido el de poner a cargo del que *se halla en cosa ilícita* incluso el *caso fortuito*, pero presuponiendo constantemente que el caso fuese PREVISIBLE» (3).

(3) V. F. CARRARA: *Sobre el caso fortuito*, en Programa. Apéndice Ed De Palma. Buenos Aires, 1949, pág. 47.

Y, por supuesto, que la *ratio legis* del número 8 del artículo 8.º en cuanto al *mal causado* no es necesario aclarar que el legislador ha pensado que se refiere a las causas inmediatas de producción de este mal, ya que empujando la meditación por la floja cuerda de la causalidad, que diría Ortega y Gasset, se llega más tarde o más temprano a ciertas causas mediatas o remotas, en las cuales cabe captar la intervención de la persona y de aquí que también el genial Carrara nos dijera que «yo no acierto a imaginarme la hipótesis de un evento dañoso en el cual haya de algún modo intervenido la obra del hombre, y que pueda decirse absolutamente *imprevisible* o *inevitable*». Y la dificultad surge, porque es muy fácil confundir el caso fortuito en su punto de vista *absoluto* con el caso fortuito en su punto de vista *relativo* (4).

El único modo de concretar el *casus* será a base de operar con una idea clara de la culpa penal. Y en verdad que de suyo está rodeado de garantías en el supuesto legal del texto punitivo español ya que aparte del arranque lícito y del mal accidental exige la inexistencia de culpa y, por supuesto, de la intención. La discriminación siempre se efectuará con la óptica de la culpa, cuyo análisis del hecho, de la situación personal y del deber concreto podrán esclarecerse si efectivamente es un caso culposo o un simple caso.

En la relación circunstanciada antes narrada la inaplicación del caso, en su plenitud, queda descartada por la cuestión de la falta de diligencia, deducida esencialmente del parangón con la conducta de los somatenistas y que integra el elemento culposo, incompatible por naturaleza con la exención de responsabilidad criminal, quedando en pie su aplicación incompleta nada más que por el hecho de dirigir su acción al cumplimiento de fines lícitos.

Y entonces cabe plantear el problema siguiente: ¿qué valor reviste la culpa como forma o grado de la culpabilidad? ¿Es hacendera su vigencia y aplicación con un supuesto incompleto de caso fortuito? Si efectivamente el caso fortuito es límite de la culpabilidad no cabe su convivencia con el *casus*, como expresamente dispone el artículo 64 del Código penal.

En rigor, dígase lo que se quiera, estamos en un artículo—me refiero al número 8 del artículo 8.º del C. p.—preñado de problemas en orden al entendimiento de las formas de culpabilidad y que a veces su comprensión exige sacrificios inusitados a la lógica y a la propia significación de los vocablos y del lenguaje científico.

Pero cabría preguntar a estas alturas ¿qué pasa con el número 1.º del artículo 9.º y con el artículo 64, ambos del Código penal? En ambos vasos se expresa el legislador español de modo parejo al disponer que serán eximentes incompletas: *Todas...* cuando no concurrieren los *requisitos necesarios* para eximir, etc., etc. (art. 9.º núm. 1.º); y el artículo 64 preceptúa: *cuando no concurrieren todos los requisitos*, etc., etc., se observará lo dispuesto en el artículo 565.

Ahora bien; si se exige como requisito generador del *casus* incompleto el principio lícito ¿quiere decir que sólo se excluye la aplicación completa por la falta de diligencia? ¿Basta el simple arranque lícito para funcionar

(4) V. F. CARRARA: *Obra cit.*, pág. 49.

de modo incompleto? ¿Cuáles son, en realidad, los requisitos que deben faltar para que entre en acción el artículo 565 del Código penal? ¿No es posible pensar que en este caso de aplicación del artículo 565 siempre será necesario el principio lícito y su inscripción por falta de diligencia o es que cabe sostener la inmediata aplicación del artículo 565 por existencia de culpa, dándose el acto lícito y la debida diligencia? ¿A qué se debe esta superabundancia culposa del número 8 del artículo 8.º, al hablarnos de «debida diligencia» y «sin culpa»? ¿O es que funcionan de modo distinto, refiriéndose la «debida diligencia» al acto lícito, pero sin integrarse en el más concepto de culpa? He aquí unas, entre otras preguntas, que pueden dispararse al artículo 8.º, número 8, tanto en su completa como semiplena aplicación, y con cuyas respuestas hallaríamos el *quid* del precitado precepto.

De todas formas, la eximente incompleta aquí ha sido traída a colación por la falta de la «debida diligencia», pero no por el acto que el Tribunal de Casación estima lícito.

Pero entiéndase que la «falta de diligencia» va comprendida como requisito expresivo de «culpa», huelga, pues, la referencia a «sin culpa» empleada como refuerzo de garantía contra la posible escapada de las mallas del Código de aquellos actos que pudieran ser incriminados.

Una vez este viejo y contradictorio texto punitivo, pródigo en discordias científicas y de más soluciones prácticas, obliga su aplicación a esquivar una serie de problemas técnicos, insuficientemente dosificados en su articulado.