

# «Praeter intentionem» y principio de culpabilidad

MANUEL COBO

Profesor Adjunto de Derecho Penal de la Universidad de Madrid

SUMARIO: 1. Planteamiento general.—2. Concreción del problema: culpabilidad y resultado más grave.—3. Solución más generalizada: tesis de Silvela. Formulación. Limitación.—4. Principios informadores de las reglas de Silvela.—5. Interdependencia entre la interpretación del artículo 9, 4.<sup>a</sup> y la del artículo 50: carácter complementario de las reglas de Silvela.—6. Examen crítico de las reglas de Silvela. Distintos supuestos. Esquema de las soluciones en referencia con el principio de culpabilidad.—7. Conclusiones del anterior examen.—8. Posición de la jurisprudencia en el ámbito de los delitos contra las personas. Crítica. Especial consideración de la sentencia de 17 de diciembre de 1958.—9. “Praeter intentionem” y delitos contra la propiedad. Actitud de la jurisprudencia. La cuestión en el delito de hurto. Declaración de principios de la sentencia de 20 de diciembre de 1950.—10. La sentencia de 27 de diciembre de 1962. Extensión al delito de hurto. Valoración de la citada decisión.

1. Se admite, generalmente, que cuando la intención es superada por el resultado, nace la denominada “preterintencionalidad” o “preterintención”. De esa forma Nicola Vitale plantea la cuestión en sus líneas más amplias: “una conducta dolosa se dirige a un determinado resultado y, sin embargo, se verifica uno *mayor*, o sea, más *grave*, y cuyo ejemplo más común y simple es el siguiente: se quería herir y se ha matado” (1). El problema tiene su origen en la reflexión de que no siempre una conducta que *tiende* a la comisión de un hecho delictivo produce consecuencias iguales a las queridas por el agente (2). En este sentido, se ofrece por Jiménez de Asúa una definición *provisional*, como simple instrumento de trabajo, afirmando que “la preterintención consiste en producir un resultado típicamente antijurídico

---

(1) NICOLA VITALE: *La preterintenzione*, Milano, 1956, pág. 13. Para Antón Oneca, “cuando de la acción u omisión deriva un resultado más grave que el querido por el sujeto” el delito es preterintencional *Derecho Penal*, P. G., Madrid, 1949, pág. 228). Sin embargo, sólo como noción genérica debe tomarse, pues como ha dicho Spasari, definirlo como delito “oltre l'intenzione”, “no explica assolutamente nada” (MARIO SPASARI: *Osservazioni sulla natura giuridica del cosiddetto delitto preterintenzionale*, en *Archivio Penale*, 1957, pág. 231). Vid. G. BECCARI: *La conseguenza non voluta*, Milano, 1963, pág. 33 y sgs.

(2) LEONARDO GALLI: *La responsabilità penale per le conseguenze non volute di una condotta dolosa*, Milano, 1949, pág. 3.

que traspasa lo intencionalmente emprendido" (3). En su más genérica acepción se presenta, pues, como una incongruencia (4) entre el aspecto objetivo y subjetivo: el primero va más lejos que el segundo, y más adelante se verá cómo se concreta esta consideración. Sin embargo, incluso desde ahora, deberá tenerse en cuenta que existió un entrecruzamiento de cuestiones y un doble planteamiento de las mismas, radicado bien en su dimensión *causal* o en sede a la *culpabilidad*, aunque con el presente estudio solamente desarrollaremos algunas de las soluciones legales que se han propuesto, por la doctrina y jurisprudencia españolas, llevando a cabo una revisión de las mismas.

En la concreta resolución de los diferentes problemas que presentan los supuestos de *praeter intentionem* han entrado en juego, con independencia de las específicas figuras de delitos cualificados por el resultado (5), fórmulas generales del Libro I del Código penal (párrafo tercero del artículo 1, artículo 9 cuarta, artículo 50) (6). Esta "peculiaridad" (7) del Código penal español constituye, sin duda, un auténtico semillero de cuestiones todavía no resueltas unitariamente ni por la doctrina científica ni jurisprudencial, que no llegan a soluciones concordes. De esa especialidad de nuestra legislación, y con fundamento en la situación sistemática de los anteriores preceptos, deducía Rodríguez Muñoz que, "en principio, puede hablarse de preterintencionalidad, en todos los delitos", en razón a que son preceptos con vigencia general, encuadrados en el Libro I del Código (8).

2. Cuando se alude a la preterintencionalidad, se expresa la existencia de dos resultados: uno, al que se dirige la actividad del agente; y otro, más grave, que no se tuvo intención de causar, como expresamente indica el artículo 9 cuarta, del Código penal. El primero,

(3) JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho penal*, T. VI, Buenos Aires, 1963, pág. 19.

(4) Es el caso típico de no correspondencia entre lo querido y lo actuado, según ZUCALÁ: *Il delitto preterintenzionale*, Palermo, 1952, pág. 3-4. Para Quintano existe una "falta de proporción entre el propósito directamente querido y el resultado producido" (*Curso de Derecho penal*, T. I, Madrid, 1963, página 304).

(5) Vid. ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, págs. 229-230. JIMÉNEZ DE ASÚA. *ob. cit.*, páginas 101-106. DEL ROSAL, *Derecho penal español*, T. I, 3.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1960, página 444 y sgs.

(6) El artículo 1, párrafo tercero, dice: "el que cometiere voluntariamente un delito o falta incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar". El artículo 9, cuarta, dice: "son circunstancias atenuantes: la de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo". El artículo 50, dice: "en los casos en que el delito ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar el culpable, se impondrá a éste la pena correspondiente al delito de menor gravedad en su grado máximo. Lo dispuesto en el párrafo anterior no tendrá lugar cuando los actos ejecutados por el culpable constituyeren tentativa o frustración de otro hecho si la ley castigare estos actos con mayor pena, en cuyo caso se impondrá la correspondiente a la tentativa o al delito frustrado".

(7) ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, pág. 230.

(8) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas a la trad. esp. del Tratado de Derecho penal*, de E. Mezger, T. II, 3.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1957, pág. 37.

constitutivo del *delito-base*, será necesariamente doloso, y no habrá preterintencionalidad cuando aquél sea culposo, puesto que mal pueden denominarse "más allá de la intención" los casos en que ésta no existe (9).

El problema, sin embargo, es por demás complicado cuando se trata de referir la culpabilidad al resultado más grave. Es precisamente ahí donde radica la dificultad y donde las opiniones de los autores son diametralmente opuestas ante un mismo derecho positivo. ¿Qué actitud ha seguido la legislación penal española? ¿Con qué preceptos se cuenta para resolver los distintos supuestos de *praeter intentionem*? ¿En qué medida se respeta el principio de culpabilidad?

3. La circunstancia cuarta del artículo 9, en relación con el párrafo tercero del artículo 1, artículo 565, artículo 50, artículo 8, número 8, y artículo 64, todos del Código penal, han sido interpretados por la doctrina como censurables expresiones de que en nuestro derecho se reconoce la vigencia del principio *versanti in re illicita etiam casus imputatur* (quien realiza un acto ilícito responde de todas sus consecuencias, sin que sea menester sea tenida en cuenta la culpabilidad referida a éstas) (10). Otro sector de opinión, guiado de la mejor buena fe, ha negado que el *versari* informe los anteriores artículos, o si se quiere, que con fundamento en ellos, no pueda deducirse como principio general (11).

En referencia con el artículo 9 cuarta y el artículo 50, se ha partido de la afirmación de Silvela (12). Refiriéndose al artículo 65 (hoy

(9) "No puede ser *praeter intentionem* lo que no parte de la intención" (JIMÉNEZ DE ASÚA, *ob. cit.*, pág. 157). En la doctrina alemana, y en los llamados delitos cualificados por el resultado, si bien "en la inmensa mayoría de casos las cualificaciones partían de una acción básica dolosamente cometida, punible ya como tal acción dolosa, existían también tipos con acciones básicas culposas" (MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, trad. esp. Córdoba, T. II, Barcelona, 1962, pág. 87).

(10) "El principio del *versari in re illicita* informa de tal manera nuestro derecho positivo, que sólo teniéndole en cuenta es posible llegar a comprender la especial índole de la culpabilidad en nuestro Código" (RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas cit.*, pág. 35-36). A. HUERTA FERRER, *La relación de causalidad en la teoría del delito*, Madrid 1948, pág. 321 y sgs. ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, pág. 230-231. DEL ROSAL, *Derecho penal cit.*, pág. 438. Del mismo, *Comentarios a la doctrina penal del Tribunal Supremo*, Madrid, 1961, págs. 17, 222 y 361 y sgs. FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, T. I, Murcia, 1946, pág. 30. CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, T. II, 12 ed. Barcelona, 1956, pág. 424.

(11) P. JULIÁN PEREDA, *El versari in re illicita en la doctrina y en el Código penal* (Solución Suareciana), impreso en San Sebastián (ed. Reus), 1948, página 189. Del mismo, *Vestigios actuales de la responsabilidad objetiva*, en ADPCP, 1956, pág. 219 y sgs. J. CEREZO, *El versari in re illicita en el Código penal español*, en ADPCP, 1962, pág. 57 y sgs. CÓRDOBA, *Notas*, a la trad. cit., página 86-87. JIMÉNEZ DE ASÚA, *ob. cit.*, pág. 284-391 G. R. MOURULLO, *Hacia una nueva interpretación de la eximente de caso fortuito*, en ADPCP, 1963, página 287 y sgs.

(12) "Ha prevalecido en la doctrina la interpretación propuesta por Silvela" (CEREZO, *art. cit.*, pág. 48). "La solución no es satisfactoria, pero es la única" (ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, pág. 231).

50) y al artículo 9, tercera (actualmente cuarta), Silvela planteaba la cuestión de saber “cuándo se considerará que hay delito distinto del que el autor se había propuesto ejecutar, y cuándo puede decirse que no ha tenido intención de causar un mal de tanta gravedad como el producido. Y, decididamente—continuaba Silvela—, parece que la primera de las disposiciones se aplicará cuando los dos hechos—el intentado y el ejecutado—sean dos delitos diversos, y la segunda en el caso de que no haya más que uno, que sea el realizado, pero respecto del que sea el daño producido mayor que el que se propuso llevar a cabo, como sucede a menudo en las lesiones y puede acontecer en el robo” (13). De acuerdo con la tesis de Silvela, queda obviado el desmedido rigor del *versari*—aunque no por ello se salve totalmente el principio de culpabilidad en el artículo 50 (14)—, resultando, en consecuencia, que:

a) En el caso de que el delito que se proponía realizar el agente fuera de lesiones *leves*, y se produjeran lesiones *graves*, se aplicaría la atenuante cuarta del artículo 9, en relación con el tipo específico (por ejemplo, artículo 420 del Código penal) del Libro II del Código.

b) Por el contrario, cuando queriendo verificar un delito de *lesiones* se produce la *muerte* del sujeto pasivo, debiera emplearse el artículo 50, con lo que se aplicaría la “pena correspondiente al delito de menor gravedad (lesiones) en su grado máximo”.

Ambas reglas generales serán tenidas muy en cuenta en el desarrollo de los próximos apartados, referidas a la distinta función que puede desempeñar la preterintencionalidad. No obstante, debe ponerse de manifiesto que la virtualidad de la circunstancia cuarta del artículo 9, en atención a esa restrictiva interpretación, se reduce, conforme se ha apuntado, a “aquellos delitos cuyos resultados sean susceptibles de graduación” (15), o más precisamente, opera en determinados delitos con resultado graduable, y, en el caso concreto, se ha de referir inexcusablemente al *mismo* delito. La afirmación de que, en principio, dada su situación sistemática, podía ser aplicada a todos los delitos, queda de esa suerte restringida.

(13) LUIS SILVELA, *El Derecho penal estudiado en Principios y en la Legislación vigente en España*, 2.<sup>a</sup> ed. Parte Segunda, Madrid, 1903, pág. 116. Generalmente se olvidan las agudas críticas de Dorado Montero al entonces artículo 65 en relación con el párrafo tercero del art. 1 y art. 9 tercera, y las incongruencias que, radicadas en el juego de la voluntariedad y de la intención referidas a las reglas que preceptuaban, le hicieron concluir afirmando que se trataba de “un verdadero inextricable embrollo”. (DORADO MONTERO, *La psicología criminal en nuestro derecho legislado*, 2.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1910, pág. 73).

(14) Para Cerezo el párrafo tercero del artículo 1 y el artículo 50, deben aplicarse “solamente cuando se trate de un supuesto de *error in persona* o un caso de *aberratio ictus*, en que éste dé lugar a que la víctima sea una persona distinta” (art. cit., pág. 58).

(15) Así, CEREZO, art. cit., pág. 48. JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., págs. 98-99. FERRER-SAMA, ob. cit., págs. 32-33, entre otros. De interés las observaciones acerca de la extensión de la preterintencionalidad a otros delitos, además de la figura legal del homicidio en la legislación italiana, en VITALE, ob. cit., pág. 103 y ss. Una tesis extensiva se mantiene por ZUCCALÁ, ob. cit., pág. 52.

4. Las dos reglas ofrecidas por Silvela implican supuestos de preterintencionalidad—en sentido amplio, y más adelante estudiaremos su distinta función—, desde el momento que en ambas se observa que lo realizado no concuerda con los límites de la intención del sujeto activo, o sea, ésta tiende a la verificación de un resultado diferente del efectivamente producido.

En la primera (*a*), se inscribe la conducta, con criterio objetivo, en el tipo más grave; pero la circunstancia cuarta del artículo 9 atempera ese objetivismo, con fundamento en la culpabilidad, en la determinación de la pena de acuerdo con la regla primera del artículo 61 del Código penal, o de aceptarse como "muy calificada", en atención a la regla quinta del mismo artículo.

En la segunda (*b*), con fundamento en el artículo 50, se inscribe en el tipo correspondiente al delito (menos grave), ordenándose que la pena será la que a éste corresponda en su grado máximo.

De esa forma, comentando el artículo 65 del Código de 1870, se afirma por Cerezo que, en realidad, "implican un abandono del principio del *versari* y su sustitución por un criterio ecléctico, en que se pondera el resultado y la intención para la medición de la pena" (16).

El mismo criterio preside la solución deparada por la circunstancia cuarta del artículo 9, desde el momento que en consonancia con el *resultado* más grave se traza el límite de la pena (mayor), y, posteriormente, de acuerdo con la *falta* de intención de ocasionarlo, se reduce a su grado mínimo o (regla 5.<sup>a</sup> del artículo 61) se impone la inmediatamente inferior en uno o dos grados a la señalada, concretándola en el que los tribunales estimen pertinente.

Con independencia del variado casuismo que el juego de dichas reglas presenta, interesa ahora precisar genéricamente la función desempeñada por esa inexistencia de concordancia entre el plano objetivo y subjetivo:

En la hipótesis (*a*), el *resultado* fija el tipo (máximo) de pena, que no se aplicará, merced a la reducción de la circunstancia cuarta del artículo 9. En la hipótesis (*b*), la consideración de que el resultado *no* se corresponde con la intención, fija el tipo de pena, que se determinará en su grado máximo, precisamente por haberse verificado un delito distinto. Aun cuando pudiera parecer que, en definitiva, desempeña idéntico papel, sin embargo, el criterio primario, por decir así, en referencia con la pena, es en el primer caso el resultado, y en el segundo la intención referida al delito que se pretendía cometer. En (*a*) la ausencia de intención conectada al resultado más grave, produce una atenuación; en (*b*), el resultado conseguido, una agravación. Pero en ambos casos, al menos inicialmente, entran consideraciones ajenas al principio de culpabilidad, que será necesario tener presentes, con la finalidad de que la pena se acomode, lo más posible, a este último.

(16) CEREZO, *art. cit.*, pág. 56. Una crítica al citado precepto en DORADO MONTERO, *ob. cit.*, págs. 70 y ss.

5. Una interpretación extremadamente amplia del párrafo tercero del artículo 1 y del artículo 50 anuncian la inminencia del *versari*, y de la “afirmación de la existencia de una figura genérica de delito preterintencional en nuestro derecho” (17), y el mismo riesgo, puesto de manifiesto por Rodríguez Muñoz, se corre de no entender “restringidamente” el artículo 9 cuarta, como sugirió Silvela (18). Por esas razones se han pretendido interpretar restrictivamente los primeros preceptos, concretándolos a determinado error, como ya se ha dicho, al objeto de salvar los anteriores obstáculos (19). Desplazado de esa forma el problema, la cuestión de la preterintencionalidad se plantearía, en su más genuina acepción, en la circunstancia cuarta del artículo 9, y en las hipótesis que Silvela apuntaba, es decir, interpretándola de forma restrictiva, para aquellos casos en que, sin salirse del mismo delito, tengan un resultado gaduable (20).

Ahora bien: limitado el ámbito de aplicación del artículo 50 y del párrafo tercero del artículo 1 a específicos supuestos de error, y solamente a ellos, no podría mantenerse plenamente la regla (b) de Silvela, puesto que en aquellos casos, por ejemplo, en que sólo se quisiera lesionar a una persona y, sin embargo, se le causara la muerte, no se está a presencia de error *in persona*, ni *aberratio ictus*, determinante de que el sujeto pasivo sea distinto, y ello comporte diferente delito. Por tanto: el artículo 50 sería inaplicable cuando queriendo solamente lesionar se mata, y no podría utilizarse el expediente de la pena del delito de menor gravedad (lesiones) en su grado máximo. Pero si seguimos el razonamiento, tampoco la regla (a) de Silvela mantiene entonces su consistencia, en la medida que ya no existe una base firme para deducir que necesariamente la circunstancia cuarta del artículo 9 tenga eficacia *exclusivamente* para los supuestos en que el daño causado fuera mayor que el que se pretendía ejecutar, dentro del mismo delito, puesto que ella se extrae, en última instancia, de la interpretación que el autor ofrecía del artículo 50, como regulador del caso general en que los delitos fuesen *distintos*. Si se niega la interpretación de Silvela y se restringe hasta tales extremos el entendimiento del artículo 50, no se derivará la concepción restrictiva de la circuns-

(17) HUERTA FERRER, *ob. cit.*, págs. 331-332. Vid. la opinión de los comentaristas del párrafo tercero del artículo 1 y su evolución en PEREDA, *El versari cit.*, pág. 167 y ss. y CEREZO, *art. cit.*, págs. 53-57.

(18) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas cit.*, pág. 38.

(19) Vid. HUERTA FERRER, *ob. cit.*, pág. 333, y también la opinión recogida en la nota (14) de este trabajo. JIMÉNEZ DE ASÚA, entiende que el párrafo tercero del artículo 1, en referencia con el artículo 50, contempla casos de error, en tanto que la atenuante cuarta del artículo 9 “finca de modo directo, en la culpabilidad mixta de dolo y culpa” (*ob. cit.*, pág. 100). Vid. para el planteamiento del problema RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas cit.*, pág. 40 y ss., y la interpretación del párrafo tercero del artículo 1 en páginas 118-125. La opinión se recoge también por DEL ROSAL, *Derecho penal cit.*, págs. 45-47. Sobre el *versari*, en inmediata referencia con la preterintencionalidad, GALLI, *ob. cit.*, págs. 43 y ss.

(20) “Tal solución, doctrinal y prácticamente insuperable” (RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas cit.*, pág. 42). Para FERRER-SAMA es “plenamente aceptable” la tesis de SILVELA (*ob. cit.*, pág. 32).

tancia cuarta del artículo 9, pues de la misma forma podrá decirse que también es aplicable a aquellos casos en que no se trate del mismo delito (lesiones-homicidio), que ya no se encontrarán dentro, inexcusablemente, del artículo 50 (21). La anterior objeción es advertida por Huerta Ferrer, cuando afirma que "tan sólo podía hacerse uso de la disposición aquí señalada por Silvela, la del actual artículo 50, en los limitados casos en que se tratase de persona distinta" (22), pero a continuación no ofrece una solución satisfactoria, limitándose a llevar a cabo una crítica de la posición del Tribunal Supremo acerca del denominado "homicidio preterintencional".

Las reglas de Silvela son entre sí complementarias: rectificadas una no puede mantenerse la otra, siempre que una de ellas sea aceptada. Guardan, pues, una íntima relación y coherencia, en la medida que constituyen un criterio diferenciador que afecta tanto al artículo 50 como a la atenuante cuarta del artículo 9. La corrección de dicho criterio, sobre todo si se refiere al artículo 50, obliga a encontrar otro que ofrezca solución viable en nuestro derecho positivo, en su caso, y de no encontrar alguno mejor, procurar se acomode hasta el máximo el primero al principio de culpabilidad (23).

6. Un desarrollo histórico dogmático de la preterintencionalidad, del delito preterintencional —por lo que a la técnica italiana se refiere—, o de los delitos cualificados por el resultado, de la doctrina alemana, revela un deseo inquietante, por parte de los autores, en explicar si y hasta qué medida el principio de culpabilidad se ve o no respetado o, en el peor de los casos, es tenido como punto de referencia para afirmar o negar su virtualidad en estos supuestos. En definitiva, no sería más que expresión de esa tendencia, cada día más acusada, a una profunda penetración en el elemento subjetivo, que caracteriza el Derecho penal moderno, como una y otra vez se ha puesto de manifiesto (24). El dogma de que no hay pena sin culpabilidad, constituye piedra angular de todo Derecho penal evolucionista.

---

(21) La correlación la expresa ANTON ONECA de la siguiente forma: "la solución de SILVELA es el único medio de encontrar una función a la atenuante cuarta sin menoscabo de la correspondiente al artículo 50, y logra salvar lo que de otro modo sería contradicción entre ambos preceptos" (*ob. cit.*, pág. 336, nota 1).

(22) HUERTA FERRER, *ob. cit.*, pág. 335.

(23) Para DEL ROSAL, las soluciones "son insatisfactorias, contempladas desde el ángulo de lo culpable" (*Derecho penal cit.*, pág. 438).

(24) SCIPIONE PIACENZA, *Errore ed ignoranza di diritto in materia penale*, Torino, 1960, pág. 1, expresamente sobre dicho extremo. El dogma no hay pena sin culpabilidad cristaliza de forma explícita en los modernos proyectos de Código penal. Vid., J. BAUMANN, *Entwurf eines Strafgesetzbuchs (Allgemeiner Teil)*, Tübingen, 1963, pág. 9. Es obvio que el tema del delito preterintencional se vincule a la culpabilidad (SPASARI, *art. cit.*, pág. 229). Vid. en la literatura española, M. SERRANO RODRÍGUEZ, *Culpabilidad y Pena*, Santiago de Compostela, 1945, págs. 11 y ss.

do (25). Su negación o, si se quiere, su presunción, haciendo generar responsabilidad criminal por la simple comisión material del hecho (presumiendo nada menos que el dolo), remonta a épocas ya superadas, o por mejor decir: “hablar en este sentido de presunción de dolo parece equivocado, en cuanto la conciencia jurídica de aquellos tiempos no se había planteado críticamente ni siquiera el problema de la relevancia del elemento subjetivo. El surgir de esta problemática implica una conciencia jurídica más evolucionada, como era la de los juristas romanos” (26).

En nuestro derecho positivo existen motivos, más que suficientes, para sentirse pesimista, en el sentido de la presente consideración (27). La verdad es que el principio de culpabilidad queda malparado, y de esa forma se acierta con la afirmación de que “la culpabilidad como elemento esencial del delito ocupa una situación muy comprometida en la dogmática española” (28).

No se pretende llevar a cabo en este lugar una historia de las ideas y doctrinas penales sobre el tema, que, por lo demás, ha sido tratado con detalle y detenimiento, siendo muy abundante la literatura al respecto (29). Pero una ojeada de conjunto revela esa constante a la que antes se aludía: la preocupación por conservar, hasta donde sea posible, el principio de culpabilidad. Sin embargo, que participemos de esa misma preocupación no significará *forzar* nuestro derecho positivo, y reconducirlo al principio de culpabilidad, sino que aceptaremos como un hecho su actitud, que quizá muestre, aunque sea lamentable, su negación y abandono.

Ahora bien: ¿Qué sucede en el derecho español cuando el resultado producido no coincide con el deseado, en referencia con el principio de culpabilidad? ¿Qué función desempeña éste si se emplean las reglas de Silvela? ¿En qué situación queda? Como es natural, las preguntas se centran en la tesis que, como se ha reseñado, es aceptada por la doctrina dominante, dada la finalidad del presente apartado.

La cuestión debe examinarse de forma analítica:

(25) Vid. J. DEL ROSAL, *Esquema de un Anteproyecto del Código penal español* (Discurso), Madrid, 1964, pág. 64.

(26) FRANCO BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960, pág. 9.

(27) Vid. nota 10 de este trabajo.

(28) G. R. MOURULLO, *art. cit.*, pág. 288.

(29) Gran extensión le dedica JIMÉNEZ DE ASÚA, *ob. cit.*, págs. 21 y ss. Una exposición resumida, pero bastante completa de la literatura italiana en GALLI, *ob. cit.*, págs. 43 y ss. ZUCALÁ, *ob. cit.*, págs. 28-48. VITALE, *ob. cit.*, págs. 45-103, extensamente. SPASARI, pág. 232 y ss., con críticas agudas. Una visión de conjunto de la reciente actitud de la doctrina alemana en ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip* (Eine strafrechtlichrechtsphilosophische Untersuchung). Heidelberg, 1961, págs. 240-247. E. GIMBERNAT, *Die innere und die äussere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik* (tesis doct. en ciclost.), 1962, págs. 150-163, para una contemplación general del problema en referencia con la relación de causalidad. (Un resumen del mismo, *La causalidad en Derecho penal*, en ADPCP, 1963, págs. 573-579.) Vid. también BECCARI, *ob. cit.*, pág. 1 y ss. y la bibliografía por ellos citada.

## Regla (q):

Sometida la primera tesis de Silvela a la consideración del principio de culpabilidad, se tiene:

a) Que inicialmente se opera con un tipo en el que *no* se puede dar el dolo, por la propia naturaleza de lo acontecido (se tenía intención de causar lesiones *leves*, y se producen, *sin* intención, *graves*). Es decir: la conducta, referida al resultado más grave, no es dolosa. Es más: justamente por ello, se intenta el correctivo de la atenuante cuarta del artículo 9 (*no* haber tenido *intención* de causar un mal de tanta gravedad).

b) Sin embargo, a pesar de lo expuesto en a), se *parte* de la pena establecida por el tipo más grave. Lo anterior significa: o que, en principio, basta con la simple causación del resultado más grave, y puesto que se está versando en cosa penalmente ilícita, se le aplicará la pena como si hubiese sido cometida con dolo; o que se admite, *cuando menos* (30), que podrá existir la posibilidad de culpa (previsibilidad), siempre, por supuesto, moviéndose en un estricto Derecho penal de culpabilidad. La primera solución, afortunadamente, no se produce: o bien se aplica la pena del delito mayor en su grado mínimo (regla primera del artículo 61), o bien se hace uso de la regla quinta del artículo 61, si se estima la cuarta del artículo 9 como "muy calificada". Una conclusión cabe extraer, conforme ha puesto de manifiesto la doctrina: el *versari* no despliega su *total* eficacia en este caso. Pero, sin duda, pudiera pensarse: admitido que se opera con la pena correspondiente al resultado más grave, siendo así que se afirma su producción *no* dolosa, únicamente quedaría a salvo el principio de culpabilidad, en la medida que aquél se haya realizado *culposamente*. Si esto último no pudiera fundamentarse, ¿en base a qué consideración, dentro de la culpabilidad, se tiene en cuenta la pena del resultado más grave? Tendría que contestarse que ningún apoyo encuentra en la culpabilidad, y sería por fuera de ésta donde habría de hallarse el fundamento de la solución comentada. Ahora bien: si en referencia con el resultado mayor se exigiera, al menos, su previsibilidad, podía considerarse incluido dentro de la culpabilidad, en parecida forma a como sucede en el Código penal alemán a partir de la modificación

---

(30) Como se exige por la ley tercera (4 de agosto de 1953) que modificó el Código penal alemán, dejando redactado el parágrafo 56 en el sentido de que cuando la ley vincula a una especial consecuencia del hecho pena más grave, ésta última sólo le será impuesta al autor, únicamente, si ha producido la consecuencia *al menos culposamente*. La mayoría de los autores entendieron que con la anterior modificación se salvaguardaba el principio de culpabilidad y quedaba resuelto el problema de los delitos cualificados por el resultado. A juicio de KAUFMANN ese "optimismo es injustificado" (*Das Schuldprinzip cit.*, pág. 241). Bibliografía al respecto en GIMBERNAT, *Die innere, cit.*, págs. 157 y ss. Para MAURACH la expresión "*wenigsten fahrlässig*", empleada por el parágrafo 56, no sólo es medida mínima, sino también *máxima*, ya que no estarán dentro del texto legal las hipótesis en que al resultado más grave se le conectara el dolo eventual (*Tratado cit.*, T. II, pág. 88).

introducida en 1953 (31). La anterior afirmación tampoco aceptaría una "culpa presunta", traducida en que cuando se pretende ocasionar, por ejemplo, lesiones leves, siempre debe entenderse que se prevé la producción de lesiones graves, como se ha dicho por un sector de la doctrina italiana, pues no estaría en concordancia con el principio de culpabilidad, correctamente concebido, ya que habrá que deducir, frente al caso concreto, si efectivamente aquélla existió o no (32).

c) En el ámbito, pues, de la culpabilidad, la preterintencionalidad estaría constituida en esa línea, y referida al resultado más grave, por la culpa, como denonadamente ha indicado Jiménez de Asúa (33).

(31) Sin embargo, KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, cit., págs. 241 y ss., no acepta la "combinación" de un delito doloso y otro culposo, que no supone solución, pues aunque externamente aparezcan enlazados, no existe entre ellos una interna relación (pág. 241). A su juicio el recto camino sólo puede encontrarse en la teoría de la adecuación, para explicar los delitos cualificados por el resultado (págs. 245-246). Incluso afirma que la solución ofrecida por la adecuación no debe postergarse por la del parágrafo 56, por creer que éste satisface más el principio de culpabilidad, pues ello es un grave error: el parágrafo 56 no ha suprimido completamente el castigo por el *versari* en los delitos cualificados por el resultado (pág. 246). A pesar de lo anterior y de la alusión que verifica a los "fanáticos del principio de culpabilidad" (pág. 246), deja insatisfacción su tesis, aunque no sea el momento para desarrollar una crítica total a la misma. Para MAURACH, por el contrario, el parágrafo 56 ha conseguida la "plena realización" del principio de culpabilidad (*Tratado* cit., tomo II, pág. 86).

(32) Acertadamente SPASARI, cuando recogiendo la opinión de ANTOLISEI sobre este extremo, afirma que su admisión quebranta radicalmente el principio de culpabilidad, puesto que "presumir la previsibilidad del resultado con base a criterios absolutos y objetivos significa vaciar de todo efectivo contenido la categoría de la culpa y atribuir un hecho a su autor con el patrón del simple nexo de causalidad" (*art. cit.*, pág. 236). Una crítica a la tesis de FINZI de que la preterintencionalidad se constituye por el dolo más la culpa más la *previsión presunta* en VITALE, *ob. cit.*, págs. 81-84. Para ZUCCALÁ, la culpa presunta es, en definitiva, una categoría contradictoria, que va en contra del derecho positivo italiano (*ob. cit.*, pág. 38). Vid. también GALLI, *ob. cit.*, págs. 63 y ss.

(33) JIMÉNEZ DE ASÚA, *ob. cit.*, pág. 149: "no nos cabe duda alguna de que la *praeter intentionem* es un caso mixto de dolo y culpa". SPASARI admite el desdoblamiento, por tratarse de un título subjetivo complejo, aunque disiente sea un mixto de dolo y culpa (*art. cit.*, pág. 234), si bien ello puede ser útil para ulteriores desarrollos en la investigación. Una crítica en VITALE, *ob. cit.*, pág. 69, pues a su juicio no recoge ni justifica todas las hipótesis preterintencionales. De interés la extensa bibliografía citada en las páginas 45-47 de la anterior obra. También en actitud crítica ZUCCALÁ, *ob. cit.*, págs. 33 y ss. Para GALLI se satisfacen las exigencias con la afirmación del nexo causal entre la conducta dolosa y las consecuencias no queridas, aunque ello no significa que la responsabilidad se fundamente en la simple relación objetiva, si bien se ve obligado a emplear el *versari* (*ob. cit.*, pág. 79). DELITALA defiende la tesis del mixto entre dolo y culpa. Pero cuando se cita la opinión de DELITALA se suele olvidar el párrafo que a continuación aclara su posición: "y en verdad, que para constituir la culpa basta una conducta genéricamente contraria a la policía o a la disciplina... no se ve por qué no deba ser suficiente una conducta causal específicamente contraria a una norma de Derecho penal" (*Il fatto nella teoria generale del reato*. Padova, 1930, pág. 98). Como se observa, en definitiva, poco se distingue de aquéllos (opinión dominante en Italia) que aceptan el dolo para el resultado menos grave y la responsabilidad objetiva para el mayor. A esta conclusión se llega, generalmente, por la siguiente razón: porque el Có-

No afirmándose ésta, solamente se estará ante el delito básico doloso, puesto que el segundo (resultado más grave) no es comprendido por la culpabilidad y, por tanto, no debería ser tenido en cuenta. Conclusión a la que, definitivamente, no se llega sin más con la regla de Silvela aun cuando a ella se aproxime, pues en realidad desplaza el problema a la fundamentación, en nuestro derecho positivo, de esa inexcusable exigencia referida a la previsibilidad, incluso dando por admitida la interpretación restrictiva de la circunstancia cuarta del artículo 9. No obstante, la regla de Silvela significa una notable aportación, si se compara con cuanto expondremos en el próximo título, puesto que el problema queda ciertamente reducido tanto en su extensión como en la posibilidad de admitir y exigir la culpa, ya que se mueve dentro del área de un *mismo* delito.

d) Quizá un paso hacia adelante sea el esquema con el que ha operado un sector de nuestra doctrina: en los casos en que el resultado más grave no sea previsible ciertamente, o bien se niega la existencia de *nexo causal*, o bien se niega la *voluntariedad*, de acuerdo con el artículo primero, párrafo primero, y, en consecuencia, “no podría hacerse responsable al sujeto del resultado causado sin culpa” (34), evitando así las consecuencias del *versari*. En esa misma línea, la posición del profesor Jiménez de Asúa es por demás encomiable.

#### Regla (b):

Mayor complejidad encierra someter la solución de Silvela, en su segunda vertiente, al contraste del principio de culpabilidad. La doctrina se ha encargado de poner de manifiesto los inconvenientes que pueden presentarse (35), y es obligado realizar una breve revisión, tanto del párrafo primero del artículo 50 como del segundo del mismo precepto:

---

digio italiano expresamente no exige la culpa para el evento más grave (así MARIO SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*. Milano, 1959, pág. 216). También se critica por KAUFMANN, que estima el mixto de dolo y culpa como un “cuerpo extraño” en el derecho positivo y en el nuevo proyecto de Código penal alemán (*Das Schuldprinzip* cit., pág. 243). En la literatura española, QUINTANO RIPOLLÉS ha propuesto sean reconducidos al homicidio por imprudencia los supuestos de *praeter-intentionem*, lesiones o muerte, y en el mismo sentido algunas sentencias. (De una de ellas nos ocuparemos más adelante.) Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, Barcelona, 1958, págs. 305 y ss. *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, t. I. Madrid, 1962, páginas 89 y ss. *Curso de Derecho penal*, t. II, Madrid, 1963, págs. 18 y ss., especialmente.

(34) G. R. MOURULLO, *art. cit.*, pág. 295. P. PEREDA afirma: “ha de entenderse la voluntariedad, por lo menos indirecta, impuesta, como regla general, por el párrafo primero del mismo artículo, y aun por el concepto mismo de la causalidad que lleva consigo responsabilidad criminal” (*El versari* cit., pág. 189). Dentro de esta línea, CÓRDOBA, *Notas cit.*, pág. 86, dice: “nada impide que circunstancias distintas a las del artículo 8 eximan de la responsabilidad criminal, por provocar la exclusión de alguna de las características del artículo 1, párrafo primero del Código penal”.

(35) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas cit.*, págs. 118 y ss. CEREZO, *art. cit.*, páginas 55-56.

a) La hipótesis más generalizada sería la de quien habiéndose propuesto ejecutar lesiones, produce muerte, conforme se señaló en su lugar. En este caso se impondrá la pena del delito menos grave (lesiones) en su grado máximo, con lo que el resultado no querido funciona como agravatorio de la pena en particular. El módulo que rige, sin embargo, es principalmente el de la culpabilidad, ya que ésta se refiere a las lesiones, y es la pena de las lesiones la que se impone dentro de los límites legalmente señalados, aunque la *agravación* se produzca por la simple realización del *resultado* muerte, pues éste no necesita ser comprendido por la culpabilidad del agente.

Si se hablara de culpa referida al resultado muerte, se daría el caso de que igualmente se infringiría el principio de culpabilidad, ya que aquél puede suponer más pena que la derivada del artículo 50: las lesiones dolosas que se pretendían ejecutar pudieran tener menos pena que el primero, y dado que debe aplicarse la correspondiente al delito menos grave, sería inconsecuente hacer uso del artículo 50, que comportaría una no adecuación a la culpabilidad (homicidio culposo), que debiera aparejar la pena de este último, pero no otra menor. El supuesto inverso tampoco comporta solución satisfactoria, dentro de la presente consideración. El principio de culpabilidad tanto puede verse quebrantado por exceso como por defecto: tan injusta es la pena que le sobrepasa como la que supone un *minus*. Ni una ni otra se acomodan justamente al citado dogma. En consecuencia, se tiene que, precisamente de acuerdo con el artículo 50, no puede referirse la culpabilidad a la muerte producida, que funciona tan sólo como mera agravación *objetiva* de la pena correspondiente al delito de lesiones doloso. La doctrina no ha dejado de mostrar su simpatía por esta solución (36), como mal menor, a la vista de la actitud de nuestra práctica jurisprudencial, que, como veremos más adelante, deja mucho que desear en este sentido.

b) Pero la interpretación de Silvela es también susceptible de otras consideraciones, desveladas por la posterior doctrina científica (37), y que se encuentran también en la línea *praeter intentionem*. Se piensa, pues, que quien se propuso ejecutar un delito de daños, y ocasiona la muerte de una persona, sería castigado, en atención a la regla de Silvela, como autor doloso de un delito de daños consumado a la pena señalada para éste en su grado máximo... siendo así que aquéllos no se habían realizado efectivamente. Quizá una forma de salvar el anterior absurdo resolviendo el presente supuesto más justamente... con lo realmente sucedido, se sugiera a continuación:

En el caso de A, decidido a causar unos daños, dispara y mata a B. *sin* que se hable de culpa, se castigaba, como veíamos, al sujeto activo como autor doloso de un delito de daños consumado; pero no

(36) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español* (P. Esp.), t. I, Valladolid, 1963, págs. 34-35, también acepta las tesis de SILVELA.

(37) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas cit.*, págs. 41 y ss. CERESO, *art. cit.*, página 56.

debe olvidarse que puede tener cierto valor interpretativo el párrafo segundo del artículo 50: "lo dispuesto en el párrafo anterior no tendrá lugar cuando los actos ejecutados por el culpable constituyeran tentativa a frustración de otro hecho, si la ley castigare estos actos con mayor pena, en cuyo caso se impondrá la correspondiente a la tentativa o al delito frustrado". Es decir: admitida por el legislador la posibilidad de que lo *ejecutado* pueda calificarse de frustración (o tentativa), necesariamente dolosa, por supuesto, no cabe decir que no haya de conectarse con el delito que se había propuesto ejecutar (también si se verificara, doloso), y únicamente en aquellos casos en que la primera tenga *mayor pena* que la correspondiente al resultado producido, existirá una excepción a lo ordenado por el párrafo primero del artículo 50, del que se deducirá la obligación de señalar la de este último (la del realmente ocasionado). Ahora bien: si lo ejecutado ha tenido relevancia para constituir frustración (o tentativa) en aquellos casos en que tenga pena más grave que lo efectivamente producido, pudiera admitirse el proceso inverso, dentro del párrafo primero del artículo 50, o sea, que lo ya verificado pueda ser susceptible de calificarse como frustración o tentativa cuando tenga *menor pena*, aunque haya producido un resultado más grave. De esa forma, cuando la tentativa o frustración (daños) tenga menor pena (que homicidio), de acuerdo con el párrafo primero del artículo 50, se aplicaría la primera, pero no la referente al delito de daños consumado, que no se realizó (38): frustración (o tentativa) de daños, calificación que se ajusta al principio de culpabilidad, con el límite máximo de la pena correspondiente.

Existen, sin embargo, algunos obstáculos en su admisión y dificultades para que sea compartida, pero ofrece la posibilidad de una mejor calificación del caso examinado. Especialmente si se contempla desde otra perspectiva, precisamente la que pudiéramos denominar inversa a la preterintencionalidad: con dolo de producir muerte, se verifican daños. En este caso se llegaría a una abierta incompatibilidad con el principio de culpabilidad, como pone de manifiesto Cerezo (39): "se le aplica la pena del delito doloso de daños en grado de consumación, siendo así que falta el dolo de daños". Por el contrario, dentro del esquema fáctico comentado, la presente hipótesis no estaría en desacuerdo con el artículo 50 y con la regla de Silvela, si se resolviera, de manera más concorde con la culpabilidad, entendiéndose como homicidio frustrado, que según el párrafo segundo del artículo 50, y en

---

(38) Para RODRÍGUEZ MUÑOZ, en los citados casos "la realidad es que se imponen las penas correspondientes a los delitos dolosos en unos casos con falta evidente del dolo (el sujeto, verbigracia, quiere cometer un homicidio y causa daños), y en otros, con falta no menos indudable de la realidad objetiva del delito (el sujeto, verbigracia, quiere causar daños y produce la muerte de un hombre). Pero lo cierto es que mediante este artículo o, mejor dicho, mediante sus dos primeras reglas, se dulcifican en sumo grado las en otro caso inadmisibles consecuencias del *versari*" (*Notas cit.*, pág. 41).

(39) CEREZO, *art. cit.*, pág. 16. RODRÍGUEZ MUÑOZ, en la nota 38 de este trabajo.

atención a que pudiera tener mayor pena que los daños causados, se le aplicaría aquélla y no la de éstos.

c) La cuestión se complica todavía más si el resultado más grave (por ejemplo, homicidio) es culposo, y el propuesto, pero no acontecido, se califica de delito de daños frustrado. Desde el punto de vista de la culpabilidad, se tendría: delito culposo y delito frustrado, naturalmente, doloso. Se aplicaría, sin embargo, de acuerdo con el artículo 50, la pena del delito menos grave (daños frustrados). ¿Y qué sucede con el homicidio culposo? ¿Cabe decir que en este caso se respeta el principio de culpabilidad? Parece claro que no. Pero la verdad es que tales supuestos difícilmente pueden encajarse dentro del artículo 50, como tampoco la hipótesis inversa (delito frustrado de homicidio y delito culposo menos grave, al que corresponde menos pena que al primero), puesto que se corre el riesgo de afirmar la impunidad del delito culposo, como deduce Cerezo (40). Las absurdas e inadmisibles conclusiones a las que se llegaría, a pesar de la mejor intención por hacer viables las soluciones ofrecidas por el artículo 50 —como se sugiere en el apartado b)—, conducen a la siguiente afirmación: dichos supuestos no se encuentran regulados por el anterior texto legal, que en modo alguno los contiene y, por tanto, remiten al juego general de la culpabilidad, o incluso, como se ha apuntado por un sector de la doctrina, al concurso ideal, en su caso (41).

d) Las hipótesis de *error in persona* y *aberratio ictus* que afecten a que se trate de persona distinta, y que generen una diferente calificación jurídica, han sido estudiadas por la doctrina española, aceptando que pueden encontrarse dentro del artículo 50, aunque “la solución no es satisfactoria” (42), y destacando también las injustas consecuencias que engendran, pues tampoco quedan cubiertas las exigencias del principio de culpabilidad.

#### Reglas (a) y (b):

Un examen *comparativo* de ambas reglas conduce, entre otras, a la siguiente afirmación, según Antón Oneca: conforme a ellas, “el que con intención de causar lesiones menos graves ocasiona una muerte, incurrirá en la pena de las primeras en su grado máximo, por aplicación del artículo 50, mientras que si ocasiona lesiones graves ten-

(40) CEREZO, *art. cit.*, pág. 56.

(41) A juicio de SPASARI, están abocados al fracaso los intentos de reconducir el delito preterintencional a una estructura simple y unitaria, y por esta razón emplea el expediente del concurso ideal que, según el autor, se adapta “perfectamente a la figura del delito preterintencional” (*art. cit.*, pág. 255). En el “homicidio preterintencional”, no existe obstáculo, según GALLI, para la descomposición en lesiones dolosas y homicidio culposo, desde el momento que desaparece el concurso de normas (*ob. cit.*, pág. 75). De interés la tesis de JESCHECK acerca del concurso ideal en los delitos cualificados por el resultado, criticada por KAUFMANN, *Das Schuldprinzip cit.*, pág. 245.

(42) CEREZO, *art. cit.*, pág. 58. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas cit.*, pág. 123.

drá que responder de éstas con la atenuante cuarta" (43). Si se recuerda lo expuesto al comentar por separado las citadas reglas, efectivamente, puede suceder la anterior incongruencia, aun cuando en el estricto terreno de la culpabilidad y de la práctica, generalmente lo sea menos: no debe olvidarse que las lesiones menos graves y graves son lesiones, en tanto que en el homicidio se trata de *delito diferente*, operándose con una culpabilidad distinta, lo que significa que difícilmente quedará totalmente radiada la culpa del resultado de lesiones graves producido, y no querido, si bien teóricamente hayamos aceptado su delimitación y admisión como hipótesis al revisar la regla (a) de Silvela.

7. Del anterior examen puede afirmarse, en forma conclusiva, lo siguiente:

a) Que por lo que se refiere a la denominada atenuante de preterintencionalidad (cuarta del artículo 9), solamente podrá aplicarse a aquellos delitos con *resultado graduable*. Que, igualmente, como dejó expuesto Silvela, y se adhiere la doctrina dominante, deberá contraerse siempre al *mismo* delito.

b) Como ha destacado un sector de la doctrina española, una interpretación por demás *amplia* del párrafo tercero del artículo 1, y del artículo 50, no es aconsejable, pues conducirá a resultados manifiestamente contrarios con el principio de culpabilidad. Sin embargo, dentro de una visión *restrictiva*, debe precisarse:

a') Que la tesis *más* restringida (*error in persona o aberratio ictus*, que dé lugar a persona distinta, y que afecten a la índole del delito), hace peligrar la interpretación expuesta en a): no existirá base legal para, *contrario sensu*, extraer la limitación del artículo 9 cuarta, al mismo delito

b') Las reglas de Silvela son complementarias, y una condiciona la vigencia de la otra (44). Hasta tanto tengan vigencia, necesariamente habrá que interpretarlas de forma que exista concordancia entre ellas.

c') Sin embargo, la coherencia interpretativa entre las reglas citadas no se quebranta si se acepta que:

a'') Se aplicará el artículo 50 a los supuestos señalados en a') y *además*.

b'') A los casos en que, con dolo de lesiones, se produce un resultado de muerte. Delito *distinto*, sí, pero únicamente referido al binomio lesiones-homicidio, por lo que al párrafo primero del artículo 50 corresponde,

c'') A los casos en que, con dolo de homicidio se producen solamente lesiones, calificándose de tentativa o frustración de homicidio y la pena sea superior a las de las lesiones producidas por lo que al párrafo segundo del artículo 50 se refiere.

(43) ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, pág. 336, nota 1.

(44) Vid. nota 21 de este trabajo.

d') La anterior interpretación es *restringida*, desde el momento que sólo contempla lo expuesto en c'), y se evitan los absurdos ya apuntados por la doctrina (especialmente referidos al delito de daños, o cualquier otro que no se encuentre en la línea lesiones-homicidio). De otro lado, no invalida la afirmación, generalmente aceptada, de a). Mientras continúen en nuestro Código los artículos citados, no es fácil encontrar mejor solución a la hipótesis b''): sólo olvidando el artículo 9 cuarta, artículo 50 y párrafo tercero del artículo 1, y su respectiva interdependencia, puede hablarse de solución más satisfactoria de acuerdo con el principio de culpabilidad. Ni que decir tiene que de *lege ferenda* la cuestión puede resolverse de forma distinta, con fundamento en un correcto entendimiento de la acción y, sobre todo, de la culpa, como ha sido puesto de relieve por la doctrina extranjera.

e') La presente interpretación satisface, igualmente, la lógica interna de los dos párrafos del artículo 50, que inducen a pensar en su alcance limitado solamente a los supuestos recogidos en c'): se ha operado con ese esquema en la confección del precepto.

c) El principio de culpabilidad puede quedar salvado, en la medida de lo posible y, por lo que se refiere a a), planteando la cuestión como ha hecho un sector de la doctrina:

a') Negando la existencia de relación causal, por ser objetivamente imprevisible (45).

b') Afirmando la previsibilidad por parte del sujeto activo (culpa).

c') Negando, con un sector doctrinal, y como ya se expuso, se diera la voluntariedad del párrafo primero del artículo 1 del Código penal, que no queda invalidado en estos casos.

d) El principio de culpabilidad en b), queda como sigue:

a') Insatisfactoriamente cumplimentado, como vimos expresaba la doctrina española en los casos de b), a').

b') Insatisfactoriamente cumplimentado también en los casos de b), b') b''), en que puede quebrantarse por el párrafo primero del artículo 50, tanto por exceso como por defecto: coloca, por consiguiente, en la situación de afirmar que el resultado muerte agrava las lesiones, sin necesidad de que sea comprendido por la culpabilidad del autor. Sólo, por tanto, podrá entrar en juego la posibilidad de negar la relación de causalidad, cuando esto sea factible, y efectivamente estemos a presencia de un proceso causal anormal, como ya quedó indicado en c), a').

8. Una vez desarrollado el anterior esquema expositivo, en el ámbito de la interpretación técnica del articulado del Código penal, debe centrarse la atención en la actitud de nuestra jurisprudencia, especialmente referida a algunas decisiones que han adoptado determinada posición ante el problema que estudiamos. La cuestión, sin embargo, ha sido ya examinada, con detenimiento, por la doctrina

(45) Solución que antes de 1953 le parecía la más correcta a MAURACH, *Tratado cit.*, t. II, pág. 87.

científica española, en su aspecto más general: delitos contra las personas, y especialmente, el debatido problema de las lesiones de las que resulta muerte (46). No obstante, es conveniente recordar la crítica constante que se ha dirigido a la jurisprudencia. El procedimiento seguido como regla general por el Tribunal Supremo se describe y censura por Rodríguez Muñoz en los siguientes términos: "se afirma primero la responsabilidad con arreglo al Libro II del Código a cuya descripción corresponda el resultado material objetivo, verbigracia, el artículo 419 (hoy 407, homicidio), lo que implícitamente encierra la afirmación de que el sujeto ha procedido dolosamente, siendo así que falta el dolo (primer error); y después, en ciertos casos, y al objeto de paliar en alguna medida las consecuencias injustas de la primera afirmación, se admite la circunstancia atenuante "de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo", siendo así que esta segunda afirmación es terminantemente incompatible con la primera, ya que, como quiera que en la privación de la vida no hay gradaciones, ni un más o menos, es indudable que si el sujeto activo tenía *dolo de matar*, según empieza afirmando, no es posible decir acto seguido que *no quería matar tanto como mató*, que no otra cosa supone el reconocimiento en este caso de la preterintencionalidad (segundo error). En este proceder, a mi juicio equivocado y contrario a la ley, el Supremo tan sólo niega las consecuencias durísimas a que conduce este modo de entender el *versari*, en el caso en que no proceda afirmar la relación de causalidad. Pero el correctivo es débil en demasía, y sería de desear que el Supremo rectificara su punto de vista, ampliando a sus justos y verdaderos límites la esfera de aplicación del actual artículo 50" (47).

Como puede verse, la actitud del Tribunal Supremo dista mucho de aceptar los principios anteriormente afirmados por la doctrina científica, que sin cesar reproduce la crítica a la interpretación dada de la atenuante cuarta del artículo 9, párrafo tercero del artículo 1 y el artículo 50. Así, pues, dentro de la figura jurisprudencial del llamado "homicidio preterintencional", se afirma:

a) La existencia de una "intención" de causar lesiones, "propósito" de lesionar, "*ánimus vulnerandi*", "dolo inicial de lesiones", que constituye la referencia subjetiva (48).

b) Ausencia de intención de causar la muerte, inexcusable para la aplicación de la atenuante cuarta del artículo 9. Dicho requisito, entendido negativamente, se deduce:

---

(46) Vid. por ejemplo, DEL ROSAL, COBO, MOURULLO, *Derecho penal español* (parte especial), T. I., Madrid, 1962, págs. 146 y ss.

(47) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas cit.*, págs. 42-43. Vid. también, DEL ROSAL, *Comentarios a la doctrina penal del Tribunal Supremo*, Madrid, 1961, págs. 10, 13, 220-227 y 358-366. Con anterioridad, del mismo, *Lesiones y no homicidio*, en *Rev. de Derecho Público*, Madrid, 1933, pág. 376.

(48) S. S. 22-11-1873, 29-1-1915, 27-5-1929, 17-6-1932, 13-3-1945, 6-10-1947, 30-4-1948, 26-3-1953, 5-6-1962, etc.

a') De la desproporción existente entre el medio empleado y el resultado producido.

b') Del lugar de los golpes fundamentalmente, y

c') De otras circunstancias (49).

c) Desde el momento que se requiere la *notoria desproporción* entre los medios, golpes, etc., y el resultado producido, justamente por ello se coloca el Tribunal Supremo en abierta negativa a admitir que el resultado muerte haya sido previsto, ni previsible, por el sujeto activo, ni, por tanto, se comprenda por la culpabilidad. Es más: en tales casos no se acepta tampoco el correctivo de la "adecuación", pues se reitera que basta con una "simple relación lógica", "que no es necesario que se sepa la concreta relación causal"... , pues de darse "adecuación perfecta y objetiva entre medio y efecto", no podría aplicarse la atenuante cuarta del artículo 9, ya que habría que entender que existió propósito homicida (50).

El problema, como se ve, se ofrece en nuestra práctica jurisprudencial de forma muy distinta, ciertamente insatisfactoria, a como viene resolviéndose por la doctrina, ya se aluda a la imprevisión objetiva o a la ausencia de previsibilidad por el autor, conforme se ha apuntado. La monotonía de las sentencias en esta materia, que inciden en el mismo error, se ve rota rara vez, y también rara vez ofrece algunos horizontes. Así, por ejemplo, sucedió con la tan citada sentencia de 8 de julio de 1933, y con algunas otras, que en cierta medida han venido a satisfacer exigencias reclamadas y sentidas perentoriamente desde hace tiempo. Por lo que concretamente afecta a nuestro estudio, vale la pena hacer un comentario de la sentencia de 17 de diciembre de 1958, cuyo contenido significa un corte transversal de los distintos problemas que antes se han desarrollado. La citada decisión ha sido estudiada en referencia con la culpa y su pretendido arranque lícito (51); pero también, acerca de la preterintencionalidad, y dentro de esa línea, ofrece variantes a la persistente actitud de nuestra jurisprudencia. Se afirman en ella las siguientes premisas:

a) Que con motivo de la Ley de 9 de marzo de 1950, se atempera la licitud del acto inicial para la existencia de imprudencia temeraria.

b) Que el "homicidio preterintencional" exige:

a') "Un medio normalmente incapaz para causar la muerte".

b') Que sea "empleado de modo que la previsión humana excluya la posibilidad de un resultado mortal, conforme a la experiencia de la vida diaria".

(49) S. S. 17-6-1948, 26-3-1953, 9-5-1953, 16-6-1954, 29-12-1960, 8-5-1961, 2-1-1962, 14-3-1962, 27-6-1962, 13-6-1962, etc.

(50) Así entre otras las S. S. 2-2-1947, 28-3-1947, 12-4-1947, 30-4-1948, 17-6-1948, 16-7-1949, 11-2-1950, 26-2-1951, 12-12-1951, etc. Entre las más recientes vid. S. S. 8-5-1961, 23-11-1962, 10-4-1962, 3-10-1962, 1-6-1962, 5-6-1962, 4-1-1962, 12-3-1962, etc.

(51) CEREO, *art. cit.*, pág. 50. JIMÉNEZ DE ASÚA, *ob. cit.*, pág. 289.

c) Pero que ha de estar "siempre en relación directa y próxima con dicho resultado" (muerte).

d) Igualmente, requiere un "dolo inicial", referido en este caso a *maltratar a una persona*.

El "considerando" decisivo para nuestro examen afirma textualmente: "el acto inicial, de indudable lesividad, *sólo permite valorar como consecuencia posible y previsible*, la de unas lesiones corporales de escasa entidad, ya que se trata de una agresión sin armas y sin especiales condiciones de gravedad, y el *resultado mortal se encuentra tan alejado del propósito y de la actuación de los agresores*, como que el lanzamiento de la contendiente que, lógicamente debía ser contenida por la barandilla, se convirtió en consecuencia mortal, por el desprendimiento de esta barandilla, cuyas malas condiciones y la posterior declaración de finca ruinosa, *no permiten prever en el momento de la lucha que muera la persona lanzada*, ya que en el curso ordinario de la vida los sucesos que tienen un desarrollo como el que es objeto de este procedimiento, *no autorizan como lógica la posibilidad de enlazar el acto de los procesados con la muerte de la ofendida, más que desde el punto de vista de la causalidad material, pero no*, como exige el proceso penal, *desde el punto de vista de la causalidad jurídica*, porque si se da intención agresora y "*animus laedendi*", *no existe "animus necandi"*, como sería preciso para hablar de homicidio en *cualquiera de sus formas, incluso en la preterintencional, que en ningún modo se presenta a la inteligencia; ni a la voluntad de los agresores, como efecto necesario y ni siquiera posible de su acto*, y, en consecuencia, procede acoger el recurso en el sentido *no* de tratarse de un homicidio preterintencional con arreglo a los artículos 407, 9, número 4 del Código penal, *sino* de un delito de *imprudencia temeraria*, del que resulta la muerte de una persona, conforme al párrafo primero del 565 del Código penal, en relación con el 407 del mismo Código" (52). El anterior "considerando" puede ser examinado desde distintos puntos de vista:

a) Con la noción que hasta ahora había ofrecido la jurisprudencia del homicidio preterintencional, la sentencia comentada supone sin duda una negación de las líneas generales con que aquélla había trazado su contorno. En este sentido sorprende que genéricamente sean aceptadas en el presente fallo y, posteriormente, en el "considerando" donde se observa el caso concreto, se contradigan. De esta forma los "considerandos" no dejan de ser entre sí incongruentes: parecía que después de lo afirmado en b), se concluiría calificando los hechos de "homicidio preterintencional".

b) Prescindiendo, pues, de la lógica interna del razonamiento, se lleva a efecto una comprensión más ajustada del nexo causal que la

---

(52) Hemos subrayado. Con posterioridad a la redacción de este trabajo vid., abundando en la misma línea de la sentencia comentada, los interesantes fallos de 28-9-1964 y 17-12-1964, el primero comentado por DEL ROSAL, *Del paricidio culposo*, en ADPCP, 1964, págs. 272-277.

usualmente empleada por el Tribunal Supremo. Así, se afirma que aunque *materialmente* no puede negarse su existencia, sin embargo, su “anormal” conformación determina que ni *lógica* ni *juridicamente* sea atendido. El “curso ordinario de la vida” (*id quod plerumque accidit*), enseña que de las conductas sometidas a casación no se deriva, en modo alguno, un resultado tan grave como el de la muerte. Objetivamente, en consecuencia, no cabía prever, a juicio del Tribunal Supremo, el desarrollo causal habido. Mucho más si se tiene en cuenta la expresa alusión del “considerando” a las malas condiciones de la barandilla que “lógicamente” debía contener el “lanzamiento de la contendiente”, lo que no sucede por encontrarse en mal estado, por si no fuese dato suficiente, aunque general, “la posterior declaración de finca ruinosa”. Es decir: ha existido una interrupción, una causa extraña, que precipitó los acontecimientos hasta el fatal resultado muerte. Se está, por tanto, negando la relación de causalidad, en atención a que el nexo que supone se ha desarrollado anormalmente. La argumentación desplegada, por consiguiente, pudiera atenderse para, en este caso, negar la existencia de homicidio... preterintencional. Sin duda, dentro de la dialéctica jurisprudencial, supondría un paso hacia adelante, un mayor perfeccionamiento en relación con la tesis que pudiéramos calificar de dominante.

c) Si se observa ahora el otro argumento empleado para descartar el “homicidio preterintencional”, es decir, el de la concreta *previsibilidad* por el sujeto activo, la negación de los principios que han sostenido la anterior figura jurisprudencial, aparece todavía más clara. De esa suerte se razona en el sentido de que el resultado mortal se encontraba por demás “alejado del propósito y de la actuación de los agresores”, que de ninguna forma fue tenido por ellos ni como previsible ni como posible. Y todavía menos, continúa la sentencia, pues si bien “se da intención agresora y “*animus laedendi*,” no existe “*animus necandi*”, como sería *preciso* para hablar de homicidio en cualquiera de sus formas, *incluso en la preterintencional*”; y por si se albergara alguna duda, termina afirmando: “que en ningún momento se presenta a la inteligencia ni a la voluntad de los agresores, como efecto necesario, ni siquiera *posible* de su acto”. Con tales consideraciones la sentencia comentada se distancia en extremo de la doctrina jurisprudencial más generalizada: no sólo estima debe exigirse en el homicidio preterintencional la previsibilidad del resultado muerte, sino que requiere también para aquél un *animus necandi*, que, desde luego, va en contra de la propia configuración de la circunstancia cuarta del artículo 9, que, por imperativo legal, determina la ausencia de intención referida al evento de mayor entidad. Una cosa es que aceptando el *versari* se castigue como si fuese doloso el homicidio, y otra que realmente lo sea, pues si esto último sucede, no tendría sentido la menor crítica: existía el dolo y, por tanto, la calificación de homicidio doloso era correcta.

Si el Tribunal Supremo hubiese sido tan riguroso en su concepción del homicidio preterintencional, exigiendo como mínimo la simple *pre-*

*visibilidad* de la muerte, la doctrina científica no le habría criticado en la forma ya expuesta, aunque, en efecto, proclamaría, sin duda, la conveniencia de emplear, sencillamente, la fórmula de la culpa (\*). Por el contrario, la sentencia de 17 de diciembre de 1958, declara — en contradicción con una constante jurisprudencial — que se requiere *animus necandi* (!), o, cuando menos, la previsión del resultando por parte de los agentes, y no deja de sorprender ese cambio radical.

d) El resultado muerte acontecido es, por tanto, para los procesados, en el caso estudiado, *imprevisible*: ni objetiva ni subjetivamente puede decirse que se hubiese podido prever, conforme se afirma en los "considerandos". Pero quizá por un afanoso deseo de descartar el homicidio preterintencional, la propia sentencia se ha ido cerrando el paso a la solución por la que, definitivamente, se decide: la imprudencia temeraria del párrafo primero del artículo 565 en relación con el 407. Resulta que la muerte es totalmente imprevisible, que no puede ser referida psicológicamente a los agentes, que sólo mediante el concurso de una causa extraña y anormal se produce materialmente, que son las malas condiciones de la barandilla las que, en suma, precipitan el suceso... y entonces se castiga por la forma más grave de imprudencia del número 1 del artículo 565. No se llega a comprender cómo, habiendo negado la previsibilidad del resultado, la relación de causalidad "normal", y toda referencia subjetiva, puede afirmarse acto seguido que se trata de un homicidio por imprudencia; tampoco cómo una sentencia que descarta el arranque lícito de la imprudencia, y se muestra extremadamente rigurosa en la configuración del homicidio preterintencional finaliza aceptando una concepción puramente causal material, sumamente genérica, de la primera; ni menos cómo, habiéndose negado la operatividad del *versari* (necesariamente la culpa no necesita un arranque lícito), se emplea el mismo argumento implícitamente para, en definitiva, construir la imprudencia, y no afirmar *la falta también de esta última*, calificando el hecho de acuerdo con la estricta culpabilidad de los agentes.

e) Un resumen crítico de tan interesante decisión puede concretarse de la siguiente forma:

a') Puesta en relación con la dirección dominante en nuestra jurisprudencia, lleva a cabo un nuevo (?) entendimiento del homicidio preterintencional: exige no sólo la existencia de previsibilidad, sino también *animus necandi*. Ahora parece que se peca por exceso, en lo que a este último se refiere: que se afirmara, como consecuencia del *versari*, el homicidio *como si* fuese doloso, no significa que ciertamente lo fuera. Igualmente alude a que el proceso causal sea objetivamente previsible, para que pueda hablarse de homicidio preterintencional.

b') Por supuesto, que es encomiable la negación del inexorable

(\*) Estando en prensa este trabajo se lee la tesis de E. GIMBERNAT, *Causalidad y responsabilidad por el resultado en Derecho penal español*, Univ. Madrid, 1965, en la que se adhiere a la tesis de QUINTANO RIPOLLÉS (vid. nota 33, *ut supra*), sobre la conversión del homicidio preterintencional en homicidio imprudente (pág. 174).

arranque lícito en el párrafo primero del artículo 565. Pero, en el presente caso, no ha significado el total abandono de una mentalidad fundada en el *versari* y en la reponsabilidad objetiva: en el fondo se ha castigado, en este supuesto, y, de esa forma, sólo por conservar una idea errónea que va en contra del principio de culpabilidad. No tiene el menor sentido negar toda referencia subjetiva, en forma muy amplia, conectada al resultado muerte, para descartar el homicidio preterintencional, y a continuación condenar por el párrafo primero del 565 en relación con el 407. Si lo anterior era cierto para que no se afirmara el homicidio preterintencional, no existe justificación alguna para que no se elimine, de la misma manera, el homicidio culposo, salvo que este último requiera solamente, como parece confesar el fallo en cuestión, la más genérica relación de simple causalidad material. Si fuese así, poco habríamos conseguido con destinar un “considerando” a la negación del arranque lícito en la imprudencia y con ser ahora tan exigentes, en el ámbito de la causalidad y la culpabilidad, con el homicidio preterintencional.

c') ¿Cómo es posible negar que el homicidio haya sido cometido culposamente, para descartar el “homicidio preterintencional”, y a continuación calificar los hechos como homicidio por imprudencia (culposo)? ¿Y por qué no se ha utilizado para no aceptar esta última el mismo razonamiento empleado para abandonar la tesis del homicidio preterintencional? ¿Por qué no se ha negado, igualmente, la relación de causalidad, la previsibilidad objetiva de la misma, o la previsibilidad por parte de los agentes? ¿Por qué, en definitiva, no se han tenido en cuenta los diferentes procedimientos apuntados por la doctrina científica para salvar el principio de culpabilidad? ¿Por qué, finalmente, no se han valorado los hechos de acuerdo con la estricta culpabilidad, que únicamente se refiere, como la propia sentencia admite, a maltratar de obra a otro?

c') Ni la figura jurisprudencial del homicidio preterintencional, como hemos dicho, parece correcta, ni tampoco la forma de entender la culpa de acuerdo con criterios absolutamente objetivos. Existe un peligro, sobre el que debe llamarse la atención, en la citada sentencia: cuando dentro de la estimación del Tribunal Supremo no pueda hablarse de homicidio preterintencional, por no verificarse las exigencias de causalidad o culpabilidad que el mismo pudiera comportar, *necesariamente* no se tendrá que aplicar el párrafo primero del artículo 565, a pesar de que el terreno se prepare afirmando la inexigencia de licitud inicial del acto, sino que forzosamente deberán darse los requisitos para que pueda hablarse de culpa, pues pudiera suceder que ni ésta ni aquél se den efectivamente, por no encontrarse el suceso comprendido por la culpabilidad del sujeto activo.

En el caso comentado, cuando parecía que se iba a negar el homicidio preterintencional, aun cuando se sentaban unas bases para su afirmación, y también la culpa, resulta que se afirma ésta, cuya aplicación había quedado invalidada al descartar el primero. A pesar, pues, de la expresa declaración de que aquélla no exige irremediamente el

arranque lícito, sin embargo, no se ha exonerado de toda responsabilidad criminal por homicidio... precisamente porque pesaba todavía en la decisión que quien versa en cosa ilícita debe ser de alguna forma castigado por las consecuencias que ocasione su comportamiento, con independencia de que encuentre cabida o no en la culpabilidad, aunque en este caso se utilice la *imprudencia* y se desarte la hipótesis del dolo.

9. El esquema de la llamada “preterintencionalidad”, como el de tantas instituciones penales, se ha concebido fundamentalmente para los delitos “contra las personas”, por emplear la terminología de nuestro Código, y específicamente para el supuesto lesiones-homicidio. No obstante, conforme expusimos, la atenuante cuarta del artículo 9 es susceptible de aplicación a aquellas figuras delictivas que tengan un “resultado graduable”, y por supuesto, sin salirse del mismo delito.

El problema de su posible extensión a los delitos contra la propiedad, y concretamente al *hurto*, ha ofrecido una evolución interesante en nuestra jurisprudencia. La doctrina española (recuérdese que el propio Silvela expresamente aludió a las lesiones y al *robo*), no se ha opuesto a su aplicación a determinados delitos contra la propiedad, propugnando por su extensión o, al menos, admitiendo su posibilidad (53). La verdad es que en el ámbito doctrinal no ha existido un clima desfavorable para su aceptación, puesto que, en principio, se daban los requisitos que se venían exigiendo: resultado graduable dentro de un mismo delito y posibilidad de que excediera de la intención del agente.

La jurisprudencia, por el contrario, no mostró mucha simpatía por su admisión en los delitos contra la propiedad (54). De forma concreta acerca del hurto, se negaba, en atención a que el ánimo de lucro, la intención desplegada en su comisión, según otros fallos, era suficiente y alcanzaba todos los efectos que se derivaran de la conducta del sujeto activo (55). Esa actitud de nuestra jurisprudencia no debía sorprender, pues en diferentes ocasiones había declarado que no era necesario se probara específicamente el ánimo de lucro, sino que se “presumía de los hechos”, que más bien había que probar lo contrario, su inexistencia, que bastaba el apoceramamiento para que se estimara con ánimo de lucro, o que éste se expresaba por la cuantía de lo hurtado (56). En definitiva, venía a decirse que quien sustrae una cosa

---

(53) ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, pág. 337, para quien es difícil justificar su no aplicación a los delitos contra la propiedad. Favorable a su admisión también, JIMÉNEZ DE ASÚA, *ob. cit.*, págs. 98-99. RODRÍGUEZ DEVESA, al tratar del hurto, dice: “El error sobre el valor de la cosa habrá de apreciarse como fundamento en su caso de la preterintencionalidad” (*ob. cit.*, pág. 321).

(54) S. S. 2-7-1877, 30-4-1910, 21-11-1914, 16-3-1928, 2-10-1944, 31-3-1948, 2-2-1956, por sólo citar algunas.

(55) S. S. 13-10-1900, 29-11-1943, 19-11-1949, 20-12-1950, 2-3-1953, 2-2-1956, etcétera.

(56) S. S. 20-4-1917, 30-6-1906, 10-1-1928, 22-1-1932, 7-3-1935, 20-4-1917,

mueble ajena sin la voluntad de su dueño, difícilmente podía haberlo hecho sin perseguir alguna finalidad lucrativa. Afirmación que, sin duda, encierra una cómoda generalidad que naturalmente no tiene valor para todos los casos. De esa forma, toscamente valorada e incluso ignorada la dimensión psicológica en estos delitos, llegar a decir que no se había tenido intención de hurtar tanto como se había tomado efectivamente, no dejaba de ser una exquisitez, que no podía correr buen resultado.

No obstante, algunas sentencias —con mejor acuerdo— se limitaron a expresar las dificultades, y el carácter excepcional con que pudiera presentarse, pero no negaron rotundamente la imposibilidad material de que, en ciertas ocasiones, existiera fundamento para traer a colación la circunstancia cuarta del artículo 9 (57). En esta misma línea, la sentencia de 20 de diciembre de 1950 supone una apertura a la extensión, aunque en el caso enjuiciado no se llegase a estimar la atenuante, pues en realidad la procesada deseaba apoderarse de una joya, y sólo de ella se adueñó, sin que, por consiguiente, hubiera lugar ni siquiera a la discusión. Pero ya se señalan una serie de principios que, por decirlo así, van a preparar el camino para que, en su caso, se admita: “la posibilidad de un daño resultante más grave bajo el aspecto jurídico que el deseado, *es muy difícil* se dé en los delitos contra la propiedad por los caracteres de esta circunstancia, porque sus autores *conocen* de ordinario, al momento de la apreciación, *cuáles sean las cosas ajenas sustraídas*, cuando se enteran después de la presencia de algo que al instante de sustraerse pasara inadvertido, *extienden a ello su propósito delictivo*. si en vez de apropiárselo también se *siguieran actos reveladores de una voluntad distinta*, y apenas se conciben casos de *claro desacuerdo entre el afán lucrativo de los sustractores y la realidad de estos hechos ejecutados*” (58).

El anterior pasaje dibuja ya un supuesto que realmente sería acogido por la atenuante cuarta del artículo 9, de acuerdo con nuestra jurisprudencia. El problema era entonces esperar a que se presentara un hecho con determinadas características, pero ya no se niega de plano la imposibilidad de aplicación o su incompatibilidad con determinados delitos contra la propiedad, y especialmente con el hurto. De acuerdo con la decisión citada, para que pudiera acogerse la llamada preterintencionalidad, el caso particular debería reunir los siguientes requisitos:

- a) Que no se conozcan, en el momento de la sustracción, cuáles sean las cosas ajenas sustraídas, o el valor que las mismas encierran.
- b) Que una vez conocido lo anterior, no se extienda a ellas el propósito delictivo (ánimo de lucro).

---

5-12-1947, 9-12-1958, 7-11-1960, etc. Vid. sobre ello, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tra-tado cit.*, T. II, Madrid, 1964, págs. 137 y ss.

(57) S. S. 19-11-1949, 21-12-1942, 20-12-1950, etc.

(58) Hemos subrayado. Sobre este extremo, QUINTANO RIPOLLÉS, *ob. cit.*, página 140.

c) Que de los actos posteriores quepa deducir una voluntad distinta y que ésta muestre un claro desacuerdo entre el afán lucrativo del sujeto activo y la realidad de los hechos ejecutados.

d) En el caso de que se diera lo expuesto en a), b) y c), no existiría inconveniente por parte del Tribunal Supremo en admitir la cuestionada atenuante para el hurto, si bien no se desconocía que su concurrencia era por demás difícil y excepcional.

10. Los anteriores requisitos no dejarían de presentarse, y de ahí que aquellas decisiones que admitieron como *posibilidad* su aplicación al delito de hurto no anduvieran faltas de razón. La ocasión se ofreció, y el Tribunal Supremo, en sentencia de 27 de diciembre de 1962, aplica la atenuante cuarta del artículo 9 al delito de hurto, a la vista de los hechos siguientes:

"Se declara probado que los procesados Alvaro L. T. y Jaime B. P., éste primo carnal de Jaime N. B., y el primero amigo íntimo de los dos, frecuentaban a diario el domicilio del padre de Jaime N., don Casto N. O., por cuyo motivo conocían las costumbres de la casa, así como que don Casto, en un armario que siempre tenía la llave puesta por fuera, guardaba algún dinero para las atenciones diarias de la familia, que, en general, no sobrepasaba la suma de 2.000 pesetas, lo que no ocurrió en la ocasión de autos, por estar en preparativos de la boda de una hija; y, pensando realizar una excursión a la sierra y careciendo momentáneamente de numerario bastante para realizarla, el día 1 de mayo de 1959, se pusieron de acuerdo previamente para sustraer de dicho armario, en beneficio propio, una pequeña cifra con la que poder sufragar los gastos del viaje, repartiéndose posteriormente lo que se apoderaran por mitad y con intención de reintegrarla al sitio precisado cuando dispusieran de fondos bastantes para ello; a ese fin, de plena conformidad, pusieron en marcha su proyecto, y, resueltos a ejecutarlo, acudió al lugar el Alvaro L., y aprovechando quedarse solos en el cuarto, por haber salido momentos antes el otro procesado, intencionadamente, con su primo Jaime, se fue derecho al aludido armario y sin emplear fuerza ni violencia, levantando el entrechapado de los cajones, tomó dos sobres sin examinarlos, despreciando otros, así como estuches con alhajas de gran valor crematístico, marchándose acto seguido; al abrir los sobres comprobó que contenían en total 74.400 pesetas en billetes y 1.600 dólares, y enterado el otro procesado de esto, asustados ante la elevada cantidad cogida, entregaron la mayor parte de ella a un amigo para que la guardase hasta el día siguiente, en que pensaban devolverla a su dueño, antes de que notase su falta, quedándose el amigo con 50.000 pesetas y 1.000 dólares, y el resto quedó en poder de Alvaro L., y aquella misma noche, y ante denuncia del perjudicado, fue recuperado todo por la Policía."

Tan singulares hechos, incluso desde el estricto terreno fáctico, son susceptibles de las precisiones siguientes:

a) Que en ningún momento deben olvidarse, con independencia del problema central que plantea este fallo, pero con interés para su total valoración, las circunstancias que el resultado describe, relativas a la confianza e intimidad que existía entre los sujetos activos y el hijo del sujeto pasivo, hasta el punto de que “frecuentaban a diario el domicilio” de este último, y “por cuyo motivo conocían perfectamente las costumbres de la casa, así como que don Casto, en un armario que siempre tenía la llave puesta por fuera, guardaba algún dinero, etcétera”.

b) Debe destacarse, asimismo, que en el presente supuesto se matiza y recoge, expresamente, la actitud subjetiva de los procesados referida a su propósito de lucro *limitado*, y su deseo de reintegración de la cantidad que tomaron: “con intención de reintegrarla al sitio precisado cuando dispusieran de fondos bastantes para ello”; “despreciando otros (sobres), así como estuches de alhajas de gran valor crematístico”; “asustados ante la elevada cantidad cogida”...

c) Por último, es de reseñar que entregaron a “un amigo” —guiados de ese propósito de reintegración— la cantidad de 50.000 pesetas y 1.000 dólares, con lo que la suma definitiva que quedó en poder de Alvaro L. fue la de 20.000 pesetas y 600 dólares, que excede con algo de 50.000 pesetas, límite objetivo mínimo en la determinación de la cuantía establecido por el número 1 del artículo 515, que recoge la mayor penalidad correspondiente a presidio mayor.

d) Por fuera ya de los hechos, en la sentencia no se alude a que se recurriera por la acusación privada, ni que se personara ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, ni siquiera, en la transcripción que hemos utilizado, se dice si existió o no en la primera instancia, lo que induce a pensar que ésta no hizo uso de su derecho, al menos en casación. Quizá este extremo quede explicado en razón a la relación parental que unía a uno de los sujetos activos con don Casto, y a la amistad existente con el otro procesado.

Con fundamento en los hechos descritos, el Tribunal Supremo resume en dos “considerandos” los fundamentos de su decisión, descartando el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal que entendía había existido infracción de Ley (núm. 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), por indebida aplicación de la circunstancia cuarta del artículo 9, y el del mismo carácter de la defensa por inaplicación de la novena del artículo 9 (arrepentimiento espontáneo).

Textualmente dicen:

“CONSIDERANDO: Que se plantea en el presente recurso el problema de si la circunstancia atenuante de preterintencionalidad del núm. 4 del artículo 9 del Código penal puede ser aplicada a los delitos contra la propiedad, dada la especial característica de éstos, en los que el ánimo de lucro llena, por lo general de la mayor satisfacción a los que se encuentran con un

resultado de su acción dolosa superior al que preveían, y si bien por dichos motivos, difícilmente y rara vez se puede tomar en consideración dicha circunstancia, en los mencionados delitos, la conducta observada por los culpables y su reacción ante el resultado, puede ser reveladora del propósito que animaba a los mismos, del límite de su codicia, y del examen detenido de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, se desprende que los procesados sabían que en el armario se guardaba algún dinero para las atenciones diarias de la familia, que en general no sobrepasaba de las 2.000 pesetas, que su pensamiento era sustraer una pequeña cifra para sufragar los gastos que les ocasionara una excursión a la sierra, tomando dos sobres sin examinarlos, despreciando otros, así como estuches de alhajas de gran valor crematístico, quedando asustados ante la elevada cantidad cogida, que les determinó a entregar a un amigo gran parte de lo sustraído para su devolución, lo que demuestra que se hallaban pesarosos por la entidad del daño que causaban, prueba clara de su falta de intención de causar un mal de tanta gravedad, elemento de atenuación excepcionalmente apreciado en el presente caso, por las especiales circunstancias que lo rodearon, que permiten establecer la correspondiente adecuación entre el propósito de los culpables y su resultado.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal del núm. 9 del artículo 9 del Código punitivo, alegada por la representación de los procesados, ya que si bien aparece de la declaración fáctica que depositaron en poder de un amigo la mayor parte de lo sustraído para reponer al día siguiente numerario, conservaron en su poder todavía una elevada cantidad, que daba realidad al delito e indica que el arrepentimiento no era total, como no lo era la reparación, que pudo y debió ser completa y no tuvo lugar hasta que, denunciado el hecho, se vieron obligados a devolverlo" (59).

Ambos considerandos pueden ser objeto de las reflexiones que a continuación se expresan:

a) Nuestra legislación ha operado con un esquema dispar en la estructuración del hurto: de un lado, con criterio subjetivo, exigiendo normativamente, de forma expresa, en los dos primeros números del artículo 514, el ánimo de lucro; de otro, con criterio objetivo, estableciendo como módulo de la pena la cuantía del objeto material en el artículo 515 (60). Esta diferente mentalidad, que se radicaliza en

---

(59) Transcripción de ARANZADI, T. XXIX, Vol. 2, 1962, pág. 3407.

(60) Históricamente pudiera explicarse, como indica RODRÍGUEZ DEVESA, afirmando que "del Derecho romano procede el concepto legal de hurto. Del germánico el fraccionamiento de las penas en función del valor de la cosa hurtada" (*ob. cit.*, pág. 214).

algunos concretos supuestos, conduce, sin duda, a una serie de paradojas e incorrecciones. La doble vertiente que de esa forma ofrece el hurto no debe perderse de vista en el caso presente, pues proporciona el fundamento para que puedan concebirse hipótesis en las que sean antagónicas, o cuando menos, no coincidentes la dimensión objetiva y la subjetiva del delito. Dentro de esa falta de armonía entre una y otra, del mismo modo que sucedía en algunos “delitos contra las personas”, ha de moverse el estudio de la circunstancia cuarta del artículo 9 en referencia con el hurto: en definitiva, siempre se tratará de no haber tenido intención de causar un mal tan grave como el que se produjo. En este sentido, es innecesario repetir aquí cuanto ya ha sido dicho en anteriores apartados, debiendo centrar la atención en la citada sentencia y en la extensión que ella supone.

b) La primera observación que cabe hacer a la vista de los hechos probados, y de los correspondientes “considerandos”, se refiere a los distintos límites objetivos (cuantía del objeto material), que son utilizados por el Tribunal Supremo, y su lógica relevancia en orden a la inscripción de la conducta en el artículo 515 del Código penal.

El primero, entendido hipotéticamente, y concretado en una cifra que no sobrepasaba las dos mil pesetas, que, según creencia de los procesados, generalmente contenía el armario de don Casto. El segundo, que supone la cantidad efectivamente sustraída (74.400 pesetas y 1.600 dólares), que excede del límite legal de 50.000 pesetas del número 1 del artículo 515. El tercero, la cantidad con la que se quedaron en definitiva, que sumaba 20.000 pesetas y 600 dólares, que también sobrepasaba la anterior determinación del número 1 del artículo 515.

¿Qué función ha desempeñado cada uno de ellos en la presente sentencia? ¿Qué valor le ha sido atribuido por el Tribunal Supremo dentro de la interna coherencia de los “considerandos”?

a) La primera cifra (dos mil pesetas), ha significado un dato, aunque imaginario, en virtud del cual se ha concretado y limitado el ánimo de lucro, teniendo una inmediata resonancia en la valoración de la esfera subjetiva, y por ende, en la culpabilidad de los sujetos activos. Inicialmente ha significado el límite hipotético máximo que aquellos habían impuesto a su propósito lucrativo: no esperaban encontrar más de 2.000 pesetas. Su intención, pues, se contraía a tomar, cuando más, la anterior cantidad. De aquí, por consiguiente, la importancia que a la misma debe ser concedida. Sin embargo, no se le ha dotado de tanta trascendencia como para fijar el número correspondiente del artículo 515 (el tercero), sino más bien para diagnosticar la existencia de un deseo... limitado, en principio, a dicha cifra.

b) El problema es más complejo por lo que a las dos últimas se refiere, ya que ambas tienen una nota común: pasan del límite legal de 50.000 pesetas. ¿Cuál de ellas ha determinado la aplicación del número 1 del artículo 515? ¿Existe alguna posibilidad de diferenciar su función?

Parece que, en principio, ha determinado la alusión al número 1 del 515 la suma más elevada que fue sustraída de la esfera de dominio del sujeto pasivo. Ahora bien: la propia sentencia, tanto en el "resultando" como en los "considerandos", afirma que el "resultado de su acción dolosa (era) superior al que preveían", que no la comprendía totalmente, que excedía con mucho del propósito de los autores. En consecuencia, se tiene que la cantidad global sólo ha desempeñado una función delimitadora: ha ofrecido el dato para que pueda hablarse del número 1 del artículo 515, pero sin que haya sido comprendida por la culpabilidad de los sujetos activos.

La cuestión no aparece tan clara en la sentencia, referida a la culpabilidad, por lo que corresponde a la cuantía con que, en última instancia, se quedaron, y que se extrae de la deducción del dinero entregado al amigo para que lo reintegrara al sujeto pasivo, que todavía es superior a 50.000 pesetas. Objetivamente no ha desempeñado función alguna, pero como reveladora de la situación subjetiva adquiere una especial importancia, que quizá haya pasado inadvertida.

c) La primera indicación que cabe verificar en orden al elemento subjetivo del delito es la admisión por el Tribunal Supremo de la proposición siguiente: puede tenerse intención de hurtar no tanto como se hurtó. A diferencia de lo que sucedía con la intención de matar, que no era graduable, la de hurtar, al poderse referir a una escala fijada en atención a la cuantía, se conecta a una serie de gradaciones. Así, puede quererse hurtar una determinada cantidad, pero no más, y por tanto, existir un desacuerdo entre lo efectivamente "hurtado" y lo que se pretendía hurtar, que se genera, en su caso: por el desconocimiento o error sobre el valor del objeto material o sobre la cosa misma. Sin embargo, esa limitación ofrece en su determinación una serie de problemas, como sucedía con el delito de lesiones o con el homicidio. El Tribunal Supremo, por la propia naturaleza del hurto, ha parado su atención, sobre todo, como también hace en la presente sentencia, en la *reacción* de los sujetos activos ante el resultado obtenido: "su reacción ante el resultado puede ser reveladora del propósito que animaba a los mismos y del límite de su codicia". Dicha reacción, en la medida que ofrezca datos *objetivos*, podrá ser apreciada para afirmar que no se tuvo intención de sustraer tanto como se sustrajo realmente, o por el contrario, para que se extienda el propósito a aquello que si bien inicialmente no se pretendía hurtar, a continuación queda cubierto ampliando éste al valor total de lo que ya se encontraba en poder de los sujetos activos, y en este último caso, *no* podrá hacerse uso de la circunstancia cuarta del artículo 9.

Planteada en los anteriores términos la cuestión, el problema se centra en la siguiente pregunta: ¿De la reacción ante el resultado conseguido, se deduce que el dolo comprendía y se correspondía con cantidad superior a 50.000 pesetas o, por el contrario, no? La sentencia contesta afirmando que, en definitiva, puede establecerse una adecuación entre el propósito y su resultado y que, desde luego, no se verificó el primero, ni antes ni después de la sustracción, para que com-

prendiera la anterior suma, por lo que al primer "considerando" se refiere. No obstante, surgen serias dudas acerca de la bondad de dicha tesis, provenientes de la lectura del segundo "considerando": para descartar la atenuante novena del artículo 9 (61) (arrepentimiento espontáneo), textualmente se dice: "si bien aparece de la declaración fáctica que depositaron en poder de un amigo la mayor parte de lo sustraído para reponer al día siguiente el numerario, *conservaron en su poder todavía una elevada cantidad que daba realidad al delito que...* se vieron obligados a devolver". El Tribunal Supremo se coloca ahora en una situación comprometida, ya que debe tenerse muy en cuenta que esa "elevada cantidad", precisamente, sobrepasa las 50.000 pesetas fijadas por el número 1 del artículo 515. Y, entonces, cabe preguntarse, de forma aún más concreta: ¿Existió o no intención de sustraer la cantidad que retuvieron? La sentencia contesta negativamente, pero al mismo tiempo se observará: ¿Qué sentido tenía entonces conservar en su poder cantidad superior a 50.000 pesetas? ¿No es un dato que puede ser entendido negativamente, en contra de la tesis que afirmaba la inexistencia de propósito de hurtar por valor de más de 50.000 pesetas? ¿No es una forma de *reaccionar* reveladora de que aquél no era tan limitado como se dice? ¿No se extendió también a la cantidad retenida? A juicio del Tribunal Supremo, las anteriores reflexiones fueron suficientes para descartar la atenuante novena del artículo 9, pero no para eliminar la cuarta del mismo artículo. Se llega, pues, a la conclusión de que para la Sala Segunda sólo tenía un valor equívoco, y que no fue comprendida por el dolo cifra superior a 2.000 pesetas.

d) Una vez desarrolladas las anteriores consideraciones puede llevarse a cabo un resumen de la valoración crítica de la sentencia comentada. En primer lugar, se refiere concretamente a la calificación jurídica de los hechos que aquélla recoge. En segundo lugar, a las consecuencias que la doctrina sentada pueda tener en el ámbito de la llamada preterintencionalidad en los "delitos contra la propiedad".

a') Dentro de la actitud jurisprudencial favorable a la admisión de la atenuante cuarta del artículo 9 al delito de hurto, la sentencia de 27 de diciembre de 1962, que tan generosamente se ha mostrado, realiza la valoración de un hecho en sede a la atenuante novena del artículo 9, siendo así que también tenía virtualidad para la primera. Ha tenido en cuenta la cantidad que conservaron en su poder para descartar la segunda, aunque también podía tener eficacia en orden a la cuarta del artículo 9. La interpretación más racional y lógica de cuanto se exponía al finalizar el anterior apartado c) era la comprobación en los sujetos activos de una extensión de su deseo de lucro a una cifra superior a 50.000 pesetas, si bien no coincidía con la canti-

---

(61) La atenuante novena del artículo 9, es como sigue: "la de haber procedido el culpable antes de conocer la apertura del procedimiento judicial, y por impulsos de arrepentimiento espontáneo, a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido o a confesar a las Autoridades la infracción".

dad total sustraída. De acuerdo, por tanto, con las líneas generales que el Tribunal Supremo había marcado para aceptar la llamada preterintencionalidad en estos delitos, se ponía de relieve que a pesar de que la intención se proyectaba inicialmente sobre una pequeña cantidad que cubriera los gastos de una "excursión a la sierra", y que se aventuraba en menos de 2.000 pesetas, en atención al previo conocimiento que tenían los autores, posteriormente, y a la vista de lo conseguido, aquélla se extiende y comprende la suma que reservaron y no entregaron al amigo encargado de reintegrar al sujeto pasivo parte del dinero. Ni racional ni lógicamente se llega a comprender cómo manteniéndose la finalidad (hurtar *para* ir de excursión a la sierra), se quedaron con numerario superior a 50.000 pesetas, si no es a base de que haya sufrido un mayor refuerzo y extensión la codicia —dentro de la dialéctica jurisprudencial—, aunque no llegue a la cantidad global: al observar lo obtenido, se ha ampliado, sin duda, en cierta medida, y ha comprendido el límite de más de 50.000 pesetas, que fatalmente preceptúa el número 1 del artículo 515. Aceptado lo anterior, se comprueba la existencia, sin más, del número 1 del 515, pues tanto la cantidad como el denominado "afán lucrativo", a tenor de la extensión verificada, caen dentro de sus contornos, en relación con el número 1 del artículo 514. No ha existido, en consecuencia, intención de hurtar tanto como se tomó realmente, pero aquélla, con posterioridad, comprende una suma superior a 50.000 pesetas, aun cuando no la totalidad de lo sustraído, y esto último pudiera ser relevante, tanto para la aplicación de la atenuante cuarta del artículo 9 como para la novena del mismo texto legal. Razonando de esta forma, y siempre dentro de los principios admitidos por la jurisprudencia, la devolución de determinada cantidad (50.000 pesetas y 1.000 dólares) —que no afecta al momento consumativo del hurto— a un tercero para que las reintegre, pudiera no operar en el terreno de la preterintencionalidad, sino quizá en el del arrepentimiento espontáneo. En este sentido, la argumentación explanada en el segundo considerando es válida sólo para descartar un extremo de la última, referido a "reparar" —si se entiende ésta como reparación completa—, pero es discutible para la acepción más limitada de "disminuir los efectos del delito", que conectada al arrepentimiento espontáneo, no obliga a que sea *total*, sino que movido por éste se tienda a la disminución del perjuicio ocasionado, entregando la citada cantidad antes de que interviniese directamente la Policía y de que tuvieran noticia de ello. Sin embargo, es explicable que el Tribunal Supremo haya aceptado en este caso *sólomente* una de las dos que se le proponían: en realidad hubiera significado la simultánea admisión de ambas la verificación de una doble valoración de la misma situación psicológica, que ya despliega su eficacia atenuante, bien en una, bien en otra, pero no en ambas, conforme se ha reiterado por la jurisprudencia (62).

Por último, es cuando menos discutible se aplique o no el núme-

---

(62) Vid. S. S. 29-12-1917, 23-9-1948, 20-3-1956, etc.

ro 2 del artículo 516, relativo al "abuso de confianza", pues al inicio de la relación fáctica se describe una situación de intimidad y parentesco de la que, según se confiesa en el "resultando", obtuvieron una mayor facilidad que, sin duda, emplearon en la comisión del hecho (63). Quizá, en el mejor de los casos, la presente consideración hubiese podido inhabilitar la apreciación de la circunstancia cuarta del artículo 9 como "muy cualificada" a tenor de la regla quinta del artículo 61.

b') Con independencia del anterior estudio, directamente referido al caso concreto de la sentencia de 27 de diciembre de 1962, la aplicación de la preterintencionalidad comporta algunas consideraciones de índole general, parte de ellas puestas de manifiesto en el presente comentario. La admisión por el Tribunal Supremo de una intención graduable, y que cabe referir a la escala del artículo 515, que simultáneamente significa una expresa gradación del resultado en el delito de hurto, parece que es un hecho. Consecuentemente, implica una detallada valoración del elemento subjetivo del delito que se contrae al ánimo de lucro. En este sentido debe significarse que el ánimo de lucro, como "momento psicológico" (64), se dará inexorablemente, por expreso imperativo del número 1 del artículo 514, y también se ha de afirmar aceptando la preterintencionalidad. Sin embargo, ésta supone que no se haya tenido intención de hurtar tanto como se hurtó, y que aquélla es graduable, pero partiendo de la existencia de un específico *animus* inexcusable en el delito de hurto. Comprobado, en consecuencia, aquél y la sustracción de la cosa, el Tribunal Supremo atiende al artículo 515 en orden a la penalidad con el criterio del valor del objeto material. Ahora bien: si se prueba que el dolo no ha comprendido todo lo tomado o su valor, por la razón que fuese, con fundamento en los datos que la instrucción ofrezca, reducirá la pena estimando la existencia de la atenuante cuarta del artículo 9. Esta, por consiguiente, funciona como un correctivo de la pena, fundado en el principio de culpabilidad, y sin que existan las contradicciones (65) apuntadas para la figura del homicidio preterintencional: se inscribe en el hurto, por supuesto, doloso (porque se ha tenido intención de hurtar; cosa que no sucedía en el homicidio preterintencional, porque no se tenía intención de matar), y posteriormente, se acepta la atenuante de no haber tenido intención de hurtar tanto como se hizo (corrigiendo el esquema objetivo del artículo 515, que se presta a ello por ser graduable, lo que no sucedía con el homicidio).

---

(63) Como se requiere reiteradamente por la jurisprudencia, vid. por ejemplo S. S. 2-2-1954, 29-3-1956, 18-4-1959.

(64) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 318.

(65) También se muestra favorable a su admisión en el hurto, QUINTANO RIPOLLÉS, afirmando que cuando "se acreditara sin lugar alguno a dudas, por actos anteriores, y sobre todo, por el ulterior de la espontánea devolución del resto de la suma que no se quería sustraer, tengo por incuestionable la procedencia de la atenuante de preterintencionalidad" (*ob. cit.*, pág. 278), aludiendo asimismo a la Sentencia de 27-12-1962.

La aceptación de la preterintencionalidad en el hurto, dentro de esa línea, supone una salida fundada en el dogma de la culpabilidad, al dilema objetivo-subjetivo que en diferentes ocasiones se plantea en el capítulo II del Título XIII del Libro II del Código penal, hasta tanto no se lleve a cabo una revisión de los delitos contra la propiedad que abandone la arcaica estructura objetivista que les informa.

