



Doi: <https://doi.org/10.17398/2340-4256.19.817>

**CONSTANTE RETORNO DEL OBJETIVISMO EN LA  
RESPONSABILIDAD. CRÍTICA DESDE APORTES DE MORALISTAS  
Y JURISTAS ESCOLÁSTICOS ANTE UNA CONCEPCIÓN ASUMIDA  
DE *VERSARI IN RE ILLICITA***

***CONSTANT RETURN OF OBJECTIVISM IN RESPONSIBILITY.  
CRITICISM FROM CONTRIBUTIONS OF SCHOLASTIC MORALISTS  
AND JURISTS TO AN ASSUMED CONCEPTION OF  
VERSARI IN RE ILLICITA***

TATIANA VARGAS PINTO\*

*Universidad de los Andes, Chile*

Recibido: 30-9-2022

Aceptado: 31-12-2022

RESUMEN

La fácil atribución de consecuencias a partir de una conducta ilícita se refleja bien en la comprensión objetiva usual de *versari in re illicita*. El estudio muestra cómo una serie de imprecisiones en tal comprensión lleva a mantener una imputación objetiva que afirma la responsabilidad por resultados. Si bien se hallan referencias canónicas objetivas, la asignación de lo fortuito no es realmente cierta en el uso escolástico. El contexto de desarrollo del *versari*, la confusión sobre la idea de *casus*, así como explicaciones desde fuentes tomistas, permiten contradecir la interpretación objetiva tradicional de la

\* El trabajo se realiza en el marco del proyecto de investigación Fondecyt N° 1181621.

máxima. En cambio, en la concepción escolástica tomista se advierte una necesaria relación entre aspectos objetivos y subjetivos desde el *versari* como regla de imputación.

*Palabras clave:* imputación, responsabilidad objetiva, *versari in re illicita*, *voluntas per accidens*, intención indirecta.

## ABSTRACT

The easy attribution of effects from illicit conduct is well reflected in the usual objective understanding of *versari in re illicita*. The study shows how a series of inaccuracies from that meaning leads to maintaining an objective imputation that affirms responsibility (and liability) for results. Although similar objective canonical references are found, the assignment of chance is not true in the scholastic use. The context of development of the *versari*, the confusion about the idea of *casus*, as well as explanations from Thomistic sources, make it possible to contradict the traditional objective interpretation of the maxim. Instead, in the Thomistic scholasticism there is a necessary relationship between objective and subjective aspects from the *versari* as an imputation rule.

*Keywords:* imputation, strict liability, *versari in re illicita*, *voluntas per accidens*, indirect intention.

## INTRODUCCIÓN

La existencia de un acto voluntario al asignar las consecuencias parece indispensable para exigir una respuesta a su autor si los efectos ofenden a otras personas. Esta necesidad subjetiva destaca con el rechazo del *versari in re illicita* como regla que supondría establecer responsabilidad solo por resultados, particularmente en caso de delitos<sup>1</sup>. Sin embargo, el alcance de lo voluntario es complejo. La crítica de los penalistas actuales hacia la máxima *versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*<sup>2</sup> se dirige a la concepción

1 En general, Alexander Löffler, *Die Schuldformen des Strafrechts in Vergleichend-Historischer Darstellung* (Leipzig, C.L.: Hirschfeld, 1895), 279. Edmund Mezger, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*. 3. Aufl. (Berlin, München: Duncker & Humblot, 1949), 247-250; Manuel Cobo, “‘Praeter intentionem’ y principio de culpabilidad”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 18 (1965): 87; Alfonso Cardenal, “Naturaleza y límite de los delitos cualificados por el resultado”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 42 (1989): 593; Manuel Cancio, *Estudios de Derecho penal* (Lima: Palestra, 2010, 157); Stephen P. Garvey, “Versari Crimes”, en *Arizona State Law Journal* 53 (2021): 480.

2 *Corpus Juris Canonici*, tit. cap. 7-10, 12, 13, 19, 23; Decretal. Gregor. IX. Lib. V, tit. XII, Cap. VIII-X; Sexti Decretal, Lib. V, Tit. IV.

objetiva generalizada, que supone asignar todas las consecuencias que se deriven de conductas ilícitas, aun cuando fueren imprevisibles o casuales<sup>3</sup>. El poner una causa ilícita sería lo único concluyente para imputar y exigir respuesta.

La contundente proscripción de la máxima enseña la importancia de la imputación subjetiva. La voluntariedad del acto es central. Sin embargo, la fuerza del rechazo del *versari* se debilita en la práctica<sup>4</sup>. La realización de un acto ilícito parece suficiente para asignar cualquier resultado, especialmente en los casos más graves, como delitos de lesiones que producen la muerte o comportamientos peligrosos prohibidos; por ejemplo, conducir vehículos a exceso de velocidad —sea o no delito<sup>5</sup>—, si causa lesiones o muertes. La admisión en concreto de cualquier efecto por una conducta ilícita diluye consideraciones subjetivas.

La causalidad entre acto y efecto es evidente. Sin embargo, es un piso mínimo<sup>6</sup>. Es una limitación solo material, pues no procede responder por un efecto sin un vínculo fáctico entre antecedente y consecuente<sup>7</sup>. El comportamiento ilícito supone la infracción de una norma, un riesgo prohibido, que reclama una relación (valorativa) con el resultado para cargarlo al sujeto que obró ilícitamente<sup>8</sup>. El problema es que en el *versari* la ilicitud parece bastar para atribuir todos los efectos producidos. Así puede ocurrir si un sujeto conduce un vehículo fuera de los límites de velocidad permitidos y da muerte a otra persona que, a

3 Específicamente como *versanti in re illicita etiam casus imputatur*. Se trata de una interpretación más bien literal, así, Gonzalo Rodríguez, “Hacia una nueva interpretación de la eximente de caso fortuito”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 2 (1963), t. XVI: 287 y 289.

4 Enseña ya el problema práctico Julián Pereda, *El “versari in re illicita” en la doctrina y en el Código Penal. Solución suareciana* (Madrid: Instituto Editorial Reus, 1948), 73.

5 En algunas legislaciones la conducción temeraria es delito, como la española (art. 380 CP). También contextos de riesgos ilícitos considerados como ocasiones para ciertos efectos, como muertes o lesiones en el robo, pueden llevar a imputaciones solo objetivas. Sobre exigencias legales, Stephen P. Garvey, “Versari Crimes”: 478 y 479.

6 Como contenido mínimo de la imputación, en general, ver Heiko Lesch, *El concepto de delito*, trad. por Juan Carlos Gemignani (Madrid: Barcelona, Buenos Aires y Sao Paulo: Marcial Pons, 2016), 16.

7 Aunque la causalidad suele negarse en las omisiones, donde prima una imputación normativa por infracción de un mandato, también se evidencia un antecedente en dejar que las cosas pasen. Honig, aun al rescatar modernamente la imputación normativa, advierte que la causalidad es una relación lógico-noseológica entre dos datos, que solo declara que el resultado es debido a algo, pero no “qué es o cómo está constituido este algo subyacente”. Richard Honig, “Causalidad e imputación objetiva”, trad. por M. Sancinetti, en *Causalidad, riesgo e imputación*, comp. Por Marcelo Sancinetti (Buenos Aires: Hammurabi, 2009), 122-123.

8 El mérito del desarrollo de la imputación objetiva en el ámbito jurídico penal, con Roxin y desde Honig, fue reconocer los necesarios filtros normativos contra la responsabilidad penal por causalidad física. Sin embargo, veremos que mantiene juicios separados que merman la unidad de la conducta como objeto de juicio.

su vez, incumple normas al cruzar por una vía no habilitada o con luz roja. En la aplicación práctica es sencillo afirmar que la infracción de la norma sobre límites de velocidad cubre la muerte, aunque la víctima también haya violado una norma.

Resurge la pregunta sobre la imputación de las consecuencias de un acto ilícito. La infracción normativa es necesaria, pero luego su relación con el resultado no es efectiva si el incumplimiento de la norma abarca automáticamente todo efecto<sup>9</sup>. La voluntad se pierde cuando una dirección consciente inicial del acto ilícito cubre cualquier resultado y el fin de la prohibición no sirve de filtro integral, material y subjetivo<sup>10</sup>. La imputación se torna realmente objetiva cuando la ilicitud original alcanza todo resultado sobre la base de una relación de riesgo prohibida con una conducta que se asume peligrosa<sup>11</sup>, aun sin advertir los límites de la peligrosidad y su relevancia respecto de la conducción consciente del agente. No hay mayor reflexión en investigaciones jurídicas actuales respecto de la tendencia de la conducta hacia los resultados producidos, aunque no fueren los inicialmente buscados. Falta atender al nexo entre aspectos objetivos y aspectos subjetivos, que influyen en los juicios de imputación. En este trabajo se mostrará que una de las razones por las que prima una concepción objetiva del *versari* es la inexistencia de una conducta peligrosa real. Otro de los motivos por los que se sigue tal comprensión proviene de un examen descontextualizado de la regla, con una indeterminación histórica del *casus* vinculado con el obrar ilícito, que comprendería todo lo que excede de la intención<sup>12</sup>, el caso fortuito y también la culpa. Se suma la falta de cuestionamientos sobre la asunción de la noción objetiva para una máxima que sería de imputación, sobre todo si tiene origen canónico<sup>13</sup>.

9 Esta teoría no responde realmente a la pregunta por la relación que ha de existir entre el comportamiento que crea el riesgo prohibido y el resultado normativo. Ingeborg Puppe, “El sistema de imputación objetiva”, trad. por Marta Pantaleón, *InDret* 1 (2021): 592-593.

10 Ellas sí están en el origen del desarrollo actual de tal imputación en 1930, con Honig, “Causalidad e imputación objetiva”, 115-120.

11 El retorno a consideraciones solo objetivas se advierte frente a peligros de excesos subjetivos desde mediados del siglo XX. Así, Mezger, *Strafrecht*, §14, 105 y 106. Más recientemente, el riesgo se evidencia en la normativización de elementos subjetivos, primero con la culpa y luego con el dolo. Cancio, *Estudios de Derecho Penal*, 158-163. El proceso se engarza dentro de un juicio de responsabilidad normativo, con una culpabilidad abstracta respecto de un sujeto como persona; Lesch, *El concepto de delito*, 22, 26-30.

12 El sentido amplio de *casus* se evidencia en el Derecho romano, Contardo Ferrini, *Diritto penale romano, Teorie generali* (Milán: Ulrico Hoepli, 1899), 103 y ss. También se concibió así en el Derecho canónico, Pereda, *El “versari in re illicita”*, 32-34; Juan Antonio Martos Núñez, “La preterintencionalidad”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3 (1993): 555 y 556.

13 La máxima normalmente se remite a la *Summa Decretalium* de Papiense (*Titulus X*), s. XII. Stephan Kuttner, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX, Systematisch auf*

El rechazo generalizado del *versari in re illicita* se dirige hacia la imputación de efectos fortuitos. Igualmente es criticable la atribución de resultados culposos si se hace a título de dolo, con una respuesta mayor. Dentro del *versari* se integran diversos supuestos, sin mayor distinción. También versan en cosa ilícita consecuencias buscadas, dolosas, como supuesto más claro de imputación al agente. El problema central es determinar si hay un acto voluntario respecto de efectos no intentados que se siguen de un obrar ilícito y, si lo hay, qué clase de voluntad sería.

En el contexto de un acto ilícito con efectos distintos de los buscados incide de la doctrina tomista de lo voluntario indirecto (específicamente desde *Summa Theologiae*, II-II, q. 64. a. 7 y a. 8). Si bien la voluntariedad indirecta o *per accidens* no es del todo precisa en cuanto al alcance subjetivo del acto ilícito inicial sobre todos los efectos conectados materialmente con él, veremos que quienes se ocupan por analizar los aportes tomistas no contemplan realmente atribuciones objetivas. La imputación de efectos fortuitos, en sentido propio, no se condice tampoco con la doctrina de Tomás de Aquino. Evidenciaremos la relevancia de una conducta ilícita peligrosa respecto de todos los resultados producidos, que suponga al menos un deber de previsión a la hora de atribuirlos al agente como propios. Con ello se redescubre una noción integral de *versari in re illicita*, como máxima de imputación real, que excluye imputaciones casuales.

## I. EL PROBLEMA DE EXCESOS Y LA COMPRENSIÓN USUAL DE *VERSARI*

La pregunta que guía el examen es si procede responder por todas las consecuencias de un acto ilícito, aunque ellas fueren imprevisibles o fortuitas. Existe cierto consenso en aceptar responsabilidad solo si se trata de consecuencias imprevistas pero previsibles<sup>14</sup>. La previsibilidad sería la exigencia subjetiva mínima. El problema es que la sola posibilidad de ver antes los resultados es insuficiente para cargarlos al agente. La delimitación del alcance subjetivo tiene especial interés en casos de homicidio casual, como el supuesto de la pócima

*Grund der Quellen handschriftlichen dargestellt*, Città del Vaticano, Biblioteca Apostólica Vaticana, 1935, 185; Löffler, *Die Schuldformen*, o. c., 139. Hay evidencias previas, como el caso de la tala ilegal de un árbol que mata a una persona en dos concilios del s. IX, de Worms y de Tribur. Se establece la irresponsabilidad de quien tala un árbol y provoca la muerte de otro sin voluntad ni culpa cuando la tala era “necesaria”. Serían casos lícitos. La ilicitud del trabajo permite creer que se imputa la muerte en ese supuesto sin culpa.

<sup>14</sup> Incluso se ha exigido desde el desarrollo moderno de la imputación objetiva con Karl Larenz, *Hegels, Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung Dr. (Leipzig: Werner Scholl, 1927), 68 y ss.

amatoria (*poculum amatorium*) de las Sentencias de Paulo (D. 48, 19, 38, 5)<sup>15</sup>. Destaca la consideración de Gómez<sup>16</sup>, por su influencia en la tesis de dolo indirecto en derecho penal con Carpzov<sup>17</sup> en el siglo XVII, para semejantes supuestos de exceso objetivo. Aun sin referencias tomistas sobre voluntariedad indirecta, afirma que en ese caso “interviene un dolo al menos implícito (*dolus saltem implicitus*) por parte de quien hace una cosa ilícita dando el *poculum amatorium*, de lo cual es verosímil que pueda seguirse la muerte”.

Tal dolo se distingue del dolo presunto desarrollado por los prácticos, sobre la base de indicios, sin mayores pruebas<sup>18</sup>. El dolo implícito descrito, en cambio, toma una conducta ilícita que tiende al efecto mortal, un comportamiento del que plausiblemente se sigue la muerte. Igualmente, Gómez refiere este “dolo” a una voluntad que va más allá de la intención (*ultra intentionem*)<sup>19</sup>. No se identifica con dolo en términos de intención, pero es compatible con una idea de voluntariedad indirecta que deja fuera el acaso. Una comprensión de voluntariedad indirecta para efectos que sobrepasan la intención del agente puede explicar el nexo que algunos hacen con la creación del dolo indirecto y con la preterintencionalidad<sup>20</sup>. Sin embargo, las definiciones y conexiones son distintas en las referencias de juristas al dolo indirecto y a lo preterintencional. La voluntariedad indirecta atendería un problema de resultados mayores a los buscados con cierta relación subjetiva, que puede comprenderse en sentido general o más particular.

15 *Qui abortionis aut amatorium poculum dant, etsi dolo non faciant, tamen quia mali exempli res test, humiliores in metallum, honestiores in insulam amissa parte bonorum relegantur, quos si eo mulier out homo periit summo supplicio adficiuntur.*

16 Antonio Gómez, *Commentariorum variarumque resolutionum iuris civilis, communis et regii, Venetiis, Salamandrae Infigne*, 1572, tomos 3, cap. 3, num. 33, 364. El problema es que mantiene la pena ordinaria del homicidio doloso. La dureza de la respuesta puede explicarse por su desconexión de textos tomistas, como advierte Alejandro Miranda, “*Versari in re illicita* y voluntario indirecto en la escolástica tomista y su primera influencia en los juristas”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* XLIV (2022): 699, 702. Ya desde aportes tomistas, considera el caso de la pócima frente al peligro de muerte, Diego de Covarrubias, *Omnium Operum*. In *Clementinae, Si furiosus, De homicidio, Relectio*, Lugdun [s.n], 1584, Secunda Partis. Relect, Initium, n.ºs 2, 10, 11, § Quartus N.º 10, 460, 461, 465 y 481 (*aut voluntate comprehensius magis tendat ad ipsius homicidii periculum*).

17 Benedict Carpzov, *Practica Nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalium* (Wittebergae: Tobiae Mevii, 1646), Pars Prima, quaestio I, Observatio I, num. 15 y 16, 3; num. 29-36, 5, quaestio III, num. 21, 17 y 18. A pesar de seguir a Gómez con la pena ordinaria, toma a Covarrubias para la noción de dolo indirecto, con referencias a la voluntad indirecta.

18 En todo caso, se imponía una pena extraordinaria. La ordinaria solo procedía respecto del dolo probado. Ver Woldemar Engelmann, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung* (Leipzig: Duncker & Humblot, 1895), 49-51, 135 y ss.

19 Gómez, *Commentariorum variarumque resolutionum iuris civilis*, tomos 3, cap. 3, num. 17, 358v.

20 Anselm von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* (Giessen: Verlag von Georg Friedrich Heyer, 1826), § 60, 58, nota 2.

De modo amplio, Carrara<sup>21</sup> ya en el siglo XIX entiende que esta voluntariedad, aunque como intención, alcanzaría el dolo indirecto y la preterintencionalidad. Distingue una intención indirecta positiva (*intenzione indiretta positiva*), para el dolo indeterminado, de otra negativa (*intenzione indiretta negativa*), para la preterintencionalidad, según si los efectos mayores son previstos como posibles o si son solo previsibles. Así, el dolo indeterminado supone que el agente se representa el resultado como posible, como quien conduce un vehículo fuera de los límites permitidos en una zona concurrida, precisamente cuando hay niños corriendo. La representación de la eventual muerte de uno de ellos sería un elemento positivo, que se ha de probar y que asimila este dolo a la usual concepción vigente del llamado dolo eventual<sup>22</sup>. En la preterintencionalidad, el agente realiza una conducta peligrosa sin advertir la posibilidad de lesiones concretas, como conducir un vehículo a exceso de velocidad por una zona no muy transitada, sin la concurrencia actual de peatones o de otros vehículos. En estos casos el conductor puede no prever muertes o lesiones producidas. La falta de previsión del efecto sería el elemento negativo, pero el resultado era al menos previsible. Ambas comprensiones de dolo indeterminado y de preterintención son compatibles con una voluntariedad indirecta.

La distinción del jurista italiano influyó en la concepción jurídica vigente en general de preterintencionalidad en el sistema continental, que limita los efectos no buscados a los culposos<sup>23</sup>. Asimismo, se ha extendido la exigencia de previsión de un efecto posible para una forma de dolo no directa, que coincide con el citado dolo eventual. En términos simples, la preterintencionalidad se asocia a efectos culposos, que son solo previsibles o previstos de modo general; mientras que la previsión de efectos más concreta se considera una forma de dolo (eventual), con una exigencia general de voluntad en términos de conformidad con el resultado<sup>24</sup>. Sin embargo, la comprensión clásica de *praeter intentionem*<sup>25</sup> es amplia, para todo aquello que no se quiere como fin ni como medio.

21 Francesco Carrara, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*. 3ª ed. (Lucca: Tipografia Giusti, 1867), Vol. I, §§ 66, 70, 271.

22 La mención del dolo eventual en casos complejos se hace precisamente por su construcción subjetiva, por la previsión del resultado que excluiría la determinación objetiva de *versari*. Stefano Canestrari, “La estructura del dolo eventual y las nuevas fenomenologías de riesgo”, *Revista Ius et Praxis* 10, no. 2 (2004): 65-66.

23 Juan de Udaondo, “La preterintencionalidad y el Codex Iuris Canonici”, *Revista Española de Derecho Canónico*, vol. 7, 19 (1952), 61.

24 Además de la difícil separación de este dolo con una culpa consciente, por la previsión común, se discute la relación entre el saber y el querer. Más C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band 1 (München: C.H. Beck, 2006), § 12, 436, 437, 445-467.

25 Desde santo Tomás, *Summa Theologiae*. II-II, q. 64, a. 8.

Puede integrar efectos previsibles y previstos como posibles, aunque no intentados; al igual que consecuencias involuntarias, producidas *per accidens*<sup>26</sup>. Ahora la preterintencionalidad podría abarcar una idea de dolo indirecto definido por la previsión de posibles efectos, pero también incluye efectos casuales que no se condicen con voluntad alguna. En cambio, la doctrina clásica de la voluntariedad indirecta o *per accidens* remite a un efecto que se sigue *per se*, inmediatamente, de la conducta<sup>27</sup>. Esta voluntad refiere a efectos previsibles y previstos como posibles, mas no a los fortuitos. Su eventual relación con el dolo indirecto excluye efectos fortuitos.

Antes de seguir con las posibles relaciones subjetivas frente a problemas de excesos objetivos, es importante delimitar los supuestos de *versari in re illicita* asociados a esos excesos e indagar en los antecedentes de su concepción objetiva extendida.

## 1. MANIFESTACIONES DE *VERSARI*

En términos generales, la máxima del *versari* supone imputar toda consecuencia de un acto ilícito. Pereda<sup>28</sup> advierte dos corrientes. Una referida a concausas, que considera la más típica modalidad, ya que el mayor daño no se imputa de suyo sino como un “principio implícito” por haber obrado mal, pues no hubiere ocurrido la desgracia. La otra manifestación refiere a una relación causal que coincide con la noción vigente más compartida de los delitos preterintencionales<sup>29</sup>, por la realización de una conducta ilícita de la que se sigue un resultado más grave no buscado pero que es de la misma naturaleza o está en la misma línea del efecto intentado, asociada a efectos culposos. No supone una mera cuestión de gravedad respecto de la afectación de un mismo bien<sup>30</sup>. Pueden

26 En general, referido a lo casual, Tomás de Vío (cardenal Cayetano), *Summa Theologica cum Commentariis. Secunda Secundae Partis*, Patavii, Ex Typographia Seminarii, 1698, q. 64, a. 8, n. 60, 380. Así también en textos de Tomás de Aquino, como el caso del ebrio, *Summa Theologiae*. I-II, q. 73 a. 8 co; I-II q. 76 a. 4 co.; II-II. q. 150 a. 4 co.

27 Diego de Covarrubias, *Omnium Operum*, Secunda partis, Initium, n. 1, 2, t. II, 460. Además, las referencias *per se* y *per accidens* son imprecisas, no solo porque pueden referirse a objetos distintos. Respecto de los efectos, que explicaría la voluntad indirecta según Covarrubias, Julián Pereda, “Covarrubias penalista”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 3 (1957), t. X: 487, afirma que se debió precisar qué supone el que el efecto se siga *per se* y no *per accidens*.

28 Pereda, *El “versari in re illicita”*, 63.

29 En general, Cobo, ““Praeter intentionem””, 86, 87; Martos Núñez, “La preterintencionalidad”, 557 y ss.

30 Es interesante la consideración de afectaciones de distinta naturaleza ante la legislación italiana que refería la preterintencionalidad a un resultado más grave (art. 43 CP), sin que suponga excluir la perturbación de bienes diferentes, de Udaondo, “La preterintencionalidad y el Codex Iuris Canonici”, 54.



afectarse bienes distintos, como se desprende del ejemplo de mandar a azotar a un sujeto que fallece (salud y vida), que el mismo Pereda toma.

Reservar la comprensión típica de *versari* a situaciones de concausas puede explicar el rechazo de la máxima por la mayor separación entre conducta y efecto, como quien dispara contra otro que fallece producto del choque de la ambulancia que lo traslada al hospital, con la posible admisión de imputaciones casuales. Sin embargo, es más sencillo excluir efectos fortuitos en estos supuestos cuando se recurre a una relación normativa entre la infracción y el efecto, que atiende a la clase de norma infringida<sup>31</sup>: si este el resultado producido es la realización de la conducta infractora del agente. En el caso citado, la muerte por el choque queda fuera de la infracción de quien dispara. La imputación de efectos cuando no hay concausas no parece problemática en principio, si se exige culpa respecto del efecto mayor, según la referencia usual de delito preterintencional. Recordemos que la idea clásica de *praeter intentionem*, en cambio, remite a concausas<sup>32</sup>, a efectos que no se buscan como fin ni como medio por la concurrencia de otra causa, los que suceden *per accidens*. En realidad, la existencia de una sola relación causal puede facilitar la suposición de la culpa respecto de efectos no intentados, como precisamente vemos en los casos de azotes que producen la muerte de otro, donde no siempre aparece la culpa, como cuando el mandante delimita el mandato y el ejecutor lo excede. Si el mandato es, en cambio, amplio y no se encarga a alguien diligente, la conducta de lesionar con azotes podría cubrir la muerte.

No hay razón para limitar el *versari* a alguna de esas alternativas, una causa o concausas, mientras el efecto no buscado surja de un obrar ilícito. La dificultad de atribución de consecuencias mayores a las intentadas se mantiene. Con este marco, examinaremos las contradicciones que enseña la concepción vigente más extendida de la máxima desde sus orígenes.

Igualmente, algunos refieren la preterintencionalidad a una cuestión de magnitud y dejan la afectación de bienes de distinta naturaleza a la cualificación por el resultado criticable, por admisión de responsabilidad objetiva. E. Bacigalupo, *Justicia penal y derechos fundamentales* (Madrid: Marcial Pons, 2002), 132; M. Sanz-Díez, *Dolo e imprudencia en el Código Penal español, Análisis legal y jurisprudencial* (Valencia: Tirant lo blanch, 2006), 111; D. M. Luzón, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, 2ª ed. (Valencia: Tirant lo blanch, 2012), 326.

31 Así se procede frente a criterios de imputación normativa desarrollados desde C. Roxin, por ejemplo, en *Strafrecht*, o. c., Rn. 44, 371 y ss.

32 Igual lo advierte Pereda, *El "versari in re illicita"*, 133.

## 2. ANTECEDENTES OBJETIVOS DEL *VERSARI*

Hay referencias canónicas en las que se sigue la imputación de muertes casuales de una obra ilícita. Los casos más graves se hallan en los libros penitenciales, aunque sin alcance general<sup>33</sup>. Destaca el primer ejemplo que aparece en el cuerpo de las Decretales de Gregorio IX<sup>34</sup>: el sacerdote que monta a caballo y atropella a una mujer que lleva un niño. No responde por la muerte del niño al montar lícitamente. Entonces, parece que la muerte se imputaría al sacerdote que hubiera conducido de forma ilícita. La interpretación objetiva se fomenta al hablar de imputación de homicidio casual, aunque se agreguen elementos de restricción subjetiva, como aparece en las mismas Decretales: “Homicidium casuale imputatur ei, qui dabat operam rei licita, si non adhibuit diligentiam, quam debuit”.

La comprensión objetiva a partir de estas referencias explica la preocupación de Pereda por investigar el sentido del *versari*, que no calza con consideraciones canónicas morales ni jurídicas, por el énfasis canónico en la necesidad de un comportamiento voluntario, que exige imputación a dolo o culpa para sancionar<sup>35</sup>. Así se aprecia desde un examen contextualizado de respuestas canónicas, además de su tradición humanitaria<sup>36</sup>. Junto con advertir sobre análisis descontextualizados, recuerda que la relevancia de aspectos subjetivos, espirituales, exigió mayor desarrollo los estudios más primitivos miran hacia afuera, lo externo<sup>37</sup>. Respecto del contexto de apreciaciones del *versari*, veremos que la dureza germánica de la época en la que se insertan las consideraciones canónicas evidencia, en realidad, un avance al resolver casos<sup>38</sup>. Igualmente, los escritos de algunos canonistas no son del todo claros, principalmente al conservar

33 Su procedencia frente a irregularidades permite advertir que la concepción objetiva no procedió como máxima general de imputación. Horst Kollmann, “Die Lehre vom versari in re illicita im Rahmen des Corpus juris canonici”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 35 (1914,) 46 y ss. Incluso quienes hablan de una teoría general de atribución admiten un tratamiento más estricto de los homicidios casuales, restringidos a irregularidades. Ver, con reconocimiento de los límites desde Löffler, aunque tiene antecedentes canónicos, H. Schmitz, *Versari in re illicita* (Münster: WWU, 2019), 16.

34 Decretales de Gregorio IX de 1234, Lib. V, Título XII, Cap. XIII, 1706.

35 La restricción se registra expresamente en el canon 2.199 Código de Derecho Canónico de 1917: “Imputabilitas delicti pendet ex dolo delinquentis vel ex eiusdem culpa in ignorantia legis violatae aut in omissione debita diligentiae; quare omnes causae quae augent, minuunt, tollunt dolum aut culpam, eo ipso augent, minuunt, tollunt delicti imputabilitatem.”

36 Así se refleja con un particular fin del castigo en los supuestos más graves, los penales, con la resocialización del delincuente Antonio Huerta, *La relación de causalidad en la teoría del delito* (Madrid: Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1948), 241-243.

37 Julián Pereda, “Vestigios actuales de la responsabilidad objetiva”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. t. IX, Fasc/Mes 2 (1956): 213-216; el mismo, *El “versari in re illicita”*, 14 y 15.

38 Pereda, *El “versari in re illicita”*, 67 y 68.

la atribución de semejantes resultados a conductas ilícitas<sup>39</sup>. Ante la imputación de efectos casuales desde un obrar ilícito, se ha de tener presente igualmente la imprecisión del *casus*<sup>40</sup>, como todo lo que no es dolo, que integraría la culpa y el caso fortuito.

Hay también juicios objetivos en el Derecho romano, a pesar de la relevancia de aspectos subjetivos. Lo interesante es que la asignación objetiva no aparece conectada con el *versari*<sup>41</sup>, que se distingue de la preterintencionalidad como dos posiciones en la evolución de la teoría de la imputación. La imputación objetiva se daría en casos complejos de *praeter intentionem*. Esta idea coincide con una visión más clásica de preterintencionalidad respecto de efectos que están fuera de la intención. El *versari*, en cambio, aparece como una respuesta para resolver los problemas siempre que se convierta en un principio general de imputación compatible con las exigencias subjetivas de aquel orden normativo. Dentro de esos requerimientos surgen alusiones a otras formas de dolo, un dolo general, indirecto o indeterminado<sup>42</sup>.

El problema es que parecen asimilarse todos los casos de efectos no intencionalados, los previstos, los previsibles y los causales. Así se evidencia desde una comprensión inexacta del dolo indirecto de Carpzov<sup>43</sup>, por la remisión de *dolo in genere* a casos en los que se imputa la muerte por una conducta dirigida a lesionar y sin voluntad homicida. Sin embargo, la expresión *dolus generalis* se desarrolla después del dolo indirecto para resolver una dificultad particular

39 Así se comprende la determinación objetiva desde Peñafort que hace Garvey, “Versari Crimes”, 480 y 481. Aunque el *versari* tiene referencias previas al trabajo de aquel canonista, semejante proceder se asigna a estudiosos del derecho canónico. En este sentido la crítica de Domingo de Soto, *De iustitia et iure*, ed. bilingüe (Madrid: Instituto Estudios Políticos, 1968), L. 5, q. 1, a. 9, 408. En contra, Martín de Azpilcueta, *Manual de confesores y penitentes* (Salamanca: Casa de Andrea de Portonariis, 1556), Cap. 27, n° 231-240, 765-770.

40 En principio, Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*. § 270, advierte que el caso fortuito puede imputarse por culpa cuando el agente obra ilícitamente, pero precisa que procede imputar en ciertas circunstancias. Luego aclara que el problema está en las imprecisiones del caso fortuito. Advierte que se tomó en sentido impropio, suponiendo que el agente podía prever y prevenir el efecto, el único que sería imputable Francesco Carrara, “Sul caso fortuito”, en *Opuscoli di Diritti Criminale*, 2ª ed. 7-32, Lucca, Tipográfica Giusti. Vol. III, 31 (1870), 19 y ss.

41 Huerta, *La relación de causalidad*, 252 y 253.

42 Se habla de dolo indeterminado a modo de dolo indirecto, por ejemplo, Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*. §70.

43 Por ejemplo, Carpzov, *Practica Nova Imperialis Pars Prima*, Quaestio I, num. 30. Sus aportes también se encasillaron dentro de manifestaciones bárbaras, como en la reacción de Cesare Bonesana (Marqués de Beccaria), *Tratado de los delitos y penas*, 2ª ed. (Paris: Casa de Rosa Librero, 1828), Prólogo, XIX, que alude a “heces de los siglos más bárbaros”. En este sentido, el *dolus generalis* y el *dolus indirectus* se asocian con el *versari* a modo de responsabilidad por resultados, así H. Lesch, *El concepto*, o. c., 167.

cuando un sujeto obra ilícitamente con intención directa (dolo directo) de producir el resultado, pero yerra sin advertirlo<sup>44</sup>. Luego, realiza otro comportamiento que produce el efecto buscado originalmente. El supuesto no coincide con hipótesis de *versari*, que obedecen a una sola conducta. En cambio, el dolo indirecto se mantiene para el problema de excesos, como nexo subjetivo de una conducta con efectos no intentados<sup>45</sup>. Aquí se evidencia una importante influencia de la doctrina tomista de la voluntariedad indirecta, por las referencias que hace Carpzov<sup>46</sup> de Covarrubias y las remisiones a los textos de Tomás de Aquino, de los que proviene la voluntariedad indirecta (*Summa Theologiae*, I-II, q. 20, a. 5; I-II, q. 64, a. 8; I-II, q. 76, a. 4).

Observamos que las anotaciones subjetivas son imprecisas y requieren una revisión en su contexto, con varias distinciones. Junto con el examen histórico, procede revisar indeterminaciones que pueden motivar la usual concepción objetiva del *versari*. En este estudio se ha de separar el rechazo de tal comprensión, que lleva a una responsabilidad por resultados, del redescubrimiento de una noción de *versari* compatible con juicios de imputación que rescatan aspectos subjetivos de la conducta como base de responsabilidad.

## II. AMBIGÜIDADES SUBJETIVAS

La interpretación objetiva vigente del *versari* se sostiene aun desde textos tomistas. La relación se da con varios supuestos asociados con la máxima y con una determinada idea de voluntad indirecta, que lleva a imputar efectos casuales

44 Hellmuth Weber von, “Über die verschiedenen Arten des dolus”, en *Neues Archiv des Criminalrechts*, 7 (1825), 549 y ss. De hecho, se advierte que no se trata de un dolo general, sino de una valoración general del caso, que se concibe como dolo alternativo, Ángel Sanz, “Aproximación al problema del denominado ‘dolus generalis’”, *InDret* 3 (2016): 2, 4-5.

45 Igualmente, se ha extendido una noción objetiva de dolo indirecto de Carpzov, respecto de consecuencias no previstas, que normativiza la voluntad para facilitar problemas probatorios. Ver Lesch, *El concepto de delito*, 77 y 78. Extraña la sentencia cuando Lesch toma la cita de Carpzov de efectos que suelen acontecer, a los que tiende la conducta, y que el agente posiblemente los previó, pudo preverlos o al menos debió tenerlos presente. Incluso recoge la referencia se Tomás de Aquino respecto de efectos que se siguen *per se* y que se suman a la maldad o malicia del acto (Lesch, *El concepto de delito*, 160 y 161). La determinación objetiva puede explicarse en el examen de la tesis de Hegel, que muestra cómo la tendencia general llega a lo universal de la acción con relación a expectativas normativas, al esperar que el agente conozca la generalidad de las circunstancias, que lleva a imputar consecuencias imprevistas en cuanto sean necesarias solo externamente (Lesch, *El concepto de delito*, 161-167).

46 Carpzov, *Practica Nova Imperialis*., Pars Prima, Quaestio I, Observatio I, num. 13-18, 28-35.

o a atribuir consecuencias culposas como dolosas. Así, se advierten manifestaciones de extensión de la culpa precedente, básicamente con ciertas ideas de preterintencionalidad y de dolo indirecto.

## 1. IMPRECISIONES SOBRE *VERSARI IN RE ILLICITA*

Hay varias referencias tomistas sobre imputación de homicidios casuales por un obrar ilícito, cuya consideración aislada puede llevar a interpretaciones extensivas. En este sentido, interesa la alusión de quien por ignorancia mata a un hombre por homicidio casual. No es homicidio ni incurre en irregularidad, a menos que se haya ocupado de cosa ilícita o haya omitido la debida diligencia, porque de alguna manera es voluntario (*nisi dederit operam rei illicitae, vel nisi omiserit debitam diligentiam, quia jam quodammodo efficitur voluntarium*. Super Sent., lib. 4 d. 25 q. 2 a. 2 qc. 2 ad 3.). El obrar ilícito parece suficiente para cometer homicidio e incurrir en irregularidad, como otra hipótesis distinta de la falta de cuidado debido. La imputación de efectos casuales por un obrar ilícito se refuerza al contemplar luego la irregularidad sin culpa<sup>47</sup>. En este último punto se cita de ejemplo a quien en defensa propia mata, el agente no peca al cometer homicidio, pero es irregular. Aquí la respuesta se restringe a una irregularidad<sup>48</sup>, sin admitir otra responsabilidad en un supuesto lícito.

La dificultad está en el obrar ilícito si se mantienen consideraciones de homicidio casual<sup>49</sup>, con independencia de las precisiones posteriores sobre *casus*. En los textos de Tomás de Aquino se reconoce cierta voluntad, que se aprecia más fácilmente en la falta de diligencia debida. Una anotación similar a la de matar por ignorancia, sobre la conducta ilícita o la falta de cuidado, se halla para imponer penas a quienes matan de manera casual (*Summa Theologiae*. II-II, q. 64 a. 8 ad 3)<sup>50</sup>. En esa misma cuestión hay más consideraciones que completan el caso. Antes separa el acto ilícito de la falta de cuidado y precisa el primero. Se trata de aquellas conductas que, al obrar cosas ilícitas, debía haber evitado

47 En varios supuestos se recurre a la causa, si no hay culpa, para imponer irregularidades. Así ver Alfonso de Castro, *La fuerza de la Ley Penal*, trad. por Laureano Sánchez (Murcia: Sucesores de Nogués, 1931), Libro I, 316, 339 y 340.

48 Las irregularidades impiden el ejercicio de las órdenes a los sacerdotes. Así Pedro Benito Golmayo, *Instituciones de Derecho canónico*, Madrid, Librería Gabriel Sánchez, 1999, Capítulo XXX.

49 Más allá de la imprecisión del *casus*, las referencias tomistas a homicidios casuales restringen lo casual a ciertos aspectos precisamente al conectarlo con la voluntad indirecta. Así, Azpilcueta, *Manual de confesores*, Cap. 27, n° 220 y 221, 759, habla de deformación mixta o simple casual, en parte voluntaria y en parte no. Antes, de Soto, *De iustitia et iure*., L 5, q 1, a 9, 407, distingue lo casual no absoluto.

50 *Ad tertium dicendum secundum canones imponitur poena his qui casualiter occidunt dantes operam rei illicitae, vel non adhibentes diligentiam debitam*.

(*quando dans operam rebus illicitis, quas vitare debebat, Summa Theologiae. II-II, q. 64 a. 8 co*). En ese caso incurre en homicidio. Continúa tal imputación con el ejemplo de quien golpea a una mujer embarazada si ella o el niño muere (*Summa Theologiae. II-II, q. 64 a. 8 ad 2*). Incurre en crimen de homicidio, especialmente porque la muerte sigue a tal golpe (*non effugiet homicidii crimen, praecipue cum ex tali percussione in promptu sit quod mors sequatur*). Interesa la relación de la conducta ilícita con el resultado, la peligrosidad del comportamiento, que intérpretes de esos textos rescatan y que explica el deber de evitación que algunos demandan. En esa relación entre conducta y efecto aparecen nexos subjetivos, especialmente ante consideraciones sobre ignorancia. En principio, la intención no puede referirse a lo que se desconoce y el actuar en ignorancia es accidental (*Summa Theologiae. I-II q. 76 a. 3 arg. 2*).

La ignorancia se excusaría en cierto sentido, en la medida en que se provoca involuntariamente (*Super Sent., lib. 2 d. 22 q. 2 a. 2 co.*). No excusa si hay culpa, si conserva el carácter voluntario (*non autem excusat inquantum culpa est, quia sic rationem voluntarii retinet*). Añade que la ignorancia puede ser invencible en sí misma o en su causa, siempre que no obre cosa ilícita cuando incurre en ignorancia (*dum tamen rei illicitae operam non dedit quando ignorantiam incurrit*). Si la conducta es ilícita cuando incurre en ignorancia, ella no sería invencible. Son relevantes las distinciones sobre ignorancia voluntaria, directa o indirecta (*Summa Theologiae. I-II q. 76 a. 3 co*). Es voluntaria directa cuando se desea ignorar algunas cosas y lo es indirectamente cuando un hombre, por otras ocupaciones, descuida conocer lo que debía. Aparece un descuido específico, referido al conocimiento. Destaca una negligencia que hace que la ignorancia misma sea voluntaria y pecado, siempre que sea de aquellas cosas que uno puede y debe conocer (*Talis enim negligentia facit ignorantiam ipsam esse voluntariam et peccatum, dummodo sit eorum quae quis scire tenetur et potest*). Con ello no solo sería relevante la previsibilidad de los efectos, sino un deber de previsión.

Luego conecta esta ignorancia voluntaria indirecta con el caso del ebrio (*Summa Theologiae. I-II q. 76 a. 4 co.*)<sup>51</sup>. Es voluntaria indirecta o *per accidens* cuando uno desea beber vino de forma inmoderada, de lo que se sigue que está ebrio y carece de discreción. Tal ignorancia respecto de los efectos que se siguen disminuye la voluntad y en consecuencia el pecado; pues la voluntad no tiende

51 Este supuesto del ebrio fue objeto de preocupación desde consideraciones aristotélicas sobre si comete o no injusticia quien daña por ignorancia. Aristóteles, *Magna Moralia*, trad. por Teresa Martínez Manzano y Leonardo Rodríguez Duplá (Madrid: Gredos, 2011), 176. El ebrio sería responsable de su desconocimiento y, en tal sentido, comete injusticia.

a pecar directamente y por sí misma, sino sólo accidentalmente (*Cum enim aliquid non cognoscitur esse peccatum, non potest dici quod voluntas directe et per se feratur in peccatum, sed per accidens, unde est ibi minor contemptus, et per consequens minus peccatum*). Hay voluntad, solo que disminuida frente al efecto<sup>52</sup>. En el mismo supuesto del ebrio reitera esta idea respecto de una pena menor, luego de presentar el caso (*Summa Theologiae*. II-II. q. 150 a. 4 co.): no imputa el acto subsecuente de la embriaguez sin culpa, pero no exime el pecado subsiguiente del ebrio si se ocupa de cosa ilícita<sup>53</sup>. Añade que el pecado subsiguiente disminuye, al igual que disminuye la razón de voluntario (*Diminuitur tamen peccatum sequens, sicut et diminuitur ratio voluntarii*).

Un texto brinda luces sobre estos aspectos subjetivos en la relación del obrar ilícito como base de imputación: *Summa Theologiae* I-II, q. 73 a. 8 co, con la admisión de daños no previsibles ni intencionados a partir de un pecado. Si es accidental a un pecado no agrava el pecado directamente, sino que, por su negligencia al considerar los daños que pudieran obtener, se le imputan al hombre a pena los males que suceden fuera de su intención, si cometió un acto ilícito (*imputantur homini ad poenam mala quae eveniunt praeter eius intentionem, si dabat operam rei illicitae*). Los males fuera de su intención se conectan con un descuido diferente a la falta de cuidado externa, asociada con la conducción de la conducta; se trata de una culpa en la consideración de los daños posibles. Ella refiere, al menos, a la previsibilidad de los riesgos de una conducta peligrosa. El problema es que luego alude al daño que se sigue *per se* del pecado (*nocumentum per se sequatur ex actu peccati*), que agrava directamente el pecado, aunque no sea intencionado o previsible. La relación entre obra ilícita y efecto parece solo material, una peligrosidad objetiva. Sin embargo, explica la agravante, en cuanto todo lo que *per se* es consecuencia del pecado pertenece en cierto modo a la misma especie de pecado (*quia quaecumque per se consequuntur ad peccatum, pertinent quodammodo ad ipsam peccati speciem*). La pertenencia del efecto a la misma clase de conducta refleja una relación que, por ello, no puede dejar de ser objeto de la voluntad. En tal sentido es relevante el reconocimiento de una modalidad de voluntad distinta de la directa, aunque las referencias tomistas tampoco resultan determinantes.

52 Este examen se inserta en el problema de si dos pecados aumentan la falta y la advertencia de que el primer pecado puede disminuir el segundo, como sucede con el ebrio que daña, porque la embriaguez disminuye la naturaleza del pecado posterior (*Summa Theologiae*. I-IIae q. 76 a. 4 ad 2).

53 ... *quod scilicet redditur voluntarium ex voluntate praecedentis actus, inquantum scilicet aliquis, dans operam rei illicitae, incidit in sequens peccatum*.

## 2. INDETERMINACIÓN DE LO VOLUNTARIO INDIRECTO

En los textos de Tomás de Aquino se distingue una cosa voluntaria en sí misma o *secundum se*, cuando la voluntad va directamente a ella, de otra voluntaria *secundum suam causam*, si la voluntad se dirige a la causa y no al efecto, como el que se embriaga y se le imputa como voluntario lo que en la embriaguez ejecuta (*Summa Theologiae*. I-II, q. 77 a. 7). También en esos pasajes separa voluntario directo, para aquello a lo que la voluntad se dirige, de voluntario indirecto para “lo que puede impedir y no impide”.

Se diferencian dos ideas asociadas con una voluntad indirecta: la voluntad que se dirige a la causa y la remisión a omisiones, efectos que el agente puede impedir y no impide<sup>54</sup>. La primera manifestación se refiere al efecto, que no es objeto directo de la voluntad, y en tal sentido es relevante frente al *versari*. Igualmente, estas expresiones aparecen conectadas, cuando el santo doctor alude a lo que se quiere *per accidens* y no *per se*, en la medida en que se dice que una causa accidental elimina un obstáculo (*secundum quod causa per accidens dicitur removens prohibens*). Por tanto, el que no quita las cosas de las que se sigue el asesinato, si deben ser quitadas, será en cierto modo homicida voluntario (*Unde ille qui non removet ea ex quibus sequitur homicidium, si debeat remove, erit quodammodo homicidium voluntarium. Summa Theologiae*. II-II q. 64 a. 8 co.).

Sin perjuicio de que nos interese la relación de la voluntad con el efecto, la existencia de una obra ilícita complica su consideración. El problema es la evidencia de tal voluntad en comportamientos ilícitos, al asumirse de la sola causa ilícita. Las imprecisiones explican la relevancia de las interpretaciones de moralistas y juristas escolásticos. Justamente desde las reflexiones de Covarrubias sobre voluntad indirecta, que recoge Carpzov, se evidencia un nexo con el *dolus indirectus* para problemas de excesos a partir de un acto ilícito. El vínculo explica que la paternidad del dolo indirecto se asigne también a Covarrubias<sup>55</sup>;

54 En ocasiones exige que el sujeto pueda y deba obrar y en otras oportunidades solo alude al poder obrar. Más sobre estas distinciones, Miranda, “*Versari in re illicita*”, 692.

55 Huerta, *La relación de causalidad*, 254; Udaondo, “La preterintencionalidad y el Codex Iuris Canonici”, 48, 59; Lesch, *El concepto de delito*, 76-77.



quien no alude a este dolo, como sí lo hace Carpzov<sup>56</sup> y Glaentzer<sup>57</sup>. Las advertencias tomistas sobre voluntariedad indirecta inciden en esta clase de dolo específicamente a través de las consideraciones de Carpzov<sup>58</sup>. Se basa en Covarrubias para su comprensión de dolo indirecto, pero se separa de él en la respuesta, al no asumir la pena extraordinaria y extender la ordinaria del homicidio intencional<sup>59</sup>. Refiere el dolo indirecto a conductas ilícitas que necesaria o muy posiblemente debían producir el resultado muerte<sup>60</sup>. Expresa que quien se ocupa de una obra ilícita es responsable de cualquier consecuencia que resulte de la conducta que por su semejanza el autor previó, pudo haber previsto o al menos debió haber previsto (*ita quod delicti autor verosimilite aut cogitavit aut cogitare potuit aut saltem cogitavit debebat*), si sucediera fácilmente de tal conducta (*de eo quod inde facile successurum erat*)<sup>61</sup>. Remite a efectos que se siguen *per se*, no *per accidens*. Rescata la tendencia del ilícito hacia la producción del re-

56 Carpzov, *Practica Nova Imperialis*, Pars prima, quaestio I, III, IV, V, X, 25, 27 y 142. También se considera el primero en emplear esta denominación, Friedrich. Schaffstein, *La ciencia europea del Derecho penal en la época del humanismo*, trad. por José María Rodríguez (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1957), 174.

57 Christianus Glaentzer, *De homicidio ex intentione indirecta commissio*, Ioannis Hilligeri, Halae Magdeburgicae, 1756. Distingue la intención indirecta por el conocimiento de efectos que no se quieren *per se*, pero que pueden seguirse fácilmente de la acción. (*Directam dicunt, qua id intenditur propter quod agens agit, indirectam vero, qua agens quidem per se non vult, quod ex actione suasequitur, quod tamen perinde, ac id, quod per se vult, ex eadem sequi potest*. Ibíd., §IX, 8). El apoyo de Nettelblatt puede explicar que también a él se asigna del dolo indirecto (Feuerbach, *Lehrbuch*, o. c., § 60, 58, nota 2). Aunque Carpzov es anterior, puede compartirse la consolidación en el ámbito jurídico penal de voluntariedad indirecta como dolo con Glaentzer, como afirma Miranda, “*Versari in re illicita*”, 706. Igualmente, Glaentzer § XVII, XVIII toma la intención indirecta del filósofo Christian Wolff, *Philosophia practica universalis, methodo scientifica pertractata*, (Francofurti & Lipsiae, Officina Libraria Rengeriana, 1738), § 623 y 624. Destaca la consideración de una consecuencia menor que la que procede para la intención directa. Se contrapone a la dura equivalencia de pena de Carpzov, a pesar de su referencia tomista. Recordemos que sigue a Gómez en este punto. En cualquier caso, la relación de voluntariedad indirecta con dolo directo no proviene de Covarrubias, ni de textos tomistas, pues intención, dolo, solo comprende aquello buscado directamente como fin o como medio.

58 Si bien Glaentzer no recoge aportes escolásticos sobre voluntad indirecta, lo concibe como forma de dolo de menor intensidad que acerca su tesis más a los escolásticos en este punto.

59 Vimos que Carpzov sigue a Gómez en este punto. También se aprecia una relación con la dureza de alguna doctrina italiana, aunque son casos más bien aislados como Bartolo, así Huerta, *La relación de causalidad*, 263 y 264.

60 Carpzov, *Practica Nova Imperialis*, Pars Prima, Quaestio I, num. 31 y 32 quaestio III, num. 2, quaestio XXVI, 6.

61 Carpzov, *Practica Nova Imperialis*, Pars Prima, Quaestio I, num. 29.

sultado, que contempla al menos la posibilidad de prever, concretada en exigencias de previsión. Esta comprensión no integra realmente efectos fortuitos y es coherente con apreciaciones subjetivas de Covarrubias<sup>62</sup>.

El dolo indirecto se desarrolla en supuestos de preterintencionalidad en su acepción más extendida con Feuerbach a comienzos del siglo XIX<sup>63</sup>, ante una conducta dolosa que provoca un resultado más grave que el buscado, pero previsto como posible o previsible. Esta consideración explica la remisión del *dolus indirectus* tanto a la culpa como al dolo eventual<sup>64</sup>. La noción más difundida de dolo eventual supone conocer el efecto como posible y esta previsión es la circunstancia que dificulta su distinción de la denominada culpa consciente.

La propuesta de Feuerbach se inserta precisamente en la discusión sobre imputación de efectos mayores a los buscados por un obrar ilícito, particularmente ante el proyecto de Código Penal de Kleinschrod<sup>65</sup>. Por eso sus aportes, que excluyen la atribución de efectos casuales, se conciben como nuevas acepciones de *versari*<sup>66</sup>. Las consideraciones subjetivas en el dolo indirecto se fueron difuminando con diversas remisiones al dolo eventual, concebido incluso como culpa<sup>67</sup>. Igualmente hay asociaciones de *dolus indirectus* con resultados ni siquiera previsibles por el agente. Estos supuestos no solo se desvinculan del dolo eventual, sino que ya no contemplan la culpa. Una vez más, se abre paso a la inclusión de efectos casuales.

62 Es coherente con precisiones de comentaristas tomistas sobre voluntad indirecta. Así se comprende la restricción de dolo indirecto a efectos previsibles, que se siguen *per se*, a pesar de estimarse expresión de *versari* en términos de responsabilidad por resultados. Ver H. Lesch, *El concepto*, o. c., 167.

63 Feuerbach, *Lehrbuch*, o. c., § 60, 57 y 58. En la doctrina italiana el nexo del dolo indirecto con los delitos preterintencionales suele referirse a la culpa por el tratamiento legal del art. 43 CP italiano, Filippo Gramática, *Principios de Derecho penal subjetivo*, trad. por Juan del Rosal; Víctor Conde, (Madrid, Reus, 2003), 269 y 270.

64 Así, Carrara refiere el dolo indirecto a efectos posibles no previstos o “previstos en general” y distingue una voluntad indirecta positiva para el dolo, cuando el agente quiso los medios, de una negativa, por falta de previsión, para la culpa o el caso fortuito, según la previsibilidad, Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*. §§ 66-68).

65 A. von Feuerbach, *Kritik des kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuch für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten*, Giessen, Tasché und Müller, 1804.

66 Huerta, *La relación de causalidad*, 272.

67 Rodrigo Suárez Montes, “Aplicación del nuevo artículo 1 del Código Penal al aborto con muerte en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. IX Cursos e Congresos no. 40, Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela (1986), 228.

Huerta<sup>68</sup> destaca un último intento de mantener el dolo indirecto en el Derecho penal moderno, con la noción de Löffler<sup>69</sup>, por la previsión del resultado en virtud de la generalidad de la conducta respecto de su producción (*Wissentlichkeit*). Con posterioridad, el problema se reserva a una preterintencionalidad construida por la combinación entre una figura dolosa y otra imprudente o culposa. El olvido de la culpa en supuestos de *versari* puede explicarse no solo por su inclusión junto con lo fortuito en el *casus*. La determinación de la culpa suele restringirse jurídicamente a una conducta inicialmente permitida<sup>70</sup>. Ella tendría lugar en comportamientos lícitos, por la infracción de deberes de cuidado que excede lo autorizado. Para las conductas ilícitas el dolo inicial sería suficiente, además de los nexos objetivos (fácticos y normativos) entre ilicitud y efecto. Igualmente, las exigencias de la teoría normativa de la imputación no son concluyentes. La ilicitud podría incluir todo efecto desde fines de la norma infringida abstractos y desconectados de la clase de conducta.

La asignación objetiva de todas las consecuencias se facilita con concepciones normativas de dolo que toman el juicio de atribución antes que una base subjetiva<sup>71</sup>. También nociones solo subjetivas de dolo<sup>72</sup> privilegian la imputación de efectos casuales si olvidan la peligrosidad de la conducta, su idoneidad para producir el resultado. La visión normativa-objetiva y la subjetiva de dolo y culpa son ideas parciales que podrían fundar imputaciones fortuitas<sup>73</sup>. Esto no ocurre realmente con el *versari* desde sus orígenes, como también muestran juristas escolásticos a partir de textos tomistas.

68 Huerta, *La relación de causalidad*, 284-286.

69 Es interesante considerar la restricción de Löffler de las figuras cualificadas por el resultado a la culpa con base en la noción de dolo indirecto del s. XVIII, con una pena extraordinaria. Löffler, *Die Schuldformen*, o. c. 278, 279. Su visión es más compatible con tesis clásicas de voluntad indirecta que con el dolo indirecto de Carpzov, que imponía pena ordinaria.

70 En general en la imputación normativa penal, Mirentxu Corcoy, “En el límite entre dolo e imprudencia”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (1985): 963 y ss. R. Ragués, “La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (1996), 797 y ss. Antes, Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, §70.

71 La influencia de determinaciones adscriptivas en distintos ordenamientos se aprecia especialmente luego de la obra de Ragués sobre la prueba del dolo. Alex Van Weezel, “Intención, azar e indiferencia”, *Revista Ius et Praxis*, 27, no. 1 (2021): 192-195, lo muestra especialmente en la doctrina chilena con un dolo solo cognitivo o limitado a un juicio de adscripción. La delimitación normativa del dolo y de la culpa con atención a la infracción de deberes no supone una definición normativa desconectada de aspectos subjetivos.

72 Giorgio Marinucci, “Non c'è dolo senza colpa. Morte della imputazione oggettiva dell'evento e trasfigurazione nella colpevolezza?”, *RIDPP* (1991): 31.

73 Así se comprende la advertencia de Canestrari, “La estructura del dolo eventual”, 74 “resolverse en un plano meramente psicológico, sino que tendrá que tener también en cuenta la idoneidad de la conducta efectuada para causar tal resultado”.

### 3. EXTENSIÓN DE LA “CULPA PRECEDENTE”

La máxima del *versari* se asocia a un contexto general de preterintencionalidad, en cuanto alude a efectos que están más allá de la intención<sup>74</sup>. Lo *praeter intentionem* puede incluir resultados fuera de la voluntad o referidos a una voluntad distinta de la directa. Hemos visto que la comprensión actual más extendida de preterintención en el contexto jurídico remite a exigencias de culpa.

Una forma de extensión de culpa se aprecia aun cuando se requiere culpa respecto de efectos no intentados, si se equiparan a los intentados. Así ocurre con la voluntariedad indirecta que recoge Carpzov para el dolo indirecto, que sanciona con la misma pena ordinaria que el homicidio doloso (dolo directo). El homicidio no es casual pero tampoco realmente doloso, a lo menos no en la comprensión tomista de intención. Schaffstein<sup>75</sup> habla de la ampliación del dolo por un elemento volitivo que el aquinate contempló para la culpa.

Dentro del contexto de la preterintencionalidad, el supuesto problemático integra la imputación del caso y la atribución de la culpa a modo de dolo. La exigencia de pena en el derecho vigente suele limitarse a efectos culposos cuando se regulan los delitos preterintencionales<sup>76</sup>, con una pena atenuada que importa la no asimilación al dolo. En esta restricción se aprecia la influencia de la doctrina tomista de la voluntad indirecta, tanto en el rescate de consideraciones subjetivas distintas del dolo, como en la respuesta menos intensa (compatible con una pena extraordinaria).

La delimitación es fundamental si el *versari* opera como criterio o regla de imputación, especialmente normativa-penal. Un importante error en la interpretación de la máxima advierte Udaondo<sup>77</sup>. Observa que su rechazo obedece a una apreciación parcial (objetiva) del *versari*, que impide llegar a un justo medio. Afirmar que entre la imputación del caso fortuito y la dolosa puede haber consecuencias que se asignen de otro modo. Habla de un obrar ilícito doloso del que “pueden derivar y con frecuencia derivan una serie de consecuencias”, que reflejarían ese punto medio. Antes que una visión parcial, existe una comprensión nublada de la regla, con fundamentos específicos descontextualizados, que no

74 Incluso se sostiene que el *versari* funda la tesis moderna de preterintencionalidad. De Udaondo, “La preterintencionalidad y el Codex Iuris Canonici”, 42 y 50. Habla de la preterintencionalidad en general, pero luego conecta el *versari* con una preterintención referida a una responsabilidad objetiva (el mismo, 64, 65).

75 Schaffstein, *La ciencia europea del Derecho penal*, 174.

76 En este sentido, especialmente la legislación italiana, art. 43 CP.

77 De Udaondo, “La preterintencionalidad preterintencionalidad y el Codex Iuris Canonici”, 47.

atiende a su desarrollo ni a las categorías que intervienen. Destaca la determinación objetiva de la causalidad, que se refuerza desde una culpabilidad construida por el curso causal<sup>78</sup>. La máxima enfrenta un problema de atribución subjetiva respecto de un exceso objetivo básicamente por el olvido de la conducta como objeto de imputación.

Por el *versari* se extendió el dolo del acto ilícito inicial a las consecuencias no buscadas, ya fueren culposas o fortuitas<sup>79</sup>. Este proceder coincide con una noción amplia de preterintencionalidad. La extensión en el supuesto de la culpa revela una agravación de responsabilidad, al sancionarla como dolo. La imputación de efectos casuales supone derechamente una modalidad de responsabilidad objetiva. El rol de la imputación en los delitos preterintencionales explica la exigencia culpa, especialmente desde Feuerbach (*culpa dolo determinata*). Sin embargo, la necesidad de culpa para imputar efectos en supuestos de excesos objetivos es anterior. Además del desarrollo del dolo indirecto, con antecedentes en la voluntad indirecta, son importantes los indicios de quienes se ocuparon de textos tomistas. Su examen revela un sentido del *versari*, aparentemente más genuino, compatible con exigencias de culpabilidad.

### III. REDESCUBRIMIENTO DE UNA NOCIÓN INTEGRAL DEL *VERSARI*

La concepción objetiva tradicional del *versari in re illicita* tiene efectivamente antecedentes canónicos. Esta comprensión no se mantuvo en ese ámbito. El reconocimiento del aspecto subjetivo es un acervo general de ordenamientos jurídicos occidentales, tanto del sistema continental como del angloamericano, con un paréntesis en el Derecho germánico que explica en realidad la evolución del *versari*<sup>80</sup>. El gran mérito de Carpzov está en rescatar consideraciones subjetivas frente a los límites de la responsabilidad, antes que la combinación de tesis y la clase de respuesta que acepta para casos de exceso objetivo.

En este sentido, sorprende la vigencia de la definición objetiva de *versari* y como única opción. Tal interpretación no debiera preocupar si se refuta como máxima de imputación. Sin embargo, observamos que ello no ocurre totalmente en la práctica. La fácil atribución de efectos que provienen de un acto ilícito y

78 Sobre la preeminencia causal en la preterintencionalidad, Juan del Rosal, “De la relación de causalidad y del ‘versari in re illicita’”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 3 (1958), t. XI, 579 y 580.

79 Así se entendió especialmente al fundar la reforma de 1983 al Código Penal español de 1973, R. Suárez Montes, “Aplicación”, o. c., 223, 225-227, 232 y 233.

80 Ver Javier Martos Núñez, “La preterintencionalidad”, 554-556.

la indefinición de modalidades subjetivas distintas de la intención reclaman volver a explicaciones clásicas sobre exigencias subjetivas mínimas ante este problema de exceso<sup>81</sup>. Quienes recogen los textos tomistas revelan una real voluntad, por la relación entre la clase de conducta y los efectos producidos, como aparece en los ejemplos de mandar a azotar, particularmente en Covarrubias y Suárez, con la relevancia de la clase de encargo respecto de la muerte. Así, revisaremos estudios que se ocupan de la restricción del homicidio voluntario. A su vez, observaremos la necesaria relación entre aspectos objetivos y subjetivos en la imputación de conductas y sus consecuencias al establecer responsabilidad.

## 1. PRINCIPALES APORTES DE ESCOLÁSTICOS TOMISTAS

La influencia de Covarrubias en el dolo indirecto explica su atención especial. Enseña que el querer de la causa ilícita alcanza indirecta o mediatamente al resultado solo si es aquel que normalmente acostumbra a sobrevenir como efecto, cuando surge naturalmente, *per se* del antecedente. La conducta ha de estar naturalmente orientada al efecto o que éste, por lo menos, suela seguirse *ut in pluribus*<sup>82</sup>. Otros comentaristas tomistas advierten semejante relación para imputar homicidio.

Domingo de Soto<sup>83</sup> expresa que por cosa ilícita “se ha de entender aquella cosa que por su género suele ser causa de homicidio”. Báñez<sup>84</sup> considera la imputación del homicidio cuando es evidente que la muerte se sigue del golpe propinado (*non effugiet homicidio crimen, praecipue cum ex tali percussione in promptu sit, quod mors sequatur*). Desde Soto, Azpilcueta<sup>85</sup> explica que hace irregular la obra ilícita por ser peligrosa y, al menos, accidentalmente camino para la deformación. Descarta otras conductas ilícitas por otros respectos. La

81 Una de las razones de la desatención de moralistas y juristas escolásticos puede estar en los conflictos de religión, con iusnaturalistas modernos protestantes que no destacan otros aportes previos a Grocio. Manuel Rodríguez, “Escolásticos españoles y subjetivismo moderno (un comentario sobre el concepto de derecho en Luis de Molina y Francisco Suárez)”, en *Ingenium* 5 (2011): 168.

82 Diego de Covarrubias, *Omnium Operum*, Secunda Partis. Relect. § Quartus, n° 9, 10, 480 y 481. En textos tomistas estos efectos, que se siguen *per se*, y que se suman a la maldad o malicia del acto, S.Th. Summa Theologica, I-IIae q. 20 a. 5 co.

83 De Soto, *De iustitia et iure*, L. 5, q. 1, a. 9. También en estos términos, un acto que por su género conduce a la muerte, Vio, *Summa Summa Theologica cum Commentariis*, II-II, q. 64, a. 8, 381.

84 Domingo Báñez, *De Iure & Iustitia Decisiones*, Salamanticae, Apud Ioannem & Andream Renaut, 1593, q. 64. De Homicidio, a. 8.

85 Azpilcueta, *Manual de confesores*, Capítulo 27, n°s. 221-223, 759-761.

tendencia de la conducta hacia el resultado aparece no solo para imputar homicidio, sino también para la irregularidad<sup>86</sup>.

Esta relación entre antecedente y consecuente no supone una peligrosidad solo objetiva, la mera tendencia hacia el efecto, aunque no aparezcan aún remisiones a efectos previstos, previsibles o que hayan debido preverse. A Pereda<sup>87</sup> le preocupa igualmente la falta de precisión de un nexo subjetivo sobre todo en Covarrubias y alaba la mención expresa de Suárez. No se ha de olvidar que Covarrubias rescata las características del obrar frente a una voluntad<sup>88</sup>. En todo caso, Suárez<sup>89</sup> subraya los aspectos subjetivos frente a una relación objetiva entre conducta y efecto, a partir del descuido del agente para imputar el resultado<sup>90</sup>. Critica la pena de irregularidad, aceptada como opinión común entre canonistas, por obrar cosa ilícita aun con diligencia, solo fundado en que se sigan otros males (*satis est, quod sequatur ex actione alias mala, quantacumque diligentia adhibita fuerit*).

Toma el caso que cita Covarrubias de quien manda a azotar a otro, aunque sea injusto el mandato<sup>91</sup>. Si pone cuidado en el mandato para evitar la muerte, lo encomienda a una persona de confianza, le señala instrumentos y limita el encargo (*si rem commisit ministro fidei, et humano modo prudenti, et cauto, et limitativ modum, et instrumentum, etc., in quibus nullum esset periculum*), la muerte sería realmente casual. Si, en cambio, no se restringe el mandato, puede haber voluntad indirecta respecto de la muerte según la forma y los medios empleados.

Es importante la obligación que añade Suárez<sup>92</sup> de evitar la causa justamente por razón del peligro, para que no se produzca el posible resultado al que

86 Frente a la pena de irregularidad, en el caso del clérigo que cabalga ilícitamente y mata a un niño, Francisco de Vitoria, *Comentarios a la secunda secundae de santo Tomás*, Salamanca, 1934, tomo 3, II-II, q. 64, a. 8, considera también que la obra ilícita contemple el peligro serio de muerte.

87 Pereda, "Covarrubias penalista", 492.

88 Voluntad más o menos indirecta "según la obra misma en sí considerada, sea más o menos apta u ordenada o peligrosa" para lo resultados producidos (*Dicitur autem magis, vel minus indirecta voluntas in homicidium quoties actus per se volitus, aut voluntate coprehensus, magis vel minus tendit ad ipsi homicidii periculum sicut...*), Covarrubias, *Omnium Operum Secunda partis*, Initium, n° 2, 460.

89 Francisco Suárez, *Disputationum de censuris in communi, excommunicatione, suspensione, et interdicto, itemque de irregularitate*, Conimbricæ, Antonii à Mariz, 1603, t. 23, Disp. 45, De irregularitate contracta ex homicidio casuali, 463-471.

90 *Si ergo hace diligentia non supponitur adhibita, recedimus a casu, in quo versamur, quia jam tale opus non solum est illicitum aliunde, sed etiam ex relatione et periculo homicidio* (Suárez, 465).

91 Suárez, *Disputationum de censuris in communi*, t. 23, Disp. 45, 450.

92 Así Suárez, *Disputationum de censuris in communi*, 466 (... *Nihilominus tamen tales possent circumstantie personae, loci et temporis incurrere, ut esset obligatio vitandi illam causam propter periculum*).

tiende la conducta. También Cayetano<sup>93</sup> excluye la imputación *ad culpam* de efectos con base en la diligencia, si es diligente para evitar las consecuencias de un peligro (*si est diligens ad cavendam sequelam periculo*) no es culpable de homicidio, y explica la voluntad indirecta frente a un deber (*quod ad voluntarium indirecte non sufficit, quod voluntas possit prohibere, sed requiritur etiam, quod debeat prohibere: alioquin non ei imputatur*).

Hay un riesgo de limitar la relación entre conducta y consecuencia a un nexo meramente objetivo cuando se examinan parcialmente los aportes de estos tratadistas. Por ejemplo, Alfonso de Castro<sup>94</sup> afirma que la ignorancia crasa del que ejecuta un acto ilícito no exime del pecado ni de la pena impuesta por el derecho como castigo por el pecado. Es fácil considerar que admite responsabilidad sin culpa, sin exigencia subjetiva alguna. De Castro antes anota que ninguna ignorancia exime de pena legal impuesta no por pecado, sino por un acto o defecto. La imputación se asocia a un acto consciente que luego explica con algunos supuestos, como el de dar muerte a un clérigo. Aclara que el agente se libra de la excomunión y no de la irregularidad del homicidio, si existe ignorancia invencible sobre la condición de clérigo del sujeto al que le da muerte<sup>95</sup>. No habría ignorancia sobre la muerte de otro, lo que explica la irregularidad por homicidio. Así, añade que quien ignora invenciblemente que mata a un hombre está exento de pecado y de irregularidad<sup>96</sup>.

Otras apreciaciones parciales llevan a similar determinación objetiva. Por ejemplo, Juan de Santo Tomás<sup>97</sup> considera que “si alguien se ocupa en una cosa

Pereda, *El “versari in re illicita”*, 146, destaca esta consideración adicional a la tendencia (objetiva) de la conducta hacia el efecto y la previsión de éste.

93 De Vio, *Summa Summa Theologica cum Commentariis*, ad II- II, q. 64, a. 8, 381. de Castro, *La fuerza de la Ley Penal*, Libro I., 342, comparte la obligación a culpa y afirma que Cayetano interpretó mejor que Silvestre a santo Tomás. Azpilcueta, *Manual de confesores.*, n° 221, 760, comparte, la apreciación de lo casual, aquello que no se sigue normalmente de la conducta, en cuanto no afecta al pecado ni lo aumenta, aunque haga irregular.

94 De Castro, *La fuerza de la Ley Penal*, Libro II., 316. Para un contexto más general acerca de las ideas jurídicas de Castro: Manuel Lázaro Pulido, “Alfonso de Castro, inter theologos iuriconsultissimus: De justa haereticorum punitione, libri tres. Una introducción”, *Cauriensia*, 15 (2020), 483–504; Sebastián Contreras, “Voluntarism in the Early Modern Period? Alphonsus de Castro and his Philosophy of Law”, *Acta Philosophica*, 29/2 (2020), 375–394.

95 De Castro, *La fuerza de la Ley Penal*, Libro II., 318–320.

96 Se ha de relacionar esta irregularidad con el defecto que supone la persona pública como víctima, similar a su consideración frente a la bigamia: si el agente cree que la mujer con que se casa es virgen y su ignorancia es tanta que no se da cuenta al consumir el matrimonio (*quamvis tanta ignorantia labore, ut etiam postquam cum illa coivit, putet esse a se primo corruptam*), no se le impone la irregularidad de la bigamia por pecado alguno, sino solo por el acto de bigamia, de Castro, *La fuerza de la Ley Penal.*, Libro II., 288 y 289.

97 John Poinsett, *Cursus theologici*. In *primam secundae divi Thomae commentarii*, Matiscone, F. Protat, 1964, V, q. 6, d. 3, a. 3, 198.



ilícita, esto es, prohibida para él [*prohibitae sibi*], aun si emplea diligencia [*adhibeat diligentiam*], de seguirse un daño [*damnum*], se le imputa.” En principio, parece sostener la atribución de efectos por una conducta ilícita sin culpa; es decir, se le imputan efectos casuales. Sin embargo, luego precisa la imputación en relación con la ilicitud, siguiendo apreciaciones precedentes. “Puesto que [esta persona], por el hecho mismo de ocuparse en una cosa ilícita, esto es, que está prohibida para él a causa del peligro de daño que [puede] seguirse [*sibi prohibetur propter periculum damni secuturi*], no actúa estando en su derecho [*non utitur jure suo*]; y así el daño que se sigue se estima [*censetur*] como voluntario en relación con él, por razón de tal prohibición y precepto. Removiéndose el precepto, sin embargo, no se estima como voluntario”<sup>98</sup>. Reafirma la falta de voluntad si la obra no es peligrosa y el agente emplea la debida diligencia (*qui adhibet debitam diligentiam nullo modo est voluntarium*)<sup>99</sup>.

Interesan exigencias de cuidado respecto de conductas peligrosas no solo en Suárez. No hay, en realidad, bases para sostener una peligrosidad meramente objetiva desde estos estudios escolásticos. Las imputaciones solo objetivas de efectos no se condicen con la doctrina tomista ni con la de quienes comentan sus textos. En cambio, se advierte una relación subjetiva que aparece especialmente al imputar la conducta a su autor.

## 2. UN PUENTE ENTRE RELACIONES OBJETIVAS Y SUBJETIVAS DESDE EL VERSARI

Considerar el acto ilícito como suficiente para atribuir todos los resultados que provengan de él pasa por alto el énfasis del *versari*. La comprensión objetiva ve el ocuparse del obrar ilícito como imputación total de una conducta, de sus cualidades y efectos<sup>100</sup>, sin revisar la voluntariedad del acto. Es probable que la

98 También rescata el homicidio voluntario frente a la ignorancia por el peligro que se sigue *per se*, incluso en la causa *per se* del homicidio (*per se vult periculum inclusum in eo, quod est causa per se homicidio*). Añade que si la negligencia o el olvido no es demasiado grosero el homicidio es casual y no voluntario. John Poinso, *Cursus theologici. In Secundam Secundae D. Thomae commentarii*, Borde; Arnaud; Borde & Barbier, 1663, q. 64, d. 19, art. 2, 284 y 285.

99 No incurre tampoco en irregularidad (*quando idem opus est alteri illicitum, si tamen adhibeatur debita diligentia, non incurretur irregularitas*), Poinso, *Cursus theologici, In Secundam*, o. c., q 64, d. 21, a. 3, 322.

100 Quizá es tiempo de retomar nociones básicas de imputación, un juicio por el que se atribuye una conducta con sus cualidades y efectos al agente como obra suya, y de responsabilidad, una atribución de la conducta con relación a otros, como nos recuerda Víctor Cathrein, *Principios fundamentales del Derecho penal. Estudio filosófico-jurídico*, traducido por de Tejada, José María, Ediciones Olejnik, Santiago, 2020, 47-49.

conservación de remisiones a efectos casuales refuerce esta afirmación<sup>101</sup>. Igualmente, la ilicitud es elemental y puede fomentar apreciaciones objetivas, como ocurre aun desde la moderna imputación objetiva, fuertemente influida por empiristas, que impiden ver la unidad de la acción humana<sup>102</sup>. El objeto de la norma, su finalidad, es determinante, pero respecto de la clase de conducta realizada. La apreciación común vigente del *versari* aparece como una forma de aceptar la sola causa ilícita para cubrir todas sus repercusiones, ya sea por la desatención de la relación subjetiva entre conducta y efecto o por una suerte de presunción de peligrosidad global de la conducta con la consecuente suposición de aspectos subjetivos, como los supuestos de lesiones con muertes que se imputan sin mayor análisis.

Podemos observar dos razones particulares que dificultan rescatar la voluntariedad del acto en la imputación de conductas, en conjunto con los antecedentes objetivos del *versari* y las imprecisiones de conceptos y contexto advertidas. La primera refiere a la presentación de los casos problemáticos con referencia a la imputación de efectos fortuitos. El segundo motivo parece estar en el reconocimiento de la peligrosidad de la conducta, de su relación con el resultado, desconectada del conocimiento del agente.

Se advierte una escisión entre los aspectos objetivos y subjetivos, previos al causalismo y que se sostiene aun desde la escolástica. No solo se pierden consideraciones de estos tratadistas sobre el *versari in re illicita*, como se queja Pereda<sup>103</sup>. El mismo enfrenta los aportes de Suárez a los de otros estudiosos de los textos tomistas, especialmente Covarrubias, con atención a una vinculación meramente objetiva entre conducta y resultado<sup>104</sup>. No considera

101 Una fuerte separación entre aspectos objetivos y subjetivos de la conducta se aprecia especialmente desde el causalismo del s. XIX. Sobre este énfasis, Lesch, *El concepto de delito*, 16, 33-37, 115.

102 La falta de integración de aspectos subjetivos puede explicarse no solo por la metodología dualista del materialismo que ve, especialmente con Stuart Mill, la causa como un fenómeno físico que excluye la voluntad. También el dualismo idealista que influye en la moderna imputación objetiva en derecho penal, con consideraciones de Hegel, refuerza la determinación (objetiva) de un riesgo jurídicamente relevante que después sumaría un juicio de imputación subjetiva. Sobre ambas separaciones, Carlos Augusto Casanova Guerra y Gabriele Civello, "Critical Reflections on the Theory of Objective Imputation: Towards a Renewed Classical View of Causality and Criminal Culpability", en *Archivo Penale*, 3 (2018), 7, 8, 11 y ss. En cambio, advierten una "teoría integral de causalidad criminal", desde consideraciones aristotélicas, con la unidad de la acción, sus circunstancias, objeto y fin. Igualmente, ambos dualismos se facilitan con rechazos de aportes escolásticos desde el s. XVIII, ente la guerra de religión, a pesar de sus aportes morales y jurídicos, sobre la crítica Rodríguez, "Escolásticos españoles", 168.

103 Pereda, *El "versari in re illicita"*, 164.

104 Pereda, *El "versari in re illicita"*, 143-146. Incluso también llega a recoger una noción objetiva de *versari*, por ejemplo, al destacar los aportes de Suárez como negación explícita de la máxima, y luego al revisar las manifestaciones de *versari* en la legislación penal, Pereda, *El "versari in re illicita"*, 145, 164 y ss.

suficientemente que quienes se ocuparon de la imputación de efectos no intentados al obrar cosa ilícita no tienen por objeto un nexo causal, que es evidente. La tendencia del actuar respecto del resultado interesa frente a la voluntad<sup>105</sup>. De allí la relevancia de una voluntad indirecta de consecuencias que se siguen *per se* y no *per accidens*.

La peligrosidad de la conducta enfatiza una relación que no puede ser del todo objetiva, en cuanto cualidades objeto del conocimiento del agente para imputarlas como obra suya. Por supuesto, el nivel de peligrosidad, relación mayor o menor con el efecto, incide en la clase de representación. Esta comprensión se pone de manifiesto ya en la atención de la causalidad en abstracto<sup>106</sup> y no en concreto que es clara *ex post*. La perspectiva *ex ante* subraya la conducta en sí misma frente al conocimiento del actor,<sup>107</sup> como un elemento básico a rescatar frente a la imputación desde el *versari*, que vuelve visible lo esencial

#### IV. CONCLUSIÓN

El rechazo del *versari in re illicita* obedece a la concepción más extendida de esta máxima, que desatiende su empleo, la idea misma de imputación de conductas frente a la necesidad de respuesta. El *versari* es relevante para efectos no intentados, no porque los buscados no se atribuyan, sino porque estos no son problemáticos desde el punto de vista subjetivo. A la causalidad concreta entre antecedente y consecuente no le sigue una relación subjetiva clara, lo que explica que semejante resultado se conciba como preterintencional.

Esto no supone asignar todo efecto, incluyendo el fortuito. La imputación de resultados a una conducta supone voluntad, aunque no sea directa. Así se explica la referencia a una forma de voluntad por resultados que se siguen de conductas peligrosas (con conocimiento de la conducta peligrosa y al menos deber de prever los efectos). *Versari in re illicita* no implica imputar el *casus*, al menos no uno que realmente lo sea.

No hay antecedentes que avalen siempre una comprensión objetiva de *versari*. Igualmente, se mantiene la necesidad de distinguir causalidad de imputación.

105 Recordemos que Pereda reconoce que los aspectos subjetivos de insinúan igualmente.

106 Ibid., 74, destaca la advertencia usual de una causalidad abstracta, que remite a la conducta en sí misma frente al conocimiento del agente. Con ella aparecen consideraciones subjetivas del *versari*, que lo conectan con una voluntad indirecta (por cierta previsión o posibilidad de prever).

107 Este examen se opone a la casualidad concreta en cuanto ella existiría y, por tanto, es evidente.

tación normativa, con el filtro de ilicitud. Falta enfatizar la relevancia de la conducta como base de imputación. No existe tal omisión en estudios de escolásticos moralistas y juristas, donde el *versari in re illicita* sí puede servir de máxima de imputación, con exigencias objetivas y subjetivas que rescatan la unidad del comportamiento.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aquino, T. de. *Opera omnia*. Recognovit et instruxit Enrique Alarcón automato electronico Pompaelone ad Universitatis Studiorum Navarrensis. URL: <http://www.corpusthomisticum.org/iopera.html>
- Aristóteles, *Magna Moralia*, Traducción de T. Martínez Manzano y L. Rodríguez Duplá, Gredos, Madrid, 2011.
- Azpilcueta, M. de, *Manual de confesores y penitentes*, Salamanca, Casa de Andrea de Portonariis, 1556.
- Báñez, D., *De Iure & Iustitia Decisiones*, Salamanticae, Apud Ioannem & Andream Renault, 1593.
- Bacigalupo, E., *Justicia penal y derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 2002.
- Bonesana, C. (Marqués de Beccaria), *Tratado de los delitos y penas*, 2ª ed., París, Casa de Rosa Librero, 1828.
- Cancio, M. *Estudios de Derecho penal. Colección de Ciencias Penales*, Lima, Palestra, 2010.
- Canestrari, S., “La estructura del dolo eventual y las nuevas fenomenologías de riesgo”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 10 (2004), N° 2, pp. 59-95.
- Cardenal, A., “Naturaleza y límite de los delitos cualificados por el resultado”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 42 (1989), pp. 593-619, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46349>.
- Carpzov, B., *Practica Nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalium*, Wittebergae, Tobiae Mevii, 1646.
- Carrara, F., *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, 3ª ed. Lucca, Tipografia Giusti, 1867.
- “Sul caso fortuito”, en *Opuscoli di Diritti Criminale*. 2ª ed. Lucca, Tipográfica Giusti, Vol. III, 31 (1870), pp. 7-32.
- Casanova Guerra, C. A. y Civello, G., “Critical Reflections on the Theory of Objective Imputation: Towards a Renewed Classical View of Causality and Criminal Culpability”, en *Archivio Penale*, 3 (2018), pp. 2-18.
- Castro, A. de, *La fuerza de la Ley Penal*, traducción de Sánchez, Laureano, Murcia, Sucesores de Nogués, 1931.

- Cathrein, V., *Principios fundamentales del Derecho penal. Estudio filosófico-jurídico*, traducido por de Tejada, José María, Ediciones Olejnik, Santiago, 2020.
- Cobo, M., “‘Praeter intentionem’ y principio de culpabilidad”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 18 (1965), pp. 85-118, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2783014>.
- Covarrubias, D. de, *Omnium Operum*, In *Clementinae, Si furiosus, De homicidio, Re-lecti*, Lugduni, [s.n.], 1584.
- Corcoy, M., “En el límite entre dolo e imprudencia”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (1985), 961-976.
- Del Rosal, J., “De la relación de causalidad y del ‘versari in re illicita’”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 3 (1958), t. XI, pp. 577-582.
- Feuerbach, A. von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Giessen, Verlag von Georg Friedrich Heyer, 1826.
- Kritik des kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuch für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten*. Giessen, Tasché und Müller, 1804.
- Ferrini, C., *Diritto penale romano, Teorie generali*, Ulrico Hoepli, Milán, 1899.
- Frister, H., *Derecho penal, Parte general*, traducción de la 4ª ed. alemana 2009 de Sancinetti, M., Buenos Aires, Hammurabi, 2016.
- Garvey, S., “Versari Crimes”, *Arizona State Law Journal* 53 (2021), pp. 477-506. <https://arizonastatelawjournal.org/wp-content/uploads/2022/01/04-Garvey.pdf>.
- Glaentzer, C. *De homicidio ex intentione indirecta commissio*, Ioannis Hilligeri, Halae Magdeburgicae, 1756.
- Golmayo, P. B., *Instituciones de Derecho canónico*, Madrid, Librería Gabriel Sánchez, 1999.
- Gómez, A., *Commentariorum variarumque resolutionum iuris civilis, communis et regii*. Venetiis, Salamandrae Infigne, 1572.
- Gramática, F., *Principios de Derecho penal subjetivo*, Traducción de del Rosal, Juan; Conde, Víctor, Madrid, Reus, 2003.
- Engelmann, W., *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1895.
- Honig, R., “Causalidad e imputación objetiva”, traducción de Marcelo Sancinetti, en M. Sancinetti (comp.), *Causalidad, riesgo e imputación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.
- Huerta, A., *La relación de causalidad en la teoría del delito*, Madrid, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1948.
- Kollmann, H., “Die Lehre vom versari in re illicita im Rahmen des Corpus juris canonici”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 35 (1914) 46-106.
- Kuttner, S., *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX, Systematisch auf Grund der Quellen handschriftlichen dargestellt*. Città del Vaticano, Biblioteca Apostólica Vaticana, 1935.

- Larenz, K., *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektives Zurechnung*, A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung Dr. Leipzig, Werner Scholl, 1927.
- Lesch, H., *El concepto de delito*, traducción de Gemignani, Juan Carlos. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, Marcial Pons, 2016.
- Löffler, A., *Die Schuldformen des Strafrechts in Vergleichend-Historischer Darstellung*, Leipzig, C.L. Hirschfeld, 1895.
- Luzón, D. M., *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, 2ª ed. Valencia, Tirant lo blanch, 2012.
- Marinucci, G., “Non c'è dolo senza colpa. Morte della imputazione oggettiva dell'evento e trasfigurazione nella colpevolezza?”, en *RIDPP* (1991), 3-39.
- Martos Núñez, J., “La preterintencionalidad”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* 3 (1993), 553-602.
- Mezger, E., *Strafrecht, Ein Lehrbuch*, 3, Aufl. Berlin, München, Duncker & Humblot, 1949.
- Miranda, A., “*Versari in re illicita* y voluntario indirecto en la escolástica tomista y su primera influencia en los juristas”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* XLIV (2022), 689-710.
- Pereda, J., *El “versari in re illicita” en la doctrina y en el Código Penal. Solución suareciana*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1948.
- Pereda, J., “Vestigios actuales de la responsabilidad objetiva”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 2 (1956), t. IX, 213-228.
- Pereda, J., “Covarrubias penalista”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 3 (1957), t. X pp. 485-518.
- Poinsot, J., *Cursus theologici. In Secundam Secundae D. Thomae commentarii*, Lyon, Borde & Arnaud & Barbier, 1663.
- Cursus theologici. In primam secundae divi Thomae commentarii*, Matiscone, F. Protat, 1964.
- Pulido, Manuel Lázaro, “Alfonso de Castro, inter theologos iuriconsultissimus: De justa haereticorum punitione, libri tres. Una introducción”, *Cauriensia*, 15 (2020), 483–504.
- Puppe, I., “El sistema de imputación objetiva”, Traducción de Pantaleón, Marta. *InDret* 1 (2021), 588-613. <https://indret.com/el-sistema-de-imputacion-objetiva/>
- Ragués, R., “La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (1996), 795-822.
- Roxin, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band 1, München, C.H. Beck, 2006.
- Rodríguez, G., “Hacia una nueva interpretación de la eximente de caso fortuito”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 2 (1963), t. XVI, pp. 273-302.
- Rodríguez Puerto, M., “Escolásticos españoles y subjetivismo moderno (un comentario sobre el concepto de derecho en Luis de Molina y Francisco Suárez)”, en *Ingenium*, N° 5 (2011), pp. 167-187.

- Sanz, A., “Aproximación al problema del denominado ‘dolus generalis’”, en *InDret* 3 (2016), 25 pp.
- Sanz-Díaz, M., *Dolo e imprudencia en el Código Penal español, Análisis legal y jurisprudencial*, Valencia, Tirant lo blanch, 2006.
- Schaffstein, F., *La ciencia europea del Derecho penal en la época del humanismo*, traducción de Rodríguez, José M., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957.
- Schmitz, H., *Versari in re illicita*, Münster, WWU, 2019.
- Soto, D. de, *De iustitia et iure*, ed. bilingüe, Madrid, Instituto Estudios Políticos, 1968.
- Suárez, F., *Disputationum de censuris in communi, excommunicatione, suspensione, et interdicto, itemque de irregularitate*, Conimbribcae, Antonii à Mariz, 1603.
- Suárez Montes, R., “Aplicación del nuevo artículo 1 del Código Penal al aborto con muerte en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. IX Cursos e Congresos nº 40, Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela (1986), 208-255.
- Udaondo, J. de, “La preterintencionalidad y el Codex Iuris Canonici”, *Revista Española de Derecho Canónico*, Volumen 7, 19 (1952), 41-73, doi: <https://doi.org/10.36576/summa.4059>.
- Van Weezel, A., “Intención, azar e indiferencia”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 27, Nº 1 (2021) 190-209.
- Vío, T. de (cardenal Cayetano), *Summa Theologica cum Commentariis, Secunda Secundae Partis*, Patavii, Ex Typographia Seminarii, 1698.
- Vitoria, F. de, *Comentarios a la secunda secundae de santo Tomás*, Salamanca, 1934, tomo 3.
- Von Weber, H. “Über die verschiedenen Arten des dolus”, en *Neues Archiv des Criminalrechts*, 7 (1825),
- Wolff, C., *Philosophia practica universalis, methodo scientifica pertractata*, Officina Libraria Rengeriana, Francofurti & Lipsiae, 1738.

Tatiana Vargas P.

Facultad de Derecho

Universidad de los Andes, Chile

Álvaro del Portillo #12.455

7620001 Santiago de Chile (Chile)

<http://orcid.org/0000-0002-0728-3846>

