
El *versari in re illicita*, (tratándose de materia ilícita se responderá de sus consecuencias), orígenes y resabios



The *versari in re illicita* (in the case of illegal matter, the consequences will be liable) origins and aftertastes

Robleto Gutiérrez, José Jaime

José Jaime Robleto Gutiérrez
jaimerobletog@gmail.com
Poder Judicial de Costa Rica, Costa Rica

Revista Saber y Justicia
Escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana
ISSN: 2305-2589
ISSN-e: 2676-0827
Periodicidad: Semestral
vol. 2, núm. 20, 2021
saberyjusticia@enj.org

Recepción: 09 Julio 2021
Aprobación: 21 Octubre 2021

URL: <http://portal.amelica.org/ameli/journal/501/5013262004/>



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-
NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional.

Resumen: Se estudia el instituto del *versari in re illicita* desde sus orígenes hasta sus resabios en el derecho penal actual, haciendo un análisis comparativo con las soluciones de otras legislaciones. La idea central es un estudio crítico del *versari* y su persistencia en el derecho penal costarricense actual y, a partir de la toma de conciencia de esas distorsiones, verificar en cada ordenamiento jurídico si es posible identificar en cada país de ascendencia romano-germánica la existencia de algún atavismo de esta figura tan poco conocida.

Abstract: The institute of *versari in re illicita* is studied from its origins to its remnants in current criminal law, making a comparative analysis with the solutions of other legislations. The central idea is a critical study of *versari* and its persistence in current Costa Rican criminal law and from the awareness of these distortions, verify in each legal system if it is possible to identify in each country of Roman- Germanic descent the existence of some atavism of this little-known figure.

Criminal law; versari in re illicita. culpability; crimes qualified by the result; peterintention.

Keywords: Criminal law, *versari in re illicita. culpability, crimes qualified by the result, peterintention..*

INTRODUCCIÓN

Cuando he tenido el honor y el gusto de impartir lecciones de derecho penal, he puesto el siguiente ejemplo para plantear el tema del *versari in re illicita*. Es un caso que ocurrió realmente en los años noventa del siglo veinte en Alajuela, provincia de Costa Rica, y que modifiqué para efectos didácticos: X decide ingresar a robar a una casa de una adulta mayor que vive sola, X ignora que la anciana es aracnofóbica, X compra una máscara del hombre araña para evitar ser reconocido. X no tiene dolo de dar muerte a la señora; es decir, carece de *animus necandi*. Ingresa a la vivienda, alista el botín en una sábana y en un momento determinado la adulta mayor se levanta y no ve a un ladrón, se representa una araña gigante en la oscuridad y muere de un infarto. X se asusta ante ello y sale con la sábana por la puerta principal de la vivienda, justo en el momento en que va

pasando por allí una patrulla de la Policía. Es aprehendido y el Ministerio Público lo acusa de violación de domicilio en concurso con homicidio criminis causa y tentativa de robo agravado.

ORÍGENES Y DESARROLLO

Lo anterior ilustra el planteamiento básico del *versari in re illicita*. Es decir, de acuerdo a este instituto, el que inicia el movimiento causal de un delito debe ser responsable por todas las consecuencias y resultados del mismo, aunque no las hubiera previsto ni deseado. Para la mayoría de autores, tiene su origen en el Derecho Penal de la Edad Media, inspirado fundamentalmente en el criterio de la responsabilidad objetiva, con resabios canónicos. En la búsqueda del origen del *versari*, podemos analizar como antecedente, la unificación legislativa encomendada por el rey babilonio Hammurabi (1792 a. C. - 1750 a. C.), que refleja las costumbres de su época. Esta regulación, conocida como el código que lleva su mismo nombre, expone un incipiente antecedente al principio del *versari in re illicita* en algunas de sus leyes. Por ejemplo: en el Código de Hammurabi, Ley 6, se indica que “Si un hombre roba algo propiedad del dios o del Palacio será ejecutado y el que haya aceptado de sus manos lo robado será ejecutado también”. Ley 24: “Si ha habido alguna víctima mortal, la ciudad y el prefecto pagarán una mina de plata a sus parientes” (Guier, 2017, pp. 90- 91). Puede pensarse que la Ley 24 se refiere más a una indemnización correspondiente a lo que hoy se entiende como responsabilidad civil extracontractual.

En el Antiguo Imperio Romano, el emperador Teodosio II (408 d. C. - 450 d. C.) compiló, en el año 438 d. C., el *Codex Theodosianus* y se dejaba al libre albedrío del pretor el reproche del injusto. Sin embargo, luego de la caída del Imperio Romano de Occidente, en el año 476 después de Cristo y más tarde el Imperio Romano de Oriente en el siglo XV d. C. (Imperio Bizantino) comienza una reconsideración en los principios jurídicos establecidos por el derecho romano clásico. Esto se traduce en la invasión de grupos indoeuropeos que traían consigo costumbres y reglas propias de su cultura, diferentes de las consagradas por los grecorromanos. Asimismo, en las zonas de frontera, donde el contacto es constante, inicia un proceso de sincretismo en diversos rasgos culturales, idioma, religión, y el derecho no es ajeno a este proceso.

Luego del devenir histórico del periodo medieval, en la Revolución francesa (1789), además de su gran legado histórico, se generan cuestionamientos importantes en materia penal. En ese proceso se promulgaron sanciones que acarreaban a la muerte, como la guillotina o la horca –por razones políticas– y, ante la necesidad de aplicar teorías políticas nuevas, se llegó por este mecanismo a eliminar la figura del monarca absoluto. Por eso surge la siguiente interrogante: ¿Los destinatarios de esas sanciones, lo eran por los hechos cometidos o por los resultados fortuitos? Finalmente, situados en el siglo XX, más específicamente en la España de Francisco Franco, destacan las reformas al Código Penal que realizó este dictador. Por eso, no sorprende que en 1944 el *versari in re illicita* cobró vigencia nuevamente. En tal sentido, el codificador español incorpora en el Código Penal, artículo 340 bis, lo siguiente: “Cuando de los actos sancionados en este artículo o en el siguiente resultare, además de riesgo prevenido, lesión

o daño, cualquiera que sea su gravedad, los Tribunales apreciaran tan solo la infracción más gravemente penada”.

Parece que no es suficiente afirmar, como se ha hecho, que el versari aparece por primera vez en las fuentes del derecho canónico y, si bien es cierto, representó entonces una especie de moderación de la responsabilidad objetiva del derecho penal germánico que era mucho más severo, este principio sigue siendo polémico. El versari in re illicita es incompatible, sin embargo, con el principio de culpabilidad (no hay pena sin culpabilidad) del derecho penal democrático y moderno. Se puede afirmar que el principio “no hay pena sin culpa” es una conquista del derecho penal liberal y que tiene una aceptación mayoritaria.

Sin embargo y sin dudar, el versari in re illicita, a través de sus remanentes en el derecho penal, constituye un desafío a la función que cumple como garantía la culpabilidad frente a los abusos del poder del Estado.

En el derecho penal, el debate ha dado lugar al surgimiento de tres tendencias contrapuestas e inconciliables. La primera de ellas estima que el principio de culpabilidad, en su configuración tradicional, es insustituible en el derecho penal, pues constituye el fundamento y el límite de la pena (Hirsch, H. J. 1999).

La segunda es de corte preventivo ya que, sin prescindir del concepto “culpabilidad”, plantea renovarlo a partir de la inclusión de los fines preventivos generales y especiales del derecho penal en una nueva categoría sistemática más amplia llamada responsabilidad (Schunemann, 2006). Roxin también sigue esta tendencia, desde una concepción funcionalista: deducir tal principio desde los fines asignados al derecho penal (Gunter, 1997).

Hoy en día se habla de una “crisis del principio de culpabilidad”. La principal objeción contra el principio de culpabilidad parte de su propio fundamento, la posibilidad que tiene el ser humano para elegir cómo comportarse, y eso parte de la metafísica del libre albedrío que nos fue dado. Ese factor es puesto en duda por las neurociencias, y la misma psiquiatría. Desde mi punto de vista, la forma en que se visualiza el libre albedrío es un constructo puro basado en la mera fe de su existencia.

Por otro lado, hay quienes prescinden de la existencia del libre albedrío en esta discusión, como Günther Jakobs, quien sostiene que la cuestión del libre albedrío ni siquiera tiene sentido plantearla, ya que la culpabilidad presupone que el sujeto competente siquiera pueda ser representado como persona, esto como titular de derechos y destinatario de obligaciones.

En esta línea de pensamiento, Juan Bustos Ramírez, en una “teoría del sujeto responsable”, planteaba la distinción entre responsabilidad penal e injusto. El problema no sería establecer si se puede castigar o no a una persona en abstracto, sino a la persona real que vive en un medio social determinado, condicionado, social, cultural y económicamente. En tal sentido, el Estado para imputar responsabilidad debe legitimarse en cada caso concreto, considerando la distribución de los bienes sociales de acuerdo a cada individuo. Entonces, la responsabilidad sería la exigibilidad; es decir, la capacidad del Estado en un caso concreto para exigir responsabilidad al individuo. Ergo, la responsabilidad entendida como exigibilidad, no es sólo responsabilidad por el acto, sino social; es decir, se plantea una corresponsabilidad de la sociedad y el Estado. (Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, 1997).

En una línea semejante de reflexión, el profesor argentino Raúl Eugenio Zaffaroni, desde una concepción conflictivista de la sociedad y de la constante relación dialéctica ente Estado de derecho y Estado de policía, considera que la culpabilidad por el acto no es suficiente para el reproche de culpabilidad, pues la propia selectividad de sistema penal rompe con el principio de igualdad consagrado a nivel constitucional, por lo que es necesario un correctivo ético. Ciertamente, se hace necesario oponer, en un proceso dialéctico, a la culpabilidad por el acto, una culpabilidad por la vulnerabilidad que incorpore el dato de la selectividad y la peligrosidad del poder punitivo contra ciertas personas vulnerables, dando como síntesis la culpabilidad penal. (Zaffaroni, 2007).

Estoy de acuerdo y respeto la opinión de los juristas que piensan que es posible prescindir del principio de culpabilidad por ser un principio fundado en un postulado que no se puede demostrar en la realidad cotidiana; es decir, el libre albedrío. Sin embargo, si tuviese que tomar una postura al respecto, creo que el principio de culpabilidad sigue siendo una garantía irrenunciable de la dogmática penal y un límite al poder punitivo del Estado.

Volviendo a Roma, es conveniente tener presente que el error era tolerado en cierto momento entre los menos instruidos y no así a los ciudadanos de mayor educación. Por lo que las relaciones de causalidad solían tener una mayor conexión entre el sujeto y el resultado, pero el declive en ese vínculo comenzó, sin duda, con la caída del Imperio Romano de Occidente. En ese momento histórico se empieza a gestar la responsabilidad penal objetiva. Por ejemplo, sabemos que, en una determinada época, al antecedente del *versari* se le denominó “causas morales” y hasta el mismo Santo Tomás de Aquino lo expresó como “quia es voluntarius in sua causa” (“que es voluntario en su causa”).

El principio *qui versatur in re illicita respondit etiam pro casu* (el que se emplea en cosa ilícita responde hasta del caso fortuito) remite inexorablemente al tema de la causalidad y también al problema de la culpabilidad, aún antes de la teoría tripartita de Beling, la cual supone, evidentemente, que sólo resulta relevante analizarse una vez agotado el estudio de la acción, la tipicidad y la antijuridicidad. Por lo que es indiscutible que uno de los presupuestos de la culpabilidad sea precisamente la existencia de una acción típica y antijurídica, ergo, se debe contar al menos con un injusto penal.

Dejaremos –para efectos de este artículo– los argumentos y cuestionamientos de las neurociencias y retomamos:

La base de que la culpabilidad encuentra su fundamento en la idea de la libertad humana, sin la cual resulta imposible construir el concepto mismo del delito, puesto que donde no hay libertad falta no solamente la culpabilidad, sino la acción; si el hombre está sometido de modo inexorable a férreas leyes físico-naturales desaparece toda posibilidad de diferenciar el comportamiento humano de cualquier acontecimiento del mundo inanimado. (Devesa, 1995, p. 132).

Echandía (1982) afirma que:

Desde la antigüedad se desarrolló una proto culpabilidad, sobre la base de negar la existencia de delitos sin culpa, es decir se gestó el principio rector que ha pasado a tener valor de dogma en las modernas legislaciones penales, el cual determina que no hay delito sin culpabilidad: *nullum crimen sine culpa*. En la antigüedad, sin embargo, el resultado típico sólo era punible cuando causaba un daño, haciendo

caso omiso del contenido volitivo de la acción, se sancionaba tanto al inocente como al responsable, en algunos casos las penas iban más allá de la persona que había intervenido en el acontecimiento y se castigaba también a sus descendientes (efecto extensivo de la responsabilidad), es decir existían y se aplicaban penas con gran normalidad lo que hoy está plenamente prohibido y entendemos como penas trascendentales e inusitadas. En la antigua Grecia, la idea de la justicia empezó a perfilarse fundada ya en la culpabilidad, otros autores afirman que la fase material objetiva de la responsabilidad, que sólo tiene en consideración el resultado dañoso, no fue aceptada jamás por el derecho romano (Ferrini), en tanto para Mommsen, en la época más remota se conoció este tipo de responsabilidad; pero a partir de la Ley de las Doce Tablas, en la antigua Roma “el concepto del delito requirió la existencia de una voluntad contraria a la ley en la persona capaz de obrar”. Fue hasta Cicerón que se avanzó en la concepción jurídica de la culpabilidad al sustraerla del campo de lo puramente objetivo, en orden al resultado, como se desprende de la siguiente definición: *culpa enim est nomen generis, quod continent non modo quidquid negligenter peccatum est sed et malitiose.* (p. 36).

Así como, cuando afirma Cicerón (1992):

Nosotros en la vida no debemos mirar la pena que está señalada a cada pecado, sino cuanto es lícito a cada uno, debemos pensar que todo lo que no conviene hacer es delito, y que todo lo que no es lícito es impiedad. (p. 147).

El derecho canónico y la práctica medieval aplicaron el principio del *versari*, distinguiendo entre la ilicitud o licitud del acto inicial. Esta distinción, por demás, se vio favorecida por los textos del Antiguo Testamento, que tuvieron enorme importancia en la sociedad medieval, producto de la cultura judeocristiana. Así, por ejemplo, en Números, Capítulo 35, versículos 16 a 18 (llamado el IV Libro de Moisés) se hace referencia al autor que hirió (acto inicial ilícito) y mató, caso en cual, merece la muerte como homicida. Pero en el Deuteronomio, Capítulo 19, versículos 1 al 7, se regula un caso de quien mató sin querer (acto inicial lícito) y que no es considerado homicida. Es a partir de la distinción entre acto inicial lícito y acto inicial ilícito que se desarrolla la teoría del *versari* en el Derecho Canónico. Las Decretales de Inocencio III en la parte titulada de homicidio voluntario y el causal (Libro V, Título 12, Cap. 19), tratan el siguiente caso, el cual examina la “irregularidad”: un monje operó a una mujer de una infección en la laringe. La mujer operada no sigue las prevenciones del monje, sobre no exponerse a los chiflones, y a consecuencia de su desobediencia, muere posteriormente por una hemorragia. Inocencio establece que hubo una falta

del monje, porque no era médico y actuó “*officium alienum usurpando, quod sibi minime congruebat*” (usurpar el oficio de otro, sin tener armonía general). Pero, dice, esa falta no tiene relación con el resultado de muerte, y no tiene por sí el carácter de una “irregularidad”. En tal caso, dice, el resultado “*per culpam mulieris contra consilium eius accidit*” (contrariamente a lo que se aconsejó fue por culpa de la mujer).

El comportamiento imprudente de la mujer interrumpió la relación de causalidad entre el acto del monje y el resultado. En el capítulo 25 de la misma obra, Inocencio III, se niega la “irregularidad”, aunque se hubiera producido la muerte.

Las Decretales de Gregorio IX son las que terminan de configurar la doctrina del *versari*. Estas distinguen tres situaciones: al agente se le imputa el homicidio, si es el producto de una acción ilícita, se le atribuye el homicidio que es el producto de una acción lícita, si el resultado fue causado por culpa; al agente se le imputa

el homicidio, cuando actuó sin *animus occidendi* (sin intención homicida), pero sí con *animus percutienti* (con intención de golpear) si se produjo la muerte a causa de una herida, consecuencia del golpe (*percussio*) que desde el inicio podía catalogarse como “*lethalis*”. Una *percussio* puede considerarse letal, “por razón del instrumento con que se golpeó”, que por lo general infiere una grave lesión o por razón de la parte en que fue golpeado el ofendido, si con un pequeño golpe se puede causar la muerte. A esta tercera situación pertenece la “irregularidad” que se produce cuando, habiéndose producido la muerte del ofendido, varios hayan participado golpeándolo y no se pueda determinar cuál golpe produjo la muerte.

Lo descrito anteriormente deja claro que el Derecho Canónico no construyó una responsabilidad basada en el resultado. Incluso, el caso del monje que operó a pesar de no ser médico, no produjo irregularidad, pues ésta fue interrumpida por la actuación imprudente de la mujer. El principio *versanti in re illicita imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto* (desde el delito se incurre en responsabilidad para el autor) nunca significó, como lo demuestra este caso, que cualquier ilicitud generaba responsabilidad penal por un resultado no querido. Más bien, la responsabilidad era por aquellas consecuencias de acciones delictuosas que conllevaran en sí mismas un peligro de que se produjera el resultado.

No puedo evitar notar el paralelismo entre el positivismo puro y duro, y el acercamiento más radical de los pensadores neurocientíficos que cuestionan la existencia del libre albedrío, base del Derecho Penal fundado en la culpabilidad normativa. Me recuerda, inevitablemente, el péndulo del eterno retorno de Nietzsche. No cabe duda de que cada cierto tiempo la historia tiende a repetirse.

Otra expresión para designar nuestro tema es: “*Versari in re illicita: Versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto* (al que se ocupa de cosas prohibidas se le imputa todo aquello que del delito resulta).” (Politoff, et. al., 2003, p. 134).

Es como afirmar que quien comete un ilícito debe responder de todas las consecuencias de lo que provoca, lo que implica una ruptura radical con el principio de culpabilidad, ya que su responsabilidad se basa netamente en el resultado final que esa conducta produce independiente de la tipicidad subjetiva. No es fundamental en el *versari* que el resultado producido haya sido previsible o se trate de un verdadero caso fortuito. (Etcheberry, 1998, p. 153).

Como ya se indicó, este principio fue desarrollado especialmente por los canonistas en relación con las irregularidades eclesíásticas y fundamentaban su justificación en el reproche: “si hubieras cumplido con tu deber este resultado no habría ocurrido”. Suele pensarse, en términos generales, que el *versari in re illicita* ha desaparecido del derecho de origen romano-germánico o continental vigente; sin embargo, hay que reconocer que los criterios en que se inspira suelen sobrevivir residualmente. Roma tuvo una influencia de aproximadamente cinco siglos en Bretaña, por lo que, en el *common law* se utilizan muchos aforismos latinos, y no es casual que también encontremos un resabio de lo que después llegaría a ser el *versari in re illicita* en la Baja Edad Media. Se trata del “caso Jarman”, donde se lee como precedente en el derecho de Gran Bretaña: “El que con su revólver va a robar y tiene el arma bajo la nariz de su víctima, se hace culpable de asesinato aun si el disparo escapó por ‘equivocación’ o ‘por casualidad’”. (Wegner, 1951, p. 48).

Luis Jiménez de Asúa (1962) llega a la conclusión de que el sentido que debe darse al versari in re illicita ha sido divergente (yo diría irregular), existiendo tres modos de entenderlo. Jiménez de Asúa plantea la cuestión como fórmula que excluye la exigencia de culpabilidad incurriéndose en responsabilidad penal por el mero hecho de estar frente a una situación de ilicitud inicial; en sentido contrario, es decir, negándose totalmente la responsabilidad en estos casos; y como criterio dominante y generalizado, o sea, que no basta para incurrir en pena el mero versari in re illicita, sino que es absolutamente necesario que ese primer hecho ilícito esté naturalmente relacionado con el homicidio; que es el delito del que se ocupa al estudiar el punto.

La cita con que Jiménez de Asúa nos manifiesta la utilidad de lo aparentemente inútil expresa:

No debe, sin embargo, desdeñarse el estudio de esta cuestión, que parece desprovista de interés actual. Cuando Löffler se refirió al versari, se preguntaba a sí mismo si no sería, como muchos opinan, tiempo perdido el dedicarse a algo que ‘pertenece a las cosas inútiles’; pero se contesta que es tal la difusión conseguida por el versari in re illicita, tan adentro se nos ha metido aún en el Derecho penal de los pueblos más adelantados, que no puede menos de tener gran interés su estudio. (p. 32).

Para el maestro Jiménez de Asúa, las dos primeras formas de entender el versari plantean una fórmula que excluye la exigencia de culpabilidad, incurriéndose en responsabilidad penal por el mero hecho de estar frente a una situación de ilicitud inicial y, finalmente, en sentido contrario, negando responsabilidad en estos casos. La primera manera sugerida por Jiménez de Asúa choca de frente con el principio de culpabilidad. La respuesta de un positivista como Carrara, en mi opinión, sería algo así como en caso de versari (Carrara no usó ese término). Ello no implica que puede producir el efecto de hacer responsable, ni en razón de culpa ni en razón de

dolo, de un evento que no sólo no fue previsto, sino que tampoco era previsible por el autor.

Como afirma Marcela Bunster (Bunster, 1958, p. 25), la máxima no puede espiri- tualizarse; en ese caso deja de ser lo que es y desaparece; sería como hablar de subjetivación de delitos calificados por el resultado.

Esta forma de apreciar el versari, diversa a la situación de ultra intencionali- dad, parte del supuesto de que se trata de hacer responsable al sujeto por el solo hecho de encontrarse en algo ilícito, sin mediar culpabilidad, respecto de un resultado posterior que se ha producido en forma fortuita (Burotto, 1958, p. 36).

El principio del versari, antes descrito, ha tenido a lo largo de la historia diferentes interpretaciones. Algunos, como Engelmann, creen que el mismo expresa el su- puesto poder del demonio sobre el pecador, por la culpa precedente, principio del que partía el estrecho y riguroso juez canónico.

Klee considera que el hecho de que el derecho canónico partiera del versari, no significa que este derecho haya retrocedido a una pura responsabilidad por el resul- tado, sino que esa circunstancia más bien implicó un refinamiento del principio de culpabilidad por medio de un análisis objetivo de la voluntad delictuosa. Löffler ha llamado al versari “baldón ignominioso de nuestra época y retroceso brutal y repen- tino” (Castillo, 1999, p. 26).

DELITOS CUALIFICADOS POR EL RESULTADO Y DELITOS PRETERINTENCIONALES

Es importante tener en cuenta que, al igual que el Derecho Romano y el Derecho Canónico, los criminalistas italianos aportaron importantes conocimientos al concepto de dolo. Los glosadores y posglosadores partieron del concepto de “dolo” entendido como intención, que era propia del Derecho Penal Romano. En especial, entre los posglosadores tuvo importancia Bartolus, quien, en sus comentarios a la Lex Cornelia de sicariis, distingue los casos en que un hecho punible produzca otro hecho punible. Cuando el agente comete un delito principal del cual se sigue un delito previsto por él, responde del resultado. Por ejemplo, quien causa el incendio de una casa, responde por el incendio de las casas vecinas. Pero si la acción inicial no tendía a ese delito, el agente no responde del nuevo delito no previsto que pudiera producirse.

La “doctrina Bartoli” llegó a ser *communis opinio*. Baldus (citado por Castillo, 1999) se basa en ella para construir el elemento subjetivo del delito. Este último, parte del principio de que quien utiliza un arma para herir, que en concreto pueda causar la muerte, conocía la posibilidad de que el resultado muerte se produjera. Para Baldus (Castillo, 1999), es esencial el deber conocer, proveniente de la experiencia huma-

na. Por ello, no es excusa admisible la de quien dijera no conocer que su acción peligrosa podía producir el resultado si, conforme a la experiencia humana, todo hombre debe saber que el resultado se podía producir.

Es importante puntualizar, a nivel histórico, que: “en el siglo XVI, Diego de Covarrubias fue quien propuso considerar queridos -aunque indirectamente- todos aquellos resultados que, sin constituir el fin del autor, se derivaban normalmente de su acción” (Copello, 1999, p. 42).

Un siglo después, Benedikt Carpozov planteó que quien se inmiscuía en algo ilícito debía ser vinculado a todo aquello que se seguía de su intención y de su voluntad, cuando se tratara claramente de la causa habitual y tendiera a inmediatos delitos subsiguientes, de tal manera que el autor hubiera considerado probable o hubiera podido considerar o por lo menos debió de haber pensado en lo que sencillamente iba a suceder (Vallés, 1999, p. 132).

Devesa (1993) valora positivamente la doctrina del dolo indirecto y coinciden en señalar el efecto beneficioso del *dolus indirectus* como medio para limitar la primitiva versión puramente objetivista del *versari in re illicita*, cuando apuntan que: “La teoría del *dolus indirectus* constituyó un considerable progreso frente al *versari*, porque redujo la imputación a título de dolo a sólo aquellas consecuencias que se derivaban *per se et non per accidens* de la acción del sujeto” (Devesa, 1993, p. 37).

Roxin (1997) define a los delitos cualificados por el resultado como:

Aquellos delitos dolosos sometidos a un marco penal especial, y cuya comisión trae consigo un resultado ulterior más grave. Bajo esta denominación se propone incluir a todos aquellos tipos complejos que contemplen la punición de un delito base (sea doloso o imprudente) con una cualificación de la pena en caso de ocurrir una consecuencia más grave, en tanto ésta sea la realización del riesgo creado por la conducta conformadora del delito base. (p. 23).

En el caso de los delitos cualificados por el resultado se presenta una figura doble, formada en su primera parte por un delito básico, que puede ser doloso o culposo, y un resultado mayor, que excede la intención del perpetrador, que la ley le atribuye a éste sin analizar si hubo o no culpabilidad, bastando sólo la vinculación del nexo causal entre el acto realizado por el sujeto y el resultado producido. Esta hipótesis no puede ser confundida con la situación de preterintencionalidad, pues difieren en la subordinación de una –la preterintencionalidad– al principio de la culpabilidad y la vulneración de la otra –los delitos cualificados por el resultado– al referido principio. Así entendida esta figura; es decir, acentuado su carácter en el hecho de no exigirse culpabilidad respecto del resultado mayor, la violación al requisito básico del que se prescinde resulta evidente en los delitos cualificados por el resultado. (Roxin, 1997).

El concepto de delitos cualificados por el resultado fue elaborado por la dogmática tradicional, atendiendo a la concreta realidad positiva en que se hallaban descri- tos. Y es este, sin duda, el motivo de que fuesen entendidos inicialmente, tanto

en el derecho comparado como en el derecho español y costarricense, a modo de construcción típica en la que se aceptaba que el resultado más grave pudiera ser imputado a título fortuito.

Ello representaba una manifestación característica de la antigua responsabilidad objetiva, un reflejo del *versari in re illicita* en las partes especiales de los códigos pe- nales modernos, que infringía sin duda el principio de culpabilidad, y que dio lugar a la tendencia generalizada favorable a una reforma que recondujese y contrarrestase estos casos, así como cualquiera otra posible manifestación de responsabilidad ob- jetiva, en aras del respeto del principio de culpabilidad.

Cuando en 1953 se introduce en el Código Penal alemán el parágrafo 56 (actual § 18), la noción de delito cualificado por el resultado experimenta una paralela trans- formación, al determinarse ahora que la consecuencia especial que determina una pena más grave ha de ser imputable al autor o al partícipe al menos por culpa. Ello obligará a excluir del concepto de delito cualificado los supuestos en que el hecho resultaba solo imputable a título de caso fortuito.

En realidad, la exigencia de que el dolo del autor haya abarcado no solo el resultado de lesión del delito base, sino también el peligro de producción del resultado más grave, no supone necesariamente la exigencia de constatar imprudencia consciente en relación con la consecuencia ulterior. Ciertamente, el principio de culpabilidad requiere que el autor haya constatado la situación fáctica que constituye la situa- ción de riesgo, pero no es correcta la conclusión extraída de ahí, según la cual en la culpa inconsciente no se abarca tal situación de peligro. El autor que actúa con culpa inconsciente, también ha conocido la situación de peligro que constituye el he- cho desvalorado por el legislador, en tanto que representa un peligro intolerable de producción del ulterior resultado lesivo, si bien desconocía actualmente (de modo evitable) la antijuricidad de su conducta. (Contreras, 1990).

En los delitos cualificados por el resultado, además de nutrirse directamente del *versari*, siempre deben ser vistos con sospecha con relación a si producen o no un quebranto del principio de culpabilidad.

En cambio, la preterintención parece ser un tema más pacífico en cuanto al vínculo que sostiene con ese principio. Sin embargo, la historia de la preterintencionalidad es antigua; si partimos del *versari in re illicita*, ya en el siglo XVI comienza a espiritualizarse el texto en que se contiene, pero tal y como sostiene Jiménez de Asúa (1962), su historia es, “más jurídico-dogmática que legiferada. La verdadera historia legal de la preterintención es casi de nuestros días” (p. 35). El fundamento para la configuración de la preterintención, o sea, la culpa de naturaleza criminal que sustituía a la intención, se denominaba “culpa aquiliana”, para distinguirla de la “culpa contractual”. Por consiguiente, el Derecho Romano superó el principio de la ciega responsabilidad por el resultado hasta llegar a considerar el dolo; es decir, “la voluntad de ofender, intencionalmente, la ley moral y la ley del Estado”, como un elemento esencial de la infracción delictiva. En cambio, el objetivismo germánico hizo que su derecho permaneciera anclado en la responsabilidad por el caso fortui-

to. Al entrecruzarse ambas tendencias, se produjeron, figuras híbridas, algunas de las cuales permanecen más o menos larvadas, como son el *versari in re illicita* y el *dolus indirectus* del derecho común. (Jiménez de Asúa, 1962).

La preterintencionalidad integra, pues, un supuesto especial de desproporción entre el resultado producido en la realidad y el perseguido por el sujeto. La preterintencionalidad se da cuando, según Mir Puig, el autor “quiere realizar un hecho de distinta significación penal al que resulta” (Mir Puig, 1970, p. 39). Por consiguiente, el delito preterintencional regula aquellos casos en los que el sujeto se ha propuesto la comisión de una infracción penal, y el causar unas determinadas lesiones, y el resultado ha excedido, ampliamente, al que se proponía causar, por falta de pericia en la ejecución.

El legislador español ha procurado suprimir del Código Penal los supuestos de delitos cualificados por el resultado, por cuanto pueden verse como expresión de un criterio de responsabilidad objetiva (*versanti in re illicita imputantur omnia, qua sequuntur ex delicto*; o sencillamente *versari in re illicita*).

Dicho criterio, de origen medieval, se considera hoy desplazado por las exigencias del principio de culpabilidad. En efecto, de acuerdo con el mismo, la conducta será típica sólo si se puede imputar subjetivamente el ulterior resultado grave. Así, por ejemplo, las lesiones muy graves que causan una grave deformidad o marca indeleble (art. 149), sólo serían típicas en España si existe dolo respecto a dicho resultado.

Porque no sería correcto, puesto que no respetaría el principio de culpabilidad, hacer a alguien responsable por dicho resultado si no se obra con dolo. El tratamiento adecuado para los delitos que se agraven por la producción de un resultado será exigir dolo respecto a dicho resultado ulterior; en cambio, si respecto al resultado ulterior no concurre dolo, pero sí imprudencia, procedería recurrir a la solución del concurso (ideal o real, según los casos) entre el delito de base dolosa y el imprudente por el resultado ulterior. Esta es la solución que parece defendible también a la luz del principio de culpabilidad, que exige una imputación subjetiva de los elementos del tipo penal.

Esta es una breve presentación del *versari in re illicita*, el cual, dentro de un estudio dogmático integral puede relacionarse con todo el derecho penal si se le sigue el rastro, es cuestión de paciencia e investigación.

CONCLUSIONES

1. Si se observa con atención todo instituto de la dogmática penal, especialmente en el derecho penal general, se encuentran resabios de otros tiempos por la arqueología misma de su conformación.

2. Aunque en un derecho penal democrático y moderno, se da por sentado que la responsabilidad penal es personalísima. Ello no siempre fue así en la historia de la humanidad, que atravesó diferentes etapas de una responsabilidad objetiva extendida, luego singular y aún quedan resabios de la misma.

3. El *versari in re illicita* nace propiamente del derecho canónico, pero es una extensión del concepto de responsabilidad que se entremezcla con el dolo y la culpabilidad según la ubicación y evolución de esos elementos del tipo.

4. Aunque algunos países, en forma expresa, como España y Alemania, han intentado eliminar los problemas prácticos emanados de este instituto, en general en América Latina, seguimos luchando para solucionar la carga del *versari* en los delitos cualificados por el resultado, y en las figuras preterintencionales.

5. Para efectos prácticos, un fiscal experimentado puede sorprender a jueces novatos mediante formas concursales en una acusación excesiva, que probablemente, en caso de que una sentencia absolutoria sufra un revés en instancias superiores, pero ello implica un desgaste procesal y un enorme gasto de recursos humanos y financieros en la administración de justicia.

REFERENCIAS

- Bunster, M. (1958). *El versari in re illicita* (Memoria de Prueba). Santiago.
- Bustos Ramírez, J. y Hormazábal Malarée, H. (1997). *Lecciones de derecho penal 1*. Madrid: Trotta.
- Castillo, F. (1999). *El dolo: su estructura y sus manifestaciones*. San José, Costa Rica: Juricentro.
- Cicerón, M. T. (1992). *Las paradojas de los Estoicos*. México: UNAM.
- Contreras, J. C. (1990). *Culpabilidad e imprudencia. De la imprudencia como forma de culpabilidad a la imprudencia como tipo de delito*. Madrid: Centro de Publicaciones de la Secretaría Técnica del Ministerio de Justicia.
- Copello, L. (1999). *Dolo y conocimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Devesa, J. M. (1995). *Derecho penal español. Parte especial*. Madrid: Libros Dykinson S. L.
- Devesa, R. (1993). *Derecho penal español. Parte general*. Madrid: Alcaná Libros.
- Burotto, M. B. (1958). *El versari in re illicita*. Santiago: Editorial Universitaria.
- Echandía, A. R. (1982). *La culpabilidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Etcheberry, A. (1998). *Derecho penal. Parte general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Guier, J. E. (2017). *Historia del derecho*. San José: EUNED.
- Hirsch, H. J. (1999). *El principio de culpabilidad y su función en el derecho penal: t. 1. Obras completas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Jakobs, Günter. (1997). *Derecho penal. Parte general*. (2da. ed.). Joaquín Cuello Contreras y José Luis González de Murillo (trad.). Madrid: Marcial Pons.
- Jiménez de Asúa, L. J. (1962). *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada.
- Mir Puig, J. C. (1970). *Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del derecho*. Madrid: Pannedille.

- Politoff, et al., S. P. (2003). *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal, t. 1. Parte general*. Madrid: Editorial Civitas.
- Schunemann, B. (2006). *La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal preventivo*. Lima: Editorial IDEMSA.
- Vallés, R. I. (1999). *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch.
- Wegner, A. (1951). *Strafrecht, Allgemeiner, Teil*. Gottingen: Vandenhoeck & Ruprecht.
- Zaffaroni, E. (2007). *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar.