

Algunas consideraciones acerca del principio de culpabilidad en el Código Penal de El Salvador*

Manuel Gallego Díaz**

Resumen

Aunque en el terreno jurídico, cada vez se atiende más a la subjetividad de los presuntos actores de un delito, para salvar el principio "no hay pena sin culpabilidad", muchos ordenamientos penales aún incurrir en desviaciones que permiten hacer responsables a inocentes o aplicar penas desproporcionadas.

Un análisis del Código Penal de El Salvador evidencia que éste observa las exigencias más fundamentales del principio "no hay pena sin culpabilidad", en buena parte debido al cuidado que pone en revisar la imputabilidad como un elemento que antecede a la culpabilidad. No obstante, perduran algunas desviaciones del principio de culpabilidad que tienen su origen en la admisión de la preterintencionalidad y en el no reconocimiento de eficacia excusante al error de prohibición.

I

La trayectoria histórica del derecho penal ha venido marcada, entre otros aspectos, por la progresiva afirmación de una responsabilidad que,

superando la meramente objetiva o por el resultado, ha conducido a la proclamación del principio "no hay pena sin culpabilidad" como postulado rector de la política criminal actual. Para declarar la responsabilidad penal no es su-

* Profesor de derecho penal de la Universidad Pontificia Comillas (ICADE).

** Este trabajo ha sido redactado con ocasión de mi estancia durante los meses de agosto y septiembre de 1988 en El Salvador, a donde fui invitado por la Universidad "José Simeón Cañas" (UCA), de San Salvador. Sirva como homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa, fallecido en tierras americanas donde su persona y obra son admiradas y recordadas.

ficiente ya con la causación objetiva de un resultado dañoso; se requiere además que el sujeto sea considerado culpable, en el sentido que aquella causación del injusto típico le pueda ser personalmente reprochada. Y este reproche se dirige al sujeto no por su carácter o por su forma de conducirse en la vida, sino por el acto aislado, por la concreta realización de un injusto típico.

Esta progresiva afirmación del principio de culpabilidad se ha traducido en una intensificación de la relación subjetiva y personal entre el sujeto y la acción, con lo que, para poder declarar responsable criminalmente a alguien, se ha hecho necesario tener que verificar cada vez más datos o referencias de ese carácter¹. A la exigencia de dolo o culpa, excluyentes de una responsabilidad objetiva, han seguido la imputabilidad del sujeto, es decir, la capacidad para comprender y querer el injusto típico, la inexigibilidad de otra conducta distinta, atendidas las capacidades personales del sujeto en la concreta situación de hecho, como momento negativo y excluyente de la culpabilidad, e incluso, en los ordenamientos modernos, se ha ido abriendo paso la exigencia de la conciencia de antijuridicidad. Ello pone de manifiesto que la responsabilidad criminal del sujeto por la realización de un injusto típico sólo va a ser posible cuando éste pueda verse como expresión de su hacer personal².

Pero, a pesar de todo, el principio "no hay pena sin culpabilidad" no ha llegado todavía a una plena realización. Por ahora goza tan sólo de la consideración de un postulado, de una meta a alcanzar que no puede desaparecer del horizonte del legislador y del juzgador. Los ordenamientos penales, no obstante su firme proclamación, con frecuencia incurren —tanto en la parte general como en la parte especial— en desviaciones que permiten hacer responsable criminalmente a un sujeto por hechos antijurídicos no queridos ni previstos o siquiera previsibles, así como aplicar penas que rebasan la medida de la culpabilidad.

II

El Código Penal de El Salvador de 1974, actualmente vigente, establece en su artículo 2, bajo el epígrafe "principio de responsabilidad",

que "nadie podrá ser penado por un hecho punible si no es sujeto imputable y culpable", añadiendo en un segundo inciso que "la pena no excederá la medida de la culpabilidad". Para poder afirmar la responsabilidad criminal por la realización de un injusto típico, el Código requiere, por tanto, comprobar la presencia de dos elementos esenciales: la imputabilidad y la culpabilidad.

En el sistema adoptado por el Código Penal salvadoreño, la *imputabilidad* no forma parte de la culpabilidad. Es presupuesto de ésta, pero elemento independiente del delito. El artículo 2 anteriormente citado distingue claramente ambos elementos. Y en la misma línea, el capítulo III, título II, Libro primero, referente a las causas que excluyen la responsabilidad criminal, regula por separado causas de inimputabilidad (Sección tercera) y causas de inculpabilidad (Sección cuarta). También para Arrieta Gallegos, que, como miembro inicial de la comisión, intervino en la formación del Libro primero del proyecto de Código Penal de 1959 —precedente inmediato del Código actual— la imputabilidad constituye un elemento independiente del delito que no puede quedar absorbido por la culpabilidad. "La imputabilidad —afirma este autor— es un presupuesto que antecede a la culpabilidad, presupuesto necesario o fundamental si se quiere, pero no un elemento integrante de la misma. Esto porque la imputabilidad supone una "aptitud" en el sujeto y en cambio la culpabilidad supone una "actitud". Aquélla es, pues, un estado personal, ésta una conducta"³.

El artículo 38 del Código Penal considera inimputable a "quien en el momento de ejecutar el hecho punible fuere incapaz de comprender el carácter ilícito del hecho o, comprendiéndolo, no pudiese dirigir sus actos por incapacidad síquica, para evitar su ejecución", siempre que tales incapacidades lo sean: "a) Por enajenación mental; b) Por grave perturbación de la conciencia, como en los estados de embriaguez plena y fortuita o debido a fuerza mayor, o intoxicación, también plena y fortuita o debida a fuerza mayor, de drogas de cualquier índole; c) Por desarrollo síquico retardado, como en los estados de idiocia, imbecilidad y otros similares; d) Por desarrollo

La responsabilidad criminal del sujeto por la realización de un injusto típico sólo va a ser posible cuando éste pueda verse como expresión de su hacer personal.

síquico incompleto, como en los estados de sordomudez de nacimiento o adquirida antes de los doce años, si se careciere en absoluto de instrucción". El Código Penal adopta, pues, en la determinación de la inimputabilidad, una fórmula mixta, psicológica-biológica, ya que los efectos psíquicos consistentes en la incapacidad para comprender lo ilícito de la conducta o para obrar conforme a ese conocimiento tienen que traer su causa de alguno de los factores que el precepto señala. Mientras esto no ocurra ha de considerarse imputable a toda persona mayor de dieciséis años (art. 16). Esta fórmula se caracteriza por la amplitud y diversidad de supuestos que incluye, pero, al igual que otras de corte biológico-psicológico, pasa por alto la dimensión social y cultural de la imputabilidad, de indudable transcendencia en un país como El Salvador que, aunque no presente los problemas de otros países cercanos respecto a la población indígena, cuenta entre el campesinado con amplios sectores de la población marginada, tanto desde el punto de vista social como cultural⁴.

La capacidad que supone la imputabilidad ha de poderse afirmar en el momento de realizar el hecho punible. Así lo exige expresamente el artículo 38 del Código Penal. No obstante, el artículo 39, acogiendo la doctrina de las *actiones liberae in causa*, establece que "no podrá ser declarado inimputable quien con el fin de cometer un delito se colocare en un estado de grave perturbación de la conciencia, mediante el uso de bebidas alcohólicas, sustancias estupefacientes u otros medios similares en cuyo caso la pena deberá agravarse de acuerdo con las reglas de este Código"⁵. El precepto prevé tan sólo el supuesto de la *actio libera in causa* dolosa por cuanto la producción del estado de grave perturbación de la conciencia ha de estar preordenada a la comisión de un delito. Con ello parece excluirse la culpa⁶, pero es evidente que en determinados casos nada impedirá construir una responsabilidad a título de culpa si en el momento de contraer el estado de

perturbación de la conciencia pudo el sujeto prever la comisión del delito y ello equivale ya a la infracción del deber ciudadano. Piénsese en el supuesto de la conducción de un vehículo de motor en ese estado y el atropello mortal del peatón a consecuencia del mismo. Tampoco ha de pasarse por alto que el propio artículo 38, en el apartado b), se refiere como supuestos excluyentes de la imputabilidad a los estados de embriaguez o intoxicación plenas, contraídos únicamente de modo fortuito o debidos a fuerza mayor, por lo que en realidad ni siquiera hubiera sido necesaria la presencia del artículo 39.

La imputabilidad disminuida da lugar conforme al artículo 70, 3º, del Código Penal a una atenuación especial, consistente en la posibilidad que se concede al tribunal para rebajar la pena hasta la mitad del mínimo señalado por la ley para el delito. Este supuesto se corresponde en parte con la circunstancia atenuante 1ª del artículo 41: "La inferioridad síquica determinada por la edad o por causas orgánicas y patológicas que menguaren grandemente, sin excluirla, la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, así como la grave perturbación de la conciencia en caso de embriaguez plena, aunque fuere voluntaria si se tratase de un enfermo alcohólico, en la fase de alcoholismo puro".

Respecto de la *culpabilidad*, el Código Penal adopta una estructura causal valorativa o psicológico-normativa, lo cual determina, como momento propio, la inclusión de una determinada actitud interna o relación psíquica entre el autor y la conducta antijurídica por él realizada. En este sentido, el artículo 32, bajo el epígrafe "*formas de culpabilidad*", establece que "nadie podrá ser penado por una acción u omisión que la ley prevé como delito, si no es dolosa, preterintencional o culposa". Tres son, pues, las formas de culpabilidad que prevé el Código Penal al introducir la preterintencionalidad junto al dolo y la culpa.

La más grave de ellas —el *dolo*— se da, según define el artículo 33, “cuando el efecto ha sido previsto y querido por el agente o cuando se acepta el resultado que se hubiera previsto como posible”, con lo que aparece constituido por la concurrencia de un elemento *intelectual*, previsión o conocimiento de los datos fácticos esenciales contenidos en el precepto⁷, y otro *volitivo*, intencionalidad o al menos aceptación del comportamiento y de sus consecuencias. De otro lado, la definición legal prevé dos clases de dolo. El *directo*, que tiene lugar cuando el resultado delictivo responde a la representación e intención del agente, y el *eventual*, cuando el sujeto se representa el resultado como probable o posible, y aun no siendo su propósito inicial quererlo, con su actuación asiente, ratifica o acepta su producción⁸.

“Obra con *culpa* —dispone el artículo 35 del Código Penal— el que produce un resultado delictuoso sin quererlo, por imprudencia, negligencia, impericia o por inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes o resoluciones obligatorias, sin prever que tal resultado ocurriría o creyendo poder evitarlo por su propia acción o confiando en el azar”. Como forma de culpabilidad —la más leve—, la culpa presupone un injusto típico coincidente con el del correspondiente delito doloso. Las diferencias entre una y otra forma de imputación no se dan, pues, en el ámbito del injusto, sino en el de la culpabilidad. En consecuencia, la culpa supone una acción voluntaria⁹, causante de un resultado típico no intencional, que no se quiere producir, pero que, siendo previsible y evitable, se origina a consecuencia de la infracción de un deber de cuidado personalmente exigible al sujeto.

Por la clase del deber de cuidado que se infrinja, el Código Penal distingue cuatro clases de culpa: la *imprudencia*, que supone actuar en forma atrevida, osada, con actos inusitados, fuera de lo corriente; la *negligencia*, que consiste en descuido, falta de cuidado; la *impericia*, que equivale a la falta de conocimiento o equivocación en una actitud determinada, y la *inobservancia* de leyes, reglamentos, órdenes o resoluciones obligatorias¹⁰. Y atendiendo a la representación o no del resultado, el Código Penal

se refiere a la *culpa consciente o con representación*, que se da cuando el sujeto piensa en la posibilidad de producción del resultado, pero actúa creyendo poder evitarlo por su acción o confiando en el azar, y a la *culpa inconsciente o sin representación*, cuando el sujeto ni siquiera llega a imaginar, siendo previsible, que se puede producir el resultado ilícito.

Por otro lado, el Código Penal adopta el sistema moderno para incriminar excepcionalmente la culpa al disponer el artículo 35 en su último inciso que “los delitos culposos sólo son punibles en los casos específicamente determinados en la ley”¹¹.

A semejanza del Código Penal italiano¹², el Código Penal salvadoreño considera la *preterintencionalidad* como una tercera forma de culpabilidad junto al dolo y la culpa, en tanto que el Código Penal anterior, el de 1904, siguiendo la tradición española, la concebía como circunstancia atenuante (art. 9, 2^o), si bien la reforma del Código de 1954 introdujo la figura del homicidio preterintencional¹³. Aparece ya como forma de culpabilidad en el párrafo cuarto del artículo 13 del proyecto de 1959, precedente inmediato del actual artículo 34, según el cual “hay preterintencionalidad cuando de la acción u omisión se derive un resultado más grave que el que quiere producir el agente, siempre que dicho resultado pudiera ser previsto por él”. Así concebida, la preterintención en realidad constituye una forma mixta de culpabilidad, ya que supone una conducta inicial intencional o dolosa y un resultado más grave que el que quiso producir el agente; por lo tanto, no querido, pero sí previsible (culposo). En todo caso, al exigirse que el resultado pudiera ser previsto por el agente, queda al margen de la preterintencionalidad el resultado fortuitamente acaecido¹⁴.

Aunque nada se diga en el Código, al igual que en la culpa, habrá que presumir su incriminación con carácter excepcional, de modo que no será posible admitirla más que en aquellos casos en que el Código haya tipificado delitos de esta clase. Así sucede, por ejemplo, con el homicidio (art. 157) y el aborto (art. 167) preterintencionales. No obstante, la estructura y el



sistema de punición de determinados delitos pueden dar entrada también a la preterintención, como ocurre, por ejemplo, con las lesiones.

Para declarar a un sujeto culpable de la realización de un hecho punible no basta con haber comprobado la concurrencia del dolo, de la preterintencionalidad o de la culpa. Es necesario además, conforme a la concepción normativa de la culpabilidad, que le sea exigible al sujeto una conducta distinta, lo cual presupone, aparte del deber de determinarse de acuerdo con la norma jurídica, el poder conformar su actuar a lo que el derecho dispone. Esta exigencia no puede alcanzar al destinatario de la norma cuando en las circunstancias concretas en que se desenvuelve su actuación no le sea posible motivarse normalmente. Hay situaciones en las que no le es posible al sujeto una normal determinación conforme al deber, a no ser que se le obligue a adoptar una actitud heroica, ante lo cual las exigencias del derecho tienen que ceder¹⁵. La culpabilidad, como juicio individualizador y referente a la determinación de las relaciones eminentemente personales entre autor y acción —entiende Torfo¹⁶— debe captar aquí los elementos diferenciales presentes en el caso, elementos que exigen que el

autor no sea tratado sin considerar sus relaciones efectivas con el acto, declarando la ausencia de culpabilidad de quien experimentó la presión de circunstancias externas concurrentes, sino también los motivos que impulsaron al sujeto a actuar y las peculiaridades de las circunstancias personales. Por consiguiente, sólo cuando —siéndole exigible al sujeto actuar de conformidad con el ordenamiento jurídico y pudiéndolo hacer— se decide a actuar en forma contraria al deber que impone la norma, puede surgir el reproche que se dirige al autor por la realización del injusto típico.

Esta última característica o presupuesto de la culpabilidad no viene establecido en las legislaciones en forma positiva, sino como momento excluyente de la misma. Mas, de otro lado, la inexigibilidad de otra conducta distinta no opera como causa general o supralegal de exclusión de la responsabilidad criminal, sino como fundamento o *ratio* de determinadas causas de inculpabilidad previamente definidas en la ley¹⁷. Los argumentos de la literatura en base a los cuales se rechaza la inexigibilidad como posible causa general de exclusión de la culpabilidad (pérdida de vigencia del orden jurídico, debilitamiento de la prevención general, desigualdad en la aplicación

del derecho) son controvertibles. Pero, como afirma Torío, "el derecho no pierde vigencia, ni la prevención resulta debilitada porque se declare la ausencia de culpabilidad de quien experimentó la presión de circunstancias a las que cualquiera hubiese sucumbido... No encontrar en estos casos un motivo para negar la culpabilidad es sacrificar un criterio axiológico superior a valores de inferior rango, como la seguridad jurídica o la vigencia utilitaria del ordenamiento jurídico"¹⁸.

De acuerdo con el sistema adoptado comúnmente por los ordenamientos penales, el Código Penal salvadoreño incluye un número de causas de inculpabilidad cuyo fundamento radica, de forma expresamente reconocida, en la no exigibilidad de otra conducta. La comisión redactora del proyecto de Código Penal de 1959, según se indica en la exposición de los motivos, "no quiso formular un principio genérico que hiciera posible la adaptación individual de la ley al caso concreto, sino que señaló todas aquellas situaciones que encajan perfectamente como causa de inculpabilidad por no poderse exigir otra conducta —la conforme al derecho— en las circunstancias en las que el sujeto se hallaba, puesto que la ley no puede reclamar de los hombres acciones heroicas". Tales supuestos, en número amplio, vienen previstos en el artículo 40, 3º, conforme al cual "es inculpaible por no exigibilidad de otra conducta": (a) "Quien actúa u omite impulsado por miedo insuperable de un mal inminente y tan grave que baste para atemorizar a un hombre normal" (miedo insuperable); (b) "Quien actúa u omite bajo coacción o peligro de un mal grave, actual, sea o no provocado por la acción de un tercero, cuando razonablemente no pueda exigírsele una conducta diversa" (coacción o peligro)¹⁹; (c) "El que comete un acto anti-jurídico apremiado por la necesidad de salvarse a sí mismo o a un tercero de un peligro inminente, no evitable de otro modo, contra la vida o la integridad personal, si habida cuenta de las circunstancias especiales en que se hallaba no le era razonablemente exigible una conducta distinta a la realizada" (conflicto de bienes iguales); (d) "El que excede los límites establecidos en las causas de justificación, si no se le puede reprochar el

exceso por ocasionarlo una excitación, o perturbación que las circunstancias hicieran excusables" (exceso en las causas de justificación); y (e) "El que omite estando impedido por enfermedad física o por extenuación graves, sin que pueda atribuírsele culpa" (enfermedad)²⁰.

III

En el ordenamiento penal salvadoreño la culpabilidad desempeña también una función limitadora de la penalidad al disponer el inciso segundo del artículo 2 del Código Penal que "la pena no excederá la medida de la culpabilidad". Ello constituye para el reo una garantía que impide que, por razones o exigencias de prevención general o especial, la magnitud de la pena pueda ir más allá del límite impuesto por la idea misma de la culpabilidad, lo cual deberá ser tenido en cuenta por el juzgador al aplicar las reglas de medición de la pena y ponderar los criterios de individuación penal fijados en el artículo 67 del Código, donde se establece que "para la fijación de la medida de la pena el tribunal tomará en consideración la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del autor", proponiendo a continuación criterios para deducir la primera y apreciar la segunda, entre los que se encuentran datos referentes a la culpabilidad, como, por ejemplo, la intensidad y clase de dolo o el grado de culpa, la edad y la instrucción del sujeto, los móviles que le impulsaron a delinquir o las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de delinquir y que tendrán que servir para graduar la mayor o menor exigibilidad o contrariedad al deber. Valiéndose de estos criterios el juzgador, dentro de los límites legales fijados a la pena, tendrá que determinar la medida o magnitud correspondiente al grado de injusto culpable que no podrá ser luego rebasado por exigencias de prevención general o especial.

Por otro lado, el artículo 70 del Código prevé supuestos de atenuación especial que pueden dar lugar a la rebaja de la pena hasta la mitad del mínimo señalado por la ley al delito y entre los que se encuentran los casos de imputabilidad disminuida.

IV

El Código Penal salvadoreño, según se ha visto ya, requiere como presupuesto para poder imponer una pena al autor de un injusto típico, además de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, la imputación del mismo a título de dolo, preterintencionalidad o culpa y la exigibilidad de otra conducta distinta, como características integrantes de la culpabilidad. A ésta, por otro lado, se le reconoce también una función limitadora de la penalidad. Tales exigencias son manifestaciones de la vigencia del principio "no hay pena sin culpabilidad". No obstante, perviven en este código disposiciones cuya estructura parece obedecer a una responsabilidad objetiva o por el resultado o que suponen desviaciones de aquel principio. Tales son, por ejemplo, los supuestos de los delitos cualificados por el resultado, de los delitos de sospecha, del sistema de punición de las lesiones, de la regulación del caso fortuito o del tratamiento de algunas modalidades de error. Será preciso, de todas formas, verificar en qué medida pueden ser considerados realmente excepciones al principio.

(a) Los *delitos cualificados por el resultado* constituyen figuras delictivas en las que a una conducta básica, generalmente dolosa, el legislador ha conectado una pena más elevada para cuando de ella se derive la causación de un resultado más grave, del que responde el sujeto sin necesidad de que sea querido ni previsto o previsible. En su forma más pura, tales figuras, en la medida en que prescinden del dolo y de la culpa respecto del resultado más grave, constituyen supuestos de responsabilidad objetiva incompatibles con el principio de culpabilidad. Una estructura de esta clase presentan algunos tipos de la parte especial del Código Penal, como, por ejemplo, el aborto de consecuencias mortales (art. 166), el abandono de un menor o de un incapaz con resultado de muerte (art. 177, párrafo segundo) o el de un recién nacido con las mismas consecuencias (art. 178, párrafo segundo) o los delitos contra la salud pública con resultado también de muerte (art. 306).

Para impedir que se produzcan consecuencias

contrarias al principio de culpabilidad se hace necesario encontrar algunos remedios en la normativa del Código. En algunos supuestos de cursos causales irregulares o anómalos, el régimen de las concausas preexistentes o sobrevenidas que contemplan los párrafos segundo y tercero del artículo 23 del Código evitará ya en el momento de la causalidad la imputación del resultado más grave²¹. Pero, por otra parte, como ya se ha indicado, el artículo 2 del Código establece que "nadie podrá ser penado por un hecho punible si no es sujeto imputable y culpable", disposición a la que se ha de agregar el artículo 32, conforme al cual "nadie podrá ser penado por una acción u omisión que la ley prevé como delito, si no es dolosa, preterintencional o culposa". Tales preceptos tienen una función normativa y han de encontrar aplicación también en relación con los tipos cualificados por el resultado. Consecuente-



mente habrán de quedar al margen de la res-
tuitamente acaecidos, sin dolo, preterintencio-
nalidad o culpa. No hay que olvidar que en la
preterintencionalidad, institución afín a esta clase
de delitos, también el resultado más grave tiene
que ser previsible para el sujeto (art. 34).

Por otro lado, una interpretación de carácter
lógico y sistemático tiene que conducir a la ex-
clusión de la causación dolosa del resultado que
cualifica. Piénsese que mientras el homicidio do-
loso se castiga en el artículo 152 con la pena de
prisión de diez a veinte años, la muerte de la
mujer sobrevenida a consecuencia del aborto se
castiga en el artículo 166 con prisión de tres a seis
años o prisión de seis a doce años, según que
respectivamente el aborto fuere practicado con
consentimiento o no de la mujer. Y la misma
reflexión cabe hacer en relación con la muerte del
menor o incapaz sobrevenida a consecuencia de
su abandono, que se castiga con prisión de seis a
diez años (art. 177, párrafo segundo). No sería
lógico ni congruente con la razón de ser de los
delitos cualificados por el resultado castigar la
muerte dolosa sobrevenida a consecuencia de otra
conducta delictiva básica con pena menor que la
correspondiente al homicidio doloso, cuando lo
que caracteriza a estos delitos es establecer una
pena más grave que la resultante de aplicar las
reglas del concurso de los delitos. En cambio, esta
situación sí que se presenta cuando el resultado
que cualifica se debe a culpa²² y por supuesto
cuando sobreviene fortuitamente. Mas excluido
este caso, ha de llegarse a la conclusión que el
resultado que cualifica únicamente ha de ser
debido a culpa, con lo que los delitos cualificados
por el resultado vendrían a ser supuestos o figuras
mixtas de dolo —respecto de la conducta básica—
y culpa —respecto del resultado más grave²³. Con
ello se elimina la forma más pura de respon-
sabilidad objetiva o por el resultado, pero sigue
produciéndose una desviación del principio “no
hay pena sin culpabilidad” al castigarse estos
supuestos de forma más grave que acudiendo a las
reglas del concurso. Precisamente la razón de ser
de los delitos cualificados es sacrificar a las
exigencias de la prevención general la proporci-
onalidad de la pena a la gravedad de la culpa-

bilidad²⁴, por lo que la doctrina entiende que si se
quiere llevar el principio a sus últimas conse-
cuencias ha de eliminarse esta clase de delitos.

(b) También los *delitos de sospecha* suponen
una quiebra del principio de culpabilidad, pues
constituyen figuras delictivas en las que, al no
poder ser probada la culpabilidad del sujeto activo
por la producción de un resultado más grave, se
establece una presunción *iuris et de iure* de la
causación del mismo, lo cual supone a su vez la
imposición de una pena más severa²⁵. Tales serían,
por ejemplo los supuestos de homicidio en riña
tumultuaria (art. 159) y raptó con desaparición o
muerte de la víctima (art. 203).

(c) Asimismo puede dar lugar a supuestos de
responsabilidad objetiva o por el resultado el
sistema de punición establecido para las lesiones,
según el cual la pena aparece determinada en
función del menoscabo producido a la integridad
corporal o duración del tiempo de asistencia mé-
dica o incapacidad para atender a las ocupaciones
ordinarias (“si de resultas”). Basta un dolo
genérico de lesionar para cubrir los resultados
concretamente producidos en los que la suerte o el
azar serán factor determinante de la gravedad del
menoscabo corporal producido y consecuentemen-
te de la pena aplicable. Por otro lado, el Código
Penal, al haber previsto la preterintencionalidad
como forma de culpabilidad, ha dejado de con-
siderarla como atenuante (art. 9, 2ª del anterior
Código de 1904)²⁶, con lo que el sujeto tendrá que
responder del resultado lesivo efectivamente
sobrevenido. Esto en relación con los supuestos de
causación de lesiones de mayor gravedad que las
pretendidas, ya que el caso de las lesiones que
desembocan en muerte de la víctima da lugar al
homicidio preterintencional específicamente tipifi-
cado en el artículo 157.

(d) Particular problemática suscita la regula-
ción del *caso fortuito* como causa de inculpa-
bilidad. Es inculpable —se establece en el artículo
40, 1º del Código— “quien con ocasión de
ejecutar un acto lícito, con la debida diligencia,
causa un daño por mero accidente”. Esta fórmula,
procedente del artículo 8, 8º del Código de 1904,
que a su vez se tomó del Código Penal español de

La imputabilidad no forma parte de la culpabilidad. Es presupuesto de ésta, pero elemento independiente del delito.

1870, supone una reminiscencia del *versari en re illicita*, según el cual quien voluntariamente lleva a cabo un acto ilícito responde de todas sus consecuencias a título de dolo, aunque no las haya querido ni previsto o siquiera podido prever. No obstante, habrá que verificar si sigue siendo éste el sentido o razón de ser del precepto.

Lo que no ofrece duda es su naturaleza de causa de inculpabilidad. En el Código Penal vigente ya no se dice “no delinquirán y por consiguiente están exentos de responsabilidad criminal” —formulación del artículo 8 del Código de 1904—, sino específicamente “es inculpable”. En consecuencia, en modo alguno podemos encontrarnos ante un supuesto de exclusión de la causalidad ni ante una causa de justificación basada en el riesgo permitido. Se trata de una causa de exclusión de la culpabilidad.

En consecuencia, han de quedar al margen de esta institución aquellos acontecimientos en los que exclusivamente intervenga la naturaleza. El caso fortuito presupone una conducta humana y libre, que además ha de venir caracterizada por su licitud, al menos desde una consideración penal. Por otro lado, si el daño ha de causarse por mero accidente con ocasión de ejecutar aquella conducta, la misma ha de encontrarse entre las condiciones necesarias para la producción de aquél, con la particularidad que a ella vienen a agregarse, de forma ocasional e imprevisible, otras fuerzas causales, otras condiciones, contribuyendo así conjuntamente todas ellas a la producción del resultado dañoso²⁷. Se trata, pues, de un accidente en el curso causal, de algo que escapa a la regla general, a la previsibilidad general, por desviarse del curso normal de los acontecimientos²⁸. De todas maneras, esta imprevisibilidad ha de situarse en un plano objetivo, más allá de las facultades personales de previsión del sujeto, pues, si la producción del resultado se ajusta, conforme a la experiencia ordinaria, a la regla general del concreto proceso causal, a pesar de que el sujeto no pudiera, por sus condiciones personales, co-

nocer o prever esa regla general, ese curso causal, no podrá hablarse propiamente de causación por mero accidente²⁹. Ello llevaría a confundir el caso fortuito con la ausencia de culpa.

No obstante, el régimen de las concausas previsto en el artículo 23 del Código Penal, muy próximo al planteamiento de la causalidad adecuada, viene a excluir ya la misma causalidad e imputación objetiva en relación con lo general y objetivamente imprevisible e incluso en algún supuesto con lo no previsto por el autor, confundiendo de esta manera los planos de la causalidad y de la culpabilidad. De todas formas este planteamiento afecta a las concausas pre-existentes y sobrevenidas³⁰, no a las concomitantes respecto de las cuales el precepto guarda silencio. Pero ineludiblemente el caso fortuito, al erigirse en causa de inculpabilidad, ha de presuponer la afirmación previa de la causalidad, de modo que sea posible luego considerar o plantear una posible comisión culposa, que en todo caso ha de resultar excluida —así como por supuesto el dolo— al exigir la fórmula legal que la acción se ejecute “con la diligencia debida”.

La causación del mal, del injusto típico, ha de haberse producido además con ocasión de ejecutar un acto lícito. Este requisito es el que puede dar entrada al pensamiento del *versari*. Quien con ocasión de ejecutar un acto lícito y con la debida diligencia causa un daño por mero accidente, es lógico y perfectamente congruente con la sistemática acogida por el Código Penal que sea declarado inculpable por ausencia de culpa y, por supuesto también de dolo. Por ejemplo, quien conduciendo un vehículo de motor, con la debida diligencia y prudencia, cumpliendo escrupulosamente las normas y reglas de tráfico, al pasar por una tupida arboleda atropella a un peatón que cruza la calzada de forma inesperada, no puede ser responsable de homicidio o de unas lesiones culposas³¹. Pero si la conducta inicial es ilícita, aunque se den todos los demás requisitos del caso fortuito, ¿podrá hacerse responsable crimi-

nalmente al sujeto del resultado accidentalmente causado? Si la respuesta fuera afirmativa estaríamos ciertamente extrayendo consecuencias contrarias al principio de culpabilidad. En este sentido y con referencia al artículo 8, 8º del Código Penal anterior de 1904 entendía Arrieta Gallegos que "si el acto no es lícito en sí³², ni se da el requisito ni puede hablarse del *casus*, porque la ilegitimidad no debe favorecer a nadie, aun cuando se ejecute con la debida diligencia y aun cuando el acto no fuere constituido de delito. Así, por ejemplo, no se daría el requisito cuando al perpetrarse un homicidio con la debida diligencia para no lesionar a otro, sin embargo se le lesiona". Si este requisito "no se da, lo general, es que estemos frente al delito doloso, porque el acto ilegítimo (natural es suponerlo) será un hecho punible, desde luego la causal tampoco favorecería a su autor"³³. Hacer responsable al sujeto de las lesiones causadas sin dolo ni culpa, por mero accidente, porque las mismas se hayan producido con ocasión de ejecutar un hecho punible supone en verdad contradecir el principio de culpabilidad.

Mas creo que no puede ser ésta la conclusión a extraer a la luz de la filosofía que informa el Código Penal. Al igual que se hizo con los delitos cualificados por el resultado, también la regulación del caso fortuito ha de ser interpretada en relación con los artículos 2 y 32 del Código, según los cuales, nadie puede ser penado por un hecho punible si no es culpable y si el mismo no le puede ser imputado a título de dolo, preterintención o culpa. Y en el mismo sentido no se ha de pasar por alto que la preterintencionalidad exige en el sujeto la previsibilidad del resultado más grave. Por ello, si el daño causado no puede ser imputado al sujeto a título de dolo o de culpa, por más que haya sobrevenido con ocasión de ejecutar un acto ilícito, no se le podrá hacer responder criminalmente por él. Únicamente tendrá que responder del acto inicial, penalmente si fuera constitutivo de delito, o administrativamente si constituyera un ilícito de esta naturaleza.

El caso fortuito regulado en el artículo 40, 1º del Código Penal se refiere únicamente a un acto inicial lícito y no es admisible extraer conse-

cuencias negadoras de principios básicos informantes del Código. Por otro lado, se ha de tener presente que este precepto está refiriéndose a acciones lícitas pero con capacidad para producir resultados dañosos (conducir un vehículo, manejar un arma, etc.), que normalmente no sobrevienen cuando se ejecutan con las debidas cautelas. Pero a pesar de haber obrado el sujeto con la debida diligencia —la personalmente exigible en las circunstancias dadas— puede surgir un daño, habida cuenta del potencial peligro de la acción, al confluir otros cursos causales extraños e imprevisibles. La proximidad con una posible actuación culposa del sujeto, con el riesgo de incidir en una presunta responsabilidad de esta naturaleza, explica que la ley incluya esta causal de inculpabilidad destacando los requisitos de la diligencia debida y de la causación accidental. Pero no puede deducirse de ella que el sujeto tenga que responder penalmente del resultado accidentalmente sobrevenido por el solo hecho de que la conducta inicial sea ilícita.

(e) También por su estructura parece responder en parte a la idea del *versari* el artículo 30 del Código Penal, que procede del párrafo tercero del artículo 1 del Código de 1904, inspirado a su vez en el Código Penal español de 1870 (también art. 1, párrafo tercero). "El que cometiere un hecho punible —dispone el citado artículo 30— incurrirá en responsabilidad, aunque el daño recaiga en persona distinta de aquella a quien se proponía ofender o fuera distinto del que se proponía causar".

El precepto regula en primer término un supuesto de error inesencial en la persona. El error esencial se contempla como causa de inculpabilidad en el artículo 40, 2ªA). Habiéndose propuesto el autor matar a una determinada persona mata por error a otra distinta. El sujeto responde por homicidio, delito que se había propuesto cometer y que de hecho ha cometido. La confusión en cuanto a la persona es irrelevante a la hora de afirmar la responsabilidad criminal. Para el caso de que el error o confusión en cuanto a la persona sea relevante para la calificación penal del hecho, el artículo 74 del Código Penal establece que "no se tomarán en cuenta las circunstancias agravantes

que dimanen de la categoría del ofendido o de sus nexos con el agente, pero sí las circunstancias atenuantes que habrían disminuido la sanción si la hubiera cometido en perjuicio de la persona contra quien tuvo la intención de dirigir su acción". De acuerdo con ello, no se podrá apreciar, por ejemplo, la circunstancia de parentesco —circunstancia ambivalente conforme al artículo 43— para calificar el hecho como homicidio agravado (art. 153, 1º) o parricidio (art. 154, párrafo primero) cuando el sujeto que tenía intención de matar a una determinada persona, por confusión mata a un ascendiente o descendiente. Tendrá que responder tan sólo por homicidio doloso del artículo 154.

Pero también establece el artículo 30 que el que cometiére un hecho punible incurrirá en responsabilidad aunque el daño fuere distinto del que se proponía causar. Es evidente que en estos casos no puede quedar excluida la responsabilidad criminal. Otra cosa es el alcance que la misma deba tener en relación con el grado de ejecución alcanzado y la forma de culpabilidad presente. Se trata aquí de un error acerca de la magnitud del resultado que el agente se proponía causar y, como consecuencia de ello, en el precepto quedan comprendidos supuestos de preterintencionalidad y de progresión criminal. Se quieren causar lesiones pero se producen otras de mayor alcance o se quiere lesionar y sin embargo se mata. El error en este caso —considera Arrieta Gallegos con referencia al Código de 1904³⁴— es también circunstancial, no sobre los elementos esenciales, y, en consecuencia, existe responsabilidad criminal aun cuando se varíe la clase de dolo pasando del directo al indirecto, propio del dolo preterintencional. Ahora bien, de acuerdo con los principios generales que acerca de la culpabilidad informan el Código Penal y los preceptos que los desarrollan, así como la propia definición de preterintencionalidad que proporciona el artículo 34 del Código, la responsabilidad penal por el resultado más grave únicamente podrá afirmarse cuando éste al menos pudiera haber sido previsto. Esto habrá de tenerse en cuenta muy especialmente en relación con el homicidio preterintencional, del que ha de quedar fuera la muerte fortuitamente sobrevenida. En cambio, si se trata

del supuesto lesiones-lesiones más graves, al no estar prevista aquí una figura similar a la del homicidio preterintencional previsto en el artículo 157, y teniendo en cuenta la estructura y sistema de punición de estos delitos, el sujeto tendrá que responder por las lesiones más graves realmente producidas, lo cual, según ya se indicó, constituye una responsabilidad por el resultado que viene a conculcar el principio de culpabilidad. Claro que, por otro lado, el régimen adoptado para las concausas permitirá en algunos supuestos dejar al margen de la responsabilidad el resultado más grave al tener que pronunciarse ya sobre la imputación objetiva.

Si se trata de supuestos de desviación, la responsabilidad se deberá afirmar acudiendo a las reglas del concurso de delitos. Pero únicamente será posible la misma por el hecho punible no propuesto por el sujeto cuando pueda imputársele al menos a título de culpa, excluyéndose cuando sobreviniere fortuitamente.

(f) En el derecho penal moderno se ha ido abriendo paso la exigencia de la conciencia de la antijuricidad para poder afirmar la culpabilidad. Con la admisión de este requisito —dice Jescheck— se ha emprendido el camino para la plena realización del principio de culpabilidad. Para este autor el conocimiento de lo injusto integra el núcleo del reproche de culpabilidad, pues la decisión de cometer el hecho con pleno conocimiento de la norma jurídica que lo prohíbe, caracteriza de la forma más inequívoca la falta de actitud jurídica que agrava al autor³⁵.

El Código Penal mantiene la distinción tradicional entre error de hecho y error de derecho. Respecto al primero, el artículo 40, 2ªA) considera inculpable al "que obra por error sobre las características objetivas esenciales, estrictamente de hecho, que se refieran a algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista según su descripción legal". No obstante, para que excluya la culpabilidad, el error ha de ser invencible. Si proviene de culpa —añade el segundo párrafo del precepto— "el hecho será penado únicamente cuando la ley haya previsto su realización culposa".

El error de derecho, en cambio, no despliega ninguna eficacia excusante, al disponer el artículo 3 que "el desconocimiento de la ley penal o la noción imperfecta de la misma que conduzca a una apreciación errónea no excluye la responsabilidad penal". Sobre esta decisión político-criminal ha pesado de forma determinante el viejo dogma jurídico que la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento. Y así en la exposición de motivos del proyecto de Código Penal de 1959, la comisión redactora declara que "sin dejar de reconocer que en esta cuestión espinosa del error de derecho hay dos principios en pugna: el del imperio de la ley que debe suponerse conocida por todos y el de la equidad que nos inclina a eximir a quien realizó un hecho ignorado que se hallaba castigado; no se ha atrevido a dar carta de irresponsabilidad penal al error de derecho, quizá porque ha pesado, con la gravedad de lo tradicional, la máxima del Código Civil de "que no podrá alegarse ignorancia de la ley por ninguna persona"³⁶. De acuerdo con ello nadie puede alegar válidamente en su defensa la ignorancia de la ley.

La doctrina moderna, en cambio, ha ido entendiendo que dicha máxima o dogma debe desvincularse del problema de la eficacia excusante del error de derecho, ya que no puede hacerse descansar la afirmación de la culpabilidad en una ficción jurídica como la del conocimiento de las leyes por parte de todos. Por esta vía se ha llegado a dejar de identificar ignorancia de la ley y error de derecho, en el sentido de que si, de una parte, las leyes son válidas con independencia de su conocimiento y el error o ignorancia acerca de las mismas es irrelevante, de otra, para que haya culpabilidad es preciso que el sujeto conozca, además de los hechos, la valoración que les otorga el derecho y el error o ignorancia acerca de esta valoración tiene eficacia excusante³⁷. Al identificarse el derecho con los juicios de valor que normalmente se manifiestan a través de la ley no puede afirmarse la culpabilidad si el sujeto desconoce que la conducta está valorada negativamente y que por ser ilícita está prohibida por el derecho. Basta para que se dé la conciencia de la antijuricidad que el sujeto, conforme a una va-

loración paralela en la esfera de lo profano —según la conocida formulación de Mezger— sepa que su comportamiento contradice las exigencias del orden comunitario y por consiguiente que se halla prohibido jurídicamente³⁸. Mas a partir de este planteamiento y del nuevo sentido que cobra el término derecho, la distinción entre error de hecho y error de derecho perdió vigencia pasando a ser sustituida por la de error de tipo y error de prohibición. Y así, mientras aquél se refiere a los elementos integrantes del tipo, ya sean descriptivos o normativos, dando lugar, si es invencible, a la exención de la responsabilidad, y si es vencible, a una responsabilidad culposa, el error de prohibición va conectado a la conciencia de la antijuricidad, produciéndose consecuencias distintas según ésta se considere como elemento de dolo —teorías del dolo— o como elemento independiente de la culpabilidad —teorías de la culpabilidad. Y así, mientras la invencibilidad del error de prohibición da lugar en ambas teorías a la exención de la responsabilidad, la existencia de un error vencible de prohibición excluye el dolo y deja subsistente la culpa, en las teorías del dolo, y da lugar tan sólo a la posibilidad de atenuar la pena del dolo en las teorías de la culpabilidad.

El Código Penal, como se ha indicado ya, no reconoce eficacia excusante al error de derecho, pero considera como circunstancia atenuante —la 2ª del artículo 41— "haber cometido el delito en la creencia de obrar lícitamente, debido a ignorancia o errónea apreciación de la ley, que no le sean reprochables"³⁹. Con ello únicamente se está teniendo en cuenta el error invencible o inevitable. El reprochable al autor —vencible, evitable— no podrá siquiera beneficiarse de la atenuación. Este tratamiento del error de derecho es insatisfactorio desde el punto de vista del reconocimiento efectivo de la culpabilidad. Sin conciencia de la antijuricidad no puede haber reproche alguno. Es verdad que en la mayoría de los delitos, por tratarse de conductas de relevante transcendencia ético-social, su prohibición aparecerá instalada ya en la conciencia individual y colectiva, pero no hay que pasar por alto la existencia de infracciones criminales sin reproche ético-social, de normas ajenas al núcleo del derecho penal, con

relación a las cuales presumir la conciencia de la antijuricidad supondrá una negación abierta del principio "no hay pena sin culpabilidad", que pesará de forma particularmente acusada entre los sectores más desfavorecidos de la sociedad, por falta de la debida instrucción e información.

En cambio, algunos supuestos que la doctrina reconoce como modalidades de error de prohibición indirecto son considerados en el Código Penal como causas de inculpabilidad. Así ocurre, concretamente, con las "excluyentes putativas" de defensa de la persona y de la propiedad, supuestos de error acerca de los presupuestos fácticos que fundamentan la legítima defensa, ya que el sujeto no yerra acerca del carácter ilícito de la conducta, sino acerca de la presencia de una agresión injusta contra la persona o contra la propiedad⁴⁰. Para que quede excluida la culpabilidad es necesario que se trate de un error invencible —"creencia razonable de una agresión injusta"— pues si el error en que se apoya fuera fácilmente dominable habría que calificar el hecho a título de culpa⁴¹.

V

De todo lo expuesto puede concluirse que el Código Penal salvadoreño observa las exigencias más fundamentales definitorias del principio "no hay pena sin culpabilidad". Las negaciones más graves del mismo quedan fuera de su seno al rechazarse los supuestos más extremos de responsabilidad objetiva o por el resultado: los acontecimientos fortuitamente sobrevenidos. Preceptos e instituciones que, por proceder del Código anterior, pudieran ofrecer alguna duda sobre este punto, han de ser interpretados a partir de ese presupuesto básico e informador del Código vigente. No obstante, perduran algunas desviaciones al principio de culpabilidad que tienen su origen en la admisión de la preterintencionalidad y en el no reconocimiento de eficacia excusante al error de prohibición.

Notas

1. Véase Torio López, A., "El concepto individual de culpabilidad" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1985, fasc. II, pág. 293.

2. Véase Bustos Ramírez, J., "El principio de culpabilidad en el Anteproyecto de Código penal", en *Documentación Jurídica*, vol. 1, enero-diciembre 1983, pág. 81.
3. Arrieta Gallegos, M., *Lecciones de Derecho Penal*, Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, 1972, pág. 257. Véanse también págs. 255 ss. Propiamente la culpabilidad no es una conducta, sino que va referida a una conducta, al comportamiento típicamente antijurídico.
4. Modernamente se tiende a insistir en esta dimensión de la imputabilidad. Así Torio, a propósito de la necesidad de una mayor individualización en cada uno de los elementos que integran la culpabilidad, señala que el examen de la imputabilidad se desenvuelve de forma generalizadora, declarándose en posesión de ella a toda persona mayor de edad y psíquicamente sana. "De este modo —dice— no son tomadas en cuenta todas las características de la personalidad relevantes para la ponderación jurídica de este elemento del delito. Esta ponderación no puede referirse solamente a factores biológicos, psicopatológicos, o en sentido más amplio, naturalísticos. Por el contrario, para la capacidad de culpabilidad poseen alta significación los factores sociales y culturales. La capacidad para responder al mandato o prohibición jurídica no le es dada de forma general al hombre. Esta capacidad depende fundamentalmente de sus relaciones sociales. Defectos culturales, analfabetismo o pertenencia a culturas marginales, influyen relevantemente sobre la imputabilidad" ("El concepto individual de culpabilidad", cit., pág. 297).
5. El artículo 42, 13^o del Código Penal salvadoreño prevé como circunstancia agravante "embriagarse o intoxicarse deliberadamente para ejecutar un delito".
6. En este sentido se manifiesta Muñoz Conde, F., *Teoría general del delito*, Temis, Bogotá, 1984, pág. 158.
7. Nada se dice acerca de la conciencia de la antijuricidad como integrante del elemento intelectual del dolo. No obstante, la doctrina lo incluye. Así, por ejemplo, Silva, J. E., considera como elemento ético del dolo la conciencia de que se quebranta un deber (*Derecho Penal Salvadoreño* (parte general), Cuaderno III, pág. 32). En el mismo sentido, aunque con referencia al Código de 1904, para Arrieta Gallegos "el dolo consiste en la concurrencia de la voluntad con conocimiento de la

- antijuricidad del acto y conciencia de que se quebranta un deber, acto cuyo daño punible se lo representa el agente y es querido por él, aun cuando el resultado mayor pueda o no ser querido, o que, representándoselo como probable o posible, lo asiente al actuar u omitir" (*Lecciones...*, cit., pág. 265).
8. Véanse, Arrieta Gallegos, *Lecciones...*, cit., pág. 269 ss. y Silva, *Derecho Penal...*, cit., Cuaderno III, págs. 32-33.
 9. El artículo 21 del Código Penal salvadoreño establece que "los hechos punibles... se reputan como actos voluntarios salvo prueba en contrario, sin que esta presunción implique culpabilidad". De acuerdo con ello y con los supuestos de ausencia de acto voluntario que prevé el artículo 36, la voluntariedad equivale simplemente a acto libre, espontáneo, no coaccionado.
 10. Véase Silva, *Derecho Penal...*, cit., Cuaderno III, pág. 34.
 11. Entre otros preceptos, prevén la incriminación por culpa, por ejemplo, los artículos 158, 168, 175, 285, 290, 307, 355, 369, 385, 439 y 482.
 12. El artículo 43, párrafo segundo de este código establece: "El delito es preterintencional, o más allá de la intención, cuando de la acción u omisión deriva un evento dañoso o peligroso más grave que el querido por el agente".
 13. Artículo 362 (bis): "El que con propósito de ocasionar un daño en el cuerpo, causare la muerte, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionarlo, sufrirá la pena de seis años de presidios".
 14. Ciertamente que a través de la preterintención, como advierte Muñoz Conde, (*Teoría general del delito*, cit., págs. 81-82), puede introducirse en el Código Penal salvadoreño la responsabilidad objetiva, pero su forma más pura o extrema queda excluida al exigirse la previsibilidad en la producción del resultado más grave.
 15. Véase Sainz Cantero, José A., *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, III, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1985, págs. 95 ss.
 16. Torio, ob. cit., págs. 297-299.
 17. Este sistema determina que, por no entrar en el ámbito de aplicación de las respectivas eximentes, en algunos supuestos de no exigibilidad habrá que condenar, pese a faltar este último presupuesto de la culpabilidad; véase Sainz Cantero, J.A., "Reflexión de urgencia sobre la reforma parcial y urgente del Código Penal", en *Estudios penales y criminológicos*, VII, Santiago de Compostela, 1984, pág. 444.
 18. Torio, ob. cit., pág. 299.
 19. Con anterioridad a la promulgación del actual Código Penal, pensaba ya Arrieta Gallegos que debía constituir una causa de inculpabilidad fundamentada en el principio de no exigibilidad de una conducta distinta la coacción, seguida o no del miedo insuperable, pero un miedo como lo había encasillado la clásica legislación salvadoreña, sino también en los casos de exceso en la legítima defensa y en el estado de necesidad, cuando tal exceso se debiera a la inercia motivada por el terror que en aquellos momentos sufre el agente (*Lecciones...*, cit. pág. 297).
 20. También este supuesto concreto es ya considerado por Arrieta (ob. cit., pág. 298) como causa de inexigibilidad de otra conducta distinta.
 21. Sobre el régimen de las concausas, véase Silva, *Derecho Penal Salvadoreño*, Cuaderno III, cit., pág. 14 y Arrieta Gallegos, *Lecciones...*, cit., págs. 156 ss.
 22. Compárense, por ejemplo, las penas señaladas para el aborto consentido (art. 162): prisión de dos a cuatro años) y homicidio culposo (art. 158: prisión de uno a tres años) teniendo en cuenta la regla de la penalidad del concurso ideal, (art. 75: pena correspondiente al delito más grave aumentada hasta en una tercera parte), con la pena establecida para el aborto de consecuencias mortales (art. 166: prisión de tres a seis años).
 23. Esta solución coincide con la interpretación que del nuevo párrafo segundo del artículo 1 del Código Penal español efectúa algún sector de la doctrina en relación con los delitos cualificados por el resultado; véase, por ejemplo, Quinteros Olivares, G. y Muñoz Conde, F., *La reforma penal de 1983*, Ediciones Destino, Barcelona, 1983, págs. 32 ss.
 24. Véase Cerezo Mir, J., "Principales reformas del Código Penal español introducidas en 1983", en *La Ley*, 1, pág. 1.018.
 25. Véase Rodríguez Devesa, J.M., *Derecho Penal Español*, Parte General, 11ª ed., revisada y puesta al día por Serrano Gómez, A. Dykinson, Madrid, 1988, pág. 444.
 26. Pero aun durante la vigencia del Código Penal de 1904 la doctrina vino entendiendo que la atenuante de preterintencionalidad no podía apreciarse en el delito de lesiones habida cuenta de la estructura del mismo ("si de resultas"). "Son, pues, delitos de resultado, y en esta clase de hechos la atenuante no tiene cabida" (Arrieta

- Gallegos, ob. cit., pág. 376).
27. Véase Rodríguez Mourullo, G., en Córdoba Roda, J. y Rodríguez Mourullo, G., *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Ariel, Barcelona, 1972, págs. 309 y 315.
 28. Véase Sainz Cantero, J.A., "Reflexiones de urgencia...", cit., págs. 442-443 y *Lecciones...*, III, cit., págs. 92-93.
 29. Véase Rodríguez Mourullo, ob. cit. págs. 313-315. También para Cobo del Rosal, M. y Vives Anton, T.S. (*Derecho Penal*, Parte General, Universidad Valencia, 1984, págs. 540 ss. y 354 ss.), el mero accidente supone un curso causal irregular, anormal, un curso causal distinto del ordinario, que viene a alterar el orden normal de las cosas. Ahora bien, estos autores delimitan la esfera de la causalidad atendiendo no al ámbito de lo previsible para un espectador objetivo, dotado del conocimiento común y del específico del autor, sino al del lo socialmente predecible, al de lo que puede predecirse utilizando todo el conocimiento de la comunidad. De esta forma, no todos los acontecimientos se sitúan fuera del ámbito del caso fortuito, que presupone una causación por accidente, es decir un acontecimiento objetivamente predecible pero generalmente imprevisible.
 30. El párrafo segundo del artículo 23 del Código Penal salvadoreño establece que "la concausa preexistente, ignorada por el agente y que no se ha podido prever, excluye la imputación. La previsible que no se previó, será tenida en cuenta para calificar el delito como preterintencional o culposo". Y el párrafo tercero: "La causa independientemente sobrevenida, excluye la imputación cuando por sí sola produjo el resultado. La que se origine en excesos o imprudencia de la víctima o por hechos culposos de otro, también excluye la imputación siempre que no entren en el cálculo del autor".
 31. Ejemplo propuesto por Arrieta Gallegos, ob. cit. pág. 283.
 32. La licitud del acto para este autor "supone que esté autorizado o permitido por la ley o al menos que no esté prohibido expresamente por ella, aun cuando el acto anterior o anteriores de los cuales éste sucede o deriva, no tengan una causa lícita. Basta, en consecuencia, que el acto con ocasión del cual surge el "casus" sea lícito en sí, para que este primer requisito se dé. El manejar un vehículo es un acto lícito cuando se llenan las condiciones de pericia y demás que determinan los reglamentos, y así lo será también cuando quién lo maneja huye o burla la vigilancia policial después de haber perpetrado el delito" (Arrieta Gallegos, ob. cit., págs. 284-285).
 33. Arrieta, ob. cit., pág. 285.
 34. Arrieta Gallegos, ob. cit., pág. 296.
 35. Jescheck, H.-H., *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, traducción y ediciones de derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, vol. I, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1981, pág. 622.
 36. *Exposición de motivos del proyecto de Código Penal*, Aquilina Editorial, San Salvador, 1986, pág. 20; véanse también págs. 22-23.
 37. Véase Cobo-Vives, *Derecho Penal*, P. G., cit., pág. 548 ss.
 38. Véase Jescheck, *Tratado...*, P. G., cit., I, pág. 624.
 39. Esta fue también la solución adoptada por el proyecto de Código Penal de 1959, aunque con redacción distinta. El artículo 24, 2º del mismo consideraba atenuante "haber cometido el delito o error esencial de derecho, si el autor tuvo motivos fundados para creer en la licitud del acto". "No se vulnera con ello —se declara en la exposición de motivos— el dogma jurídico de que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento, sino que se ha colocado en un terreno realista, ya que hay casos en que se cometería marcada injusticia al aplicar rigidamente este principio en materia penal".
 40. El artículo 40, 2º B) considera como causas de inculpabilidad la defensa putativa de la persona y de la propiedad. Es inculpable: "a) Quien en la creencia razonable de que existe una agresión injusta contra su persona, reacciona contra el supuesto agresor, siempre que la reacción sea proporcionada al riesgo supuesto" y "b) Quien en la creencia razonable de una agresión inminente contra su propiedad, rechaza durante la noche, en el momento mismo de estar verificando el escalamiento o rotura de los cercados, paredes o entradas de su casa o departamento habitado o de sus dependencias, o emplea violencia contra el intruso a quien encontrare dentro de su hogar o en hogar ajeno que aquél tenga obligación de defender, así como en el local donde se encontraren bienes propios o ajenos respecto a los cuales tenga la misma obligación, siempre que las circunstancias revelen la probable agresión, cualquiera que sea el daño que se cause".
 41. Véase en este sentido *Exposición de motivos del proyecto de Código Penal de 1959*, cit., pág. 20.