

«VERSARI IN RE ILLICITA»

TITO E. SOLARI PERALTA

Universidad Católica de Valparaíso

El principio de culpabilidad, en una de sus manifestaciones, nos conduce a decir que no hay —o no debe haber— delito sin que medie culpabilidad. En estricto rigor tal apreciación no es enteramente exacta pues en algunas situaciones de excepción, como en el *versari* y en los delitos calificados por el resultado, concurre en alguna medida la culpabilidad. Sin embargo, sometiéndonos a la tradición seguiremos planteando la cuestión en el sentido que no hay delito ni hay pena sin previa culpabilidad. La ciencia penal le reconoce el valor de “aspiración política, doctrinaria y científica”¹. Al decir que se trata de una aspiración hacemos nuestra la afirmación de Mezger cuando señala: “No hay pena sin culpabilidad. Este postulado constituye una parte integrante de la conciencia jurídico-penal moderna. Pero, en primer término, es sólo un *programa*: para el Derecho vigente significa un *principio jurídico* que se reconoce de modo general, pero que no en todo momento se ha llevado a la práctica; para la interpretación del Derecho positivo es un *principio rector* en los casos de duda, y para el Derecho penal del futuro constituye un *principio meta*, cuya realización práctica sin excepciones se exige de modo imperioso por la conciencia cultural de nuestros días”².

¹ CURY, Enrique, *Orientación para el estudio de la teoría del delito* (primera edición, Valparaíso, 1969), p. 185.

² MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General,

Podemos afirmar que el principio “no hay pena sin culpa” es una conquista del derecho penal liberal y que tiene una general aceptación en las doctrinas que reconocen esa fuente de inspiración. Empero, no podríamos enfatizar su vigencia en términos absolutos si descendemos al plano de las legislaciones penales vigentes. Algunas excepciones empañan sus reales y concretas manifestaciones, desconociéndose de ese modo la función que cumple como una garantía frente a los eventuales abusos del poder estatal, y al valor que representa en cuanto fundamento ético del Derecho Penal³.

Tales excepciones, ciertamente odiosas, subsisten en mayor o menor medida dentro de algunas legislaciones penales; las más notorias son los casos de responsabilidad objetiva, el criterio de las presunciones, los delitos calificados por el resultado y el versari in re illicita, del que pasaremos a ocuparnos especialmente⁴.

La responsabilidad es objetiva, o se atribuye de este modo, cuando importa imputar a una persona un determinado evento dañoso sin demostrar culpabilidad de su parte ni asignar valor a tal demostración; la violación al principio de culpabilidad es en estos casos flagrante.

tomo 2º, tercera edición (adicionada y puesta al día por Antonio Quintano Ripollés), traducción y notas de derecho español de José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado (Madrid, 1957), p. 29-30.

³ Sobre naturaleza, contenido, alcance y grado de desarrollo de la culpabilidad en el Código Penal chileno; véase especialmente RIVACOBÁ, Manuel, *El principio de culpabilidad en el Código Penal chileno*, en *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en celebración del centenario del Código Penal chileno* (Valparaíso, 1975), p. 49 ss.

⁴ Se señalan también como excepciones al principio de culpabilidad las situaciones de peligrosidad sin delito, los casos de responsabilidad por hecho ajeno (como lo son el artículo 497 y el inciso final del artículo 329 del Código Penal chileno), y, finalmente, la eximente por inimputabilidad contenida en el número 1º del artículo 10 del Código Penal chileno, cuyo anacronismo resulta evidente. Sobre este punto en particular resulta de interés consultar el trabajo de BRITO, Haroldo y FAINE, Marcelo, *La fórmula de la inimputabilidad en el Código Penal chileno y la responsabilidad objetiva*, en *Actas* (n. 3), p. 154 s.

En las presunciones de culpabilidad la situación presenta una variante, pues se da por probado, *se supone*, la existencia de culpabilidad a partir de ciertos antecedentes o circunstancias de hecho que no la demuestran inequívocamente. Estrictamente, la presunción puede conducir a que el fenómeno supuesto, es decir la culpabilidad, esté presente o no lo esté según el mérito de las pruebas existentes y de acuerdo a la naturaleza de la presunción; si la presunción es legal existirá, al menos teóricamente, la posibilidad de probar lo contrario; si es de derecho, tal posibilidad desaparece. De lo anterior resulta que las primeras contienen la probabilidad de violación al principio de culpabilidad, lo que ocurrirá cuando aquello que se presume no coincida con la realidad y no exista prueba en sentido contrario, y las segundas suponen en el hecho una marcada transgresión, pues se niega por definición la prueba contraria. Particularmente acertada es la opinión de Rivacoba cuando señala: "Ahora bien, no tratándose, en el obrar humano, que es lo que regula el Derecho, de fenómenos sometidos a los principios de necesidad y constancia de las leyes naturales, es claro que falta el fundamento lógico de la inducción y que, en tales condiciones, la presunción no puede tener un valor apodíctico, sino de mera probabilidad, ni un alcance universal, sino simplemente general. Pero, por lo mismo, en un Derecho eminentemente realista e individualizador, como es el penal, en que no interesa sino lo qué y cómo verdaderamente haya acontecido en cada caso singular, no puede, en principio, haber lugar para las presunciones; si se dan, deben ceder en todo caso a prueba en contrario, y por su propia índole constituye un grave peligro para la culpabilidad como elemento subjetivo del delito por excelencia. Pues, en efecto, toda generalización supone un desconocimiento de las peculiaridades de lo individual y, por consiguiente, una objetivación, por lo cual ha de pugnar con un concepto esencialmente subjetivista y, por ende, individualizador"⁵. Estas presunciones

⁵ RIVACOBA, Manuel, *El principio* (n. 3), p. 86.

son demasiado frecuentes en el Derecho penal chileno, no sólo para situaciones singulares de alcances limitados, sino también con carácter general como lo es la presunción legal del inciso 2º del art. 1º del Código Penal. A más de ello puede agregarse que, en franca pugna con el principio de culpabilidad, se llega al extremo de establecer presunciones de derecho como ocurre en la Ley de Quiebras y en la Ordenanza de Aduanas. Conviene anotar que el Acta Constitucional Nº 3, en el art. 1º Nº 3, inciso 6º, ha dispuesto que la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal, con lo que se subsana de un modo parcial la incongruencia que hemos señalado.

En el caso de los delitos calificados por el resultado se presenta una figura doble, formada en su primera parte por un delito básico, que puede ser doloso o culposo, y un resultado mayor, que excede la intención del hechor, que la ley le atribuye a éste sin analizár si hubo o no culpabilidad, bastando sólo la vinculación causal entre el acto realizado por el sujeto y el resultado producido. Esta hipótesis no puede ser confundida con la situación de preterintencionalidad, pues difieren en la subordinación de una —la preterintencionalidad— al principio de la culpabilidad y la violación de la otra —delitos calificados por el resultado— al referido principio. Así entendida esta figura, es decir, acentuado su carácter en el hecho de no exigirse culpabilidad respecto del resultado mayor, la violación al requisito básico del que se prescinde resulta evidente. Como acertadamente precisa Marcela Bunster: “la calificación no importa responsabilidad por el resultado. La responsabilidad se califica por el resultado, no nace con él. Ha nacido con la ejecución del delito base doloso, que tiene una pena fija, que se impondrá aunque el resultado más grave no se dé”⁶.

En Chile existen algunos casos de delitos calificados por el resultado, si bien Novoa, con argumentos que no

⁶ BUNSTER, Marcela, *El versari in re illicita* (Memoria de Prueba, Santiago, 1958), p. 25.

compartimos, trata de reducir estas situaciones a términos exigüos explicando caso por caso que se trataría de hipótesis en las que el resultado era previsible, lo que transformaría estos delitos calificados por el resultado en verdaderas figuras de preterintencionalidad⁷. Con ese criterio *todo* es previsible, lo que conduce a que de todo evento nazca responsabilidad penal. Coincidimos en esta materia con Cury cuando expresa: "Este intento de *amedrentar a las leyes de la naturaleza* es, por cierto, ridículo. Es indispensable reconocerlo así y reclamar una reforma adecuada"⁸. Interesante y sugerente es la actitud adoptada en la República Federal Alemana; en suma, la ley alemana ha puesto punto final a la discusión que generaban algunos de sus preceptos desde que, a partir de la modificación introducida en 1953 al parágrafo 56 del Código Penal, éste pasa a disponer: "Cuando la ley señala una pena más alta a una especial consecuencia del acto, sólo se impondrá aquélla al autor, cuando haya ocasionado la consecuencia al menos culposamente". Con anterioridad a esta modificación, un sector importante de la doctrina, forzado por la ley vigente, llegaba a la conclusión de estar frente a situaciones en las que, al menos en algún tramo, la responsabilidad tenía un carácter objetivo.

El *versari in re illicita* representa también, en su más depurada formulación, una violación al principio de que no hay pena sin culpa. Cabe advertir que dicha violación no se produce con respecto a la actuación total, que es divisible, sino que dice relación con un aspecto de ella. Cuando Jiménez de Asúa trata el *versari* lo hace, y ello no deja de ser sugerente, en el capítulo dedicado a "Los límites y la ausencia de culpabilidad", a continuación de haberse pronunciado como enconado adversario de quienes aceptan o toleran que pueda existir responsabilidad sin

⁷ En ese sentido NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno*, tomo 1º, Parte General (Santiago, 1960), p. 557 ss. y también URIBE, Armando, *Los delitos calificados por el resultado* (Memoria de Prueba, Santiago, 1957).

⁸ CURY, Enrique, *Orientación* (n. 1), p. 144.

culpa; lo expone señalando "... Que el *versari in re illicita* es un aspecto de la responsabilidad anómala que sólo relativamente puede llamarse 'responsabilidad objetiva', y con mayor impropiedad puede asumir el título de 'responsabilidad sin culpa', ya que culpa, lato sensu, hay en el acto inicial ilícito, que origina el resultado más grave. Es con respecto a éste; es decir, en una porción del acontecimiento dañoso, donde incide, en verdad, la responsabilidad objetiva"⁹. El mismo Jiménez de Asúa llega a la conclusión de que el sentido que debe darse al *versari in re illicita* ha sido divergente, existiendo tres modos de entenderlo: como fórmula que excluye la exigencia de culpabilidad incurriéndose en responsabilidad penal por el mero hecho de estar frente a una situación de ilicitud inicial, en sentido contrario, es decir, negándose totalmente la responsabilidad en estos casos, y como criterio dominante y generalizado, que "no basta para incurrir en pena el mero *versari in re illicita*, sino que es absolutamente necesario que ese primer hecho ilícito esté naturalmente relacionado con el homicidio (que es el delito del que se ocupan al estudiar la máxima de que tratamos)"^{10, 11}.

Hacemos nuestra a este respecto la cita con que nos manifiesta la utilidad de lo aparentemente inútil cuando expresa: "No debe, sin embargo, desdeñarse el estudio de esta cuestión, que parece desprovista de interés actual. Cuando Löffler se refirió al *versari*, se preguntaba a sí mismo si no sería, como muchos opinan, tiempo perdido el dedicarse a algo que 'pertenece a las cosas inútiles'; pero se contesta que es tal la difusión conseguida por el *versari in re illicita*, tan adentro se nos ha metido aún en el Derecho penal de los pueblos más adelantados, que no puede menos de tener gran interés su estudio"¹².

⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal* (Buenos Aires, 1962) 6, p. 274.

¹⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado* (n. 9), p. 278.

¹¹ Sobre historia, evolución y fundamento del *versari*, véase BUNSTER, Marcela, *El versari* (n. 6), p. 29 ss., en especial los capítulos 1º, 2º y 3º.

¹² JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado* (n. 9), p. 274, nota 68.

También esta fórmula del *versari* debe ser separada de la preterintencionalidad; respecto de ella la posibilidad de confusión aumenta cuando se trata de fundamentar el *versari* en el voluntario indirecto, entendiéndolo por tal, según Covarrubias, aquel en el cual “la voluntad tiende directamente a un resultado del cual inmediatamente y ‘per se’ siga el efecto malo”¹³. En esos casos, en tanto se exige que medie una relación de causalidad y que exista previsión del efecto posterior que terminará por producirse, tendríamos que concluir, necesariamente, que no se trata de una excepción al principio de que no hay pena sin culpa; sin embargo, la doctrina penal, con pocas salvedades, ha repudiado esta noción de voluntario indirecto como fundamentación filosófico-jurídica del *versari*. Especialmente categórico es este repudio en la doctrina alemana que sólo reconoce a esa noción una finalidad práctica de carácter probatorio, llevando envuelta el germen que permite dar cabida a responsabilidades objetivas. El hecho de que la causa sea voluntaria no indica, por sí mismo y en forma ineludible, que el resultado también lo sea; ello es tan sólo un juicio de probabilidad, no de certeza. Si el evento mayor, que se imputaría jurídico penalmente, responde al concepto de voluntario indirecto no podríamos menos que reconocer que se estaría respetando el principio de la culpabilidad. Pero acontece que esa noción no logra perfilarse con independencia; por el contrario, tiende a confundirse con el dolo eventual, que tampoco supone intención directa a nivel del ánimo del agente, o con la culpa consciente (o con representación) o con el dolo indirecto que es la base, en sus orígenes, del delito preterintencional, dependiendo la calificación en alguna de estas categorías de la actitud o disposición del sujeto en relación con el evento previsto como consecuencia de su actuar. En su particular perspectiva es natural la rebeldía de Julián Pereda cuando rechaza la imputación de cons-

¹³ COVARRUBIAS, citado por PEREDA, Julián, *El versari in re illicita en la doctrina y en el Código Penal. Solución Suareciana* (Madrid 1948), p. 37.

tituir el *versari* un caso de responsabilidad objetiva, a partir de su fundamentación en el voluntario indirecto, pues con ese enfoque no hay violación al principio de culpabilidad. Nos parece, sin embargo, que cuando se repudia la máxima del *versari in re illicita*, se parte del supuesto de que no exista, en relación con el evento mayor derivado de la inicial ilicitud, ninguna forma de culpabilidad. Dicho de otro modo, la ilicitud inicial en que se encuentra el sujeto no da margen para hacerlo responsable del ulterior resultado que no podía prever, por ser *imprevisible*, lo que conforma el rasgo distintivo del caso fortuito en su formulación amplia. Volvemos así a la concepción del *versari* ya enunciada por Jiménez de Asúa cuando señaló las dos primeras formas de entenderlo, esto es, como fórmula que excluye la exigencia de culpabilidad incurriéndose en responsabilidad penal por el mero hecho de estar frente a una situación de ilicitud inicial, o bien en sentido contrario, negándose responsabilidad en estos casos; el primer modo de entenderlo supone sí una abierta violación al principio de culpabilidad frente a la que Carrara expresa que: "Jamás el hallarse en cosa ilícita puede producir el efecto de hacer responsable, ni en razón de culpa ni en razón de dolo, de un evento que no sólo no fue previsto, sino que tampoco era previsible"¹⁴. Como nos dice Marcela Bunster, la máxima no puede espiritualizarse; en ese caso deja de ser lo que es y desaparece; sería como hablar de subjetivación de delitos calificados por el resultado¹⁵.

Esta forma de apreciar el *versari*, diversa a la situación de ultraintencionalidad, parte del supuesto de que se trata de hacer responsable al sujeto por el solo hecho de encontrarse en algo ilícito, sin mediar culpabilidad, respecto de un resultado posterior que se ha producido en forma fortuita, *qui versatur in re illicita respondit etiam pro casu*; en relación a ese evento posterior no hay ni si-

¹⁴ CARRARA, citado por BUNSTER, Marcela, *El versari* (n. 6), p. 88.

¹⁵ BUNSTER, Marcela, *El versari* (n. 6), p. 53.

quiera *posibilidad de prever*, lo que excluye la culpa y, obviamente, al dolo por ausencia absoluta de vinculación subjetiva entre la acción inicial ilícita y el resultado fortuito posterior; esta característica es enteramente diversa si se trata de un caso de preterintencionalidad, pues en ella la posibilidad de prever el evento mayor forma parte del concepto.

En definitiva, es la ausencia total de esa posibilidad de prever el resultado mayor lo que conforma en su esencia el *versari*, pasando a ser un ejemplo, en una parte, de responsabilidad objetiva si se piensa que la pena, en ese supuesto, se aplica única y exclusivamente porque el autor se encontraba en inicial ilicitud al momento de producirse fortuitamente el evento. Es a esta forma de entender el *versari* a la que la doctrina penal dedica sus epítetos condenatorios, no ocurriendo lo mismo si aceptamos la noción de Julián Pereda que respeta la exigencia de culpabilidad bajo la fórmula del voluntario indirecto.

Cousiño considera que es posible encontrar una afinidad entre el *versari* y las situaciones de responsabilidad por el resultado; lo expresa diciendo: "No parece discutible que los delitos calificados por el resultado tienen su origen inmediato en la doctrina canónica de: *versanti in re illicita imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto*, que —según Löffler— fue establecida entre los años 1191 y 1198 por la *Summa Decretalium de Bernardus Papiensis*, aunque Jiménez de Asúa, acudiendo a otras fuentes, la cree aun anterior. Sin embargo, si bien es cierto que durante la Edad Media y, hasta bastante entrada la Edad Moderna, imperó la responsabilidad por el resultado, no es menos cierto que, dentro de las posibilidades, está la hipótesis de que el *versare in re illicita* fuera una modalidad de la susodicha forma de responsabilización"¹⁶.

El Derecho Penal chileno, básicamente contenido en el Código Penal, aparece claramente inspirado por el principio de culpabilidad, siendo ésta de naturaleza valorativa

¹⁶ Cousiño, Luis, *Derecho Penal Chileno* (Santiago 1975) 1, p. 878.

y fundada en el acto; sin embargo, la real vigencia de este principio está limitada por una serie de excepciones. Así, pueden resumirse, sucinta y parcialmente, las conclusiones que propusiera el profesor Rivacoba a la consideración de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal realizadas en celebración del centenario del Código Penal chileno¹⁷. La sesión plenaria adoptó, en relación con esos planteamientos, el siguiente acuerdo: 1) El Código Penal chileno está informado por el principio de culpabilidad. 2) Debe entenderse que, en él, la culpabilidad consiste en la calidad intrínseca al hecho, de ser reprochable jurídicamente, fundándose en la posibilidad, por parte del sujeto activo del delito, de obrar distintamente de como lo ha hecho y conforme a Derecho. 3) La culpabilidad en el Código Penal chileno es culpabilidad por el hecho, aunque tome en cuenta, para graduar la pena, la personalidad del agente y la conducción de su vida. 4) No obstante, el imperio del principio de culpabilidad está limitado en el Código Penal chileno por algunas excepciones. 5) Es deseable, y también factible dentro de la contextura del Código, eliminar dichas excepciones para respetar integralmente el principio de culpabilidad¹⁸.

Este principio de la culpabilidad, según lo expresáramos al comienzo, tiene el valor de una aspiración de la doctrina penal moderna y, por ende, de la doctrina nacional, si bien existen legislaciones en las que su real vigencia aparece perturbada por sensibles excepciones, lo que ocurre, según se desprende de los acuerdos precitados, dentro del Derecho penal chileno. El *versari* representa, en esta perspectiva, una de esas situaciones anómalas dentro de aquellas legislaciones que le dan cabida, siempre y cuando se le entienda en la forma que hemos señalado.

Cabe preguntarse qué queda del *versari* en nuestro ordenamiento penal.

¹⁷ RIVACOBA, Manuel, *El principio* (n. 3), p. 126.

¹⁸ Acuerdos de la Sesión Plenaria de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en celebración del centenario del Código Penal chileno, en *Actas* (n. 3), p. 236.

A primera vista, hacer responsable al sujeto de un evento por la sola circunstancia de estar en una inicial ilicitud parece contrario al claro contenido de culpabilidad del que aparece investido nuestro Código Penal. Sin embargo, tal consideración no es argumento satisfactorio ni suficiente para descartar la posible vigencia del *versari* si se tiene en cuenta la influencia que tuvo en la dictación de nuestro Código Penal el similar de España, y que, dentro de ese ordenamiento penal —nos referimos básicamente a los Códigos españoles de 1948, 1850 y 1870— se discute todavía si sus preceptos dan o niegan cabida a dicha fórmula. No es nuestro propósito analizar la posible vigencia del *versari* en la legislación española, pero, aunque sucintamente, conviene dejar anotado que el derecho penal español no está al margen del reproche de contener disposiciones en las que un sector importante de su doctrina ve una marcada dosis de objetivismo. En concreta relación con el *versari*, J. A. Rodríguez Muñoz, que es quien ha sostenido con mayor énfasis una posición muy definida, llega a anotar: “En este punto es preciso advertir que el principio del *versari in re illicita* informa de tal manera nuestro Derecho positivo que sólo teniéndolo en cuenta en todo momento es posible llegar a comprender la especial índole de la culpabilidad en nuestro Código, cuyo juego práctico se desvía por ello necesariamente de los principios generales que la dogmática y otras legislaciones han establecido en orden a la imputación criminal; y representaría un grave error querer determinar la responsabilidad, v. gr., dolosa del agente, teniendo tan sólo en cuenta las exigencias que respecto al dolo ha formulado la doctrina, olvidando que en parte dichas exigencias resultan desvirtuadas por el específico reconocimiento en nuestro texto legal del principio citado arriba”¹⁹. La tesis de Rodríguez Muñoz sufre una evolución, acentuándose su modo de pensar cuando en 1870 se modificó el párrafo tercero del artículo 1º del Código Penal español de 1848 y 1850, llegando a expresar que

¹⁹ RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, en notas al *Tratado de Derecho Penal* de Edmundo MEZGER (n. 2), p. 35-36.

con ello se formuló un reconocimiento expreso y general del *versari in re illicita*. Este modo de pensar cuenta con la adhesión de Huerta Ferrer, Ferrer Sama, Juan del Rosal y, parcialmente al menos, de Pacheco.

En sentido contrario se pronuncian Luis Jiménez de Asúa, Julián Pereda y José Cerezo Mir, si bien este último no deja de reconocer, como lo anota Jiménez de Asúa, que "para evitar dudas y equívocos" es preferible, "*de lege ferenda*, la supresión del párrafo 3º del art. 1º y del art. 50, así como de la *licitud* del acto en el núm. 8º del art. 8, todos del Código Penal"^{20, 21}.

Resulta conveniente dejar establecido que son tres los preceptos del Código Penal español que sirven para sostener, por quienes así piensan, la vigencia del *versari* en esa legislación; concretamente, el inciso 3º del art. 1º, que trata del error, la circunstancia 3ª del art. 9º, que se refiere a situaciones de preterintencionalidad y el art. 8º Nº 8, que alude al caso fortuito (hemos mantenido la ubicación que esas disposiciones tenían en el Código Penal español de 1848). De ellos, el primero pasó a incorporarse a nuestro Código con un agregado final que evita cualquier duda interpretativa, pues si el mal recae sobre persona distinta de aquella a quien el hechor se proponía ofender: "En tal caso no se tomarán en consideración las circunstancias, no

²⁰ CEREZO MIR, José, citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado* (n. 9), p. 291.

²¹ Para un mejor análisis de la polémica existente en el derecho penal español acerca del *versari* puede consultarse en detalle a RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, en notas de derecho español al *Tratado de Derecho Penal* de Edmundo Mezger (n. 2), donde analiza extensamente el punto antes y después de la reforma de 1870; en sentido contrario, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado* (n. 9); PEREDA, Julián, *El versari* (n. 13), y en *Vestigios actuales de la responsabilidad objetiva*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (Madrid) 9 (1956) 2; DEL ROSAL, Juan, *De la relación de causalidad y del versari in re illicita*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 11 (1958) 3; CEREZO MIR, *Derecho Penal y Ciencias Penales* 11 (1958) 3; CEREZO MIR, José, *El versari in re illicita*, en *el Código Penal español*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 15 (1962) 1.

conocidas por el delincuente, que agravarían su responsabilidad; pero sí aquellas que la atenúen". Con ese agregado el precepto guarda perfecta armonía con la culpabilidad real del hechor y permite una acertada calificación jurídica del hecho ²².

La circunstancia 3ª del art. 9º del Código Penal español, relativa a la preterintencionalidad, que según Rodríguez Muñoz es la que más marcadamente fundamenta el *versari* por ser una disposición general aplicable a todos los delitos, que considera atenuante de responsabilidad criminal "la de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo" no pasó, afortunadamente, a nuestro Código, pues la Comisión redactora decidió suprimirla. Concretamente, en lo concerniente a esta atenuante procedente del modelo español se expresó:

"Puesto en discusión el núm. 3, tomando por base el Nº 3º del mismo art. 9º del Código español, el señor Altamirano, después de dar lectura al núm. 7 del comentario de Pacheco a este inciso, en que demuestra las dificultades de su aplicación, dice: que sólo lo aceptaría en el caso que se agregara a su redacción actual el que tocaría al reo probar su falta de intención.

"El señor Fabres, combatiendo el principio sentado en dicho inciso, cita una disposición de la ley romana en que se hacía responsable al reo de todas las consecuencias de su crimen sin entrar a averiguar cuál fué su intención. Además de esto, agrega que es necesario distinguir para sentar dicha regla, así el mal mayor resultante del acto es un delito distinto del que se propuso el reo, como si, queriendo destruir por el fuego unos vestidos, incendia la casa en que se ha-

²² Detalles relativos a la discusión del precepto pueden verse en el *Acta* de la sesión Nº 116 de la comisión redactora, realizada el 14 de marzo de 1873.

llaban; o si dicho mal resultante del acto criminoso es un delito igual al que se propuso el delincuente, como si en vez de quemar un rancho prende fuego a un palacio. En el primer caso es, sin duda, circunstancia agravante; pero de ninguna manera en el segundo, en que es el mismo delito, que debe entónces castigarse con mayor o menor rigor a prudencia del juez. Encuentra, pues, que el inciso es demasiado lato desde que comprende e iguala en una sola rama las dos distinciones que ha hecho, i pide que se suprima o se hagan dichas distinciones”.

“El señor Reyes, aunque cree que pueden ocurrir algunos casos en que este inciso tenga aplicación, pide que se suprima, en vista de que serán mayores las dificultades que las ventajas que llevará consigo en la práctica”.

“Así se acordó por cuatro votos contra uno, que fué el del señor Gandarillas”²³.

La lectura detenida de las razones dadas por los miembros de la Comisión redactora para suprimir la atenuante aludida revela que no fue para evitar una violación al principio de culpabilidad ni para repudiar la posible intromisión de la máxima del *versari*, sino que obedeció a consideraciones de carácter práctico derivadas de la dificultad de poder probar la real intención del hechor; con todo, en el hecho, cualquiera que haya sido la intención de la Comisión, lo concreto es que el precepto no pasó a nuestro Código²⁴.

Consecuentemente, como lo expone Rivacoba: “entre las disposiciones en que algunos autores ven el *versari* en España, sólo el número 8 del art. 8º español, que, en opinión de Rodríguez Muñoz, es la “menos terminante”,

²³ Ver Acta de la sesión 8ª de la comisión redactora, realizada el 17 de mayo de 1870.

²⁴ Coincidimos aquí con el parecer de ETCHEBERRY, en orden a que la eliminación de la atenuante correspondió a razones diversas al respeto del principio de culpabilidad; así lo expresa en *Derecho Penal*² (Santiago 1965) 1, p. 299.

llegó hasta el Código chileno (art. 10 número 8°), y aun lo hizo perdiendo su frase final, y con ella llegó juntamente el art. que fue 71 en 1848 y 1850, 85 en 1870 y 70 en 1932, y es 64 desde 1944, y que en Chile es el 71. A primera vista, de este par de preceptos, considerados en conjunto, puede colegirse que, cuando obrando ilícitamente (en ocasión de ejecutar un acto ilícito), con la debida diligencia, y, por ello, sin negligencia, sin culpa, y menos dolo, se causa un mal por mero accidente, comoquiera que, así, no concurren todos los requisitos del primero de ellos, hay que castigar, en virtud del segundo, por culpa, no obstante que no la haya, con lo que se acogería la idea del *versari* y la infracción del principio de culpabilidad sería evidente”²⁵.

En un comienzo, la doctrina nacional fue conciliatoria con la fórmula del *versari*, a partir de lo establecido en el N° 8 del art. 10 del Código Penal, que declara exento de responsabilidad criminal al “que con ocasión de ejecutar un acto lícito, con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente”, en relación con el art. 71 del mismo Código que dispone que “cuando no concurren todos los requisitos que se exigen en el caso del N° 8 del art. 10, para eximir de responsabilidad, se observará lo dispuesto en el art. 490”; siguiendo el tenor literal de ambos preceptos, Raimundo del Río propiciaba, a partir del predicamento de que la ilicitud del acto inicial impedía que el hecho fuera culposo, como lo ordenaba el precepto en su opinión, que frente a tal situación se debería aplicar la figura dolosa correspondiente. De lo expresado resultaba que en todo caso se llegaba a la aceptación del *versari*, si el acto era lícito, pero faltaba la debida diligencia, cuasidelito por aplicación literal del art. 71, y si faltaba la lícitud del acto se llegaba al extremo de hacer surgir responsabilidad dolosa²⁶.

²⁵ RIVACOBÁ, Manuel, *El principio* (n. 3), p. 76-77.

²⁶ DEL RÍO, Raimundo, *Elementos de Derecho Penal* (Santiago 1939), p. 151. En igual sentido interpreta a Del Río el profesor RIVACOBÁ (n. 3), p. 77.

Labatut sostuvo la misma opinión, pues expresaba que era menester que el acto inicial voluntario fuera lícito, en caso contrario estaremos ante un *delito*; agregando posteriormente que “la incurrancia de algunos de los elementos enunciados, con excepción del primero, que por ser el alma de la eximente nunca puede faltar (se refiere a la licitud del acto), transforma el hecho en cuasidelito por imprudencia temeraria en conformidad a lo prescrito en el art. 71 del Código”²⁷. Conviene destacar que con posterioridad su pensamiento evoluciona hacia la tesis contraria²⁸.

La doctrina penal posterior se pronuncia invariablemente por el rechazo del *versari*, negándole cabida dentro de nuestro ordenamiento penal; se sostiene, en una formulación escueta, de que el hecho de la ilicitud del acto inicial no conduce necesariamente y por sí solo a hacer responsable al sujeto por el mal causado, a menos que, como señala el art. 71 en relación con el 490, hubiere mediado culpa, la que, al tenor de este último precepto, debe tener la forma de imprudencia temeraria; es más, la única manera de llegar a actuar con imprudencia temeraria se da cuando se omite la debida diligencia exigida por el N° 8 del art. 10, pues el actual ilícito aisladamente considerado no conduce necesariamente a la imprudencia.

La exacta inteligencia del art. 71 es diversa de lo que parece disponer: no se trata de que en su virtud se transforme un evento en cuasidelito, como pareciera desprenderse de su enunciado si se le analiza superficialmente, sino como lo expresa Cury: “La afirmación de que ‘cuando no concurren todos los requisitos que se exigen en el caso del N° 8 del art. 10 para eximir de responsabilidad, se *observará* lo dispuesto en el art. 490’, no significa que en tales casos haya de *castigarse* siempre conforme al referido artículo. *Observar* lo que dispone el art. 490 implica, solamente, *es-*

²⁷ LABATUT, Gustavo, *Derecho Penal* ² (Santiago 1954) 1, p. 161.

²⁸ Así se aprecia en posteriores ediciones, en especial a partir de la 5ª. En la 7ª edición, posterior a sus días, actualizada por el profesor Julio Zenteno Vargas, se manifiesta expresamente esta evolución como puede observarse en p. 125.

tarse a lo que él preceptúa; no aplicar la pena en él contemplada, a situaciones que no ha previsto". Agregando después que: "el art. 71 no es, pues, una norma que impone la obligación de aplicar las penas contenidas en el art. 490. Contiene, la regla excepcional indispensable para sustraer el caso en ella contemplado a los efectos del precepto contenido en el art. II N° 1 C.P." 29.

No quiere decir que al faltar algunos de los requisitos del N° 8 del art. 10, el hecho pase a ser, automáticamente, un cuasidelito, sino que cuando ello ocurra deberemos remitirnos al art. 490 y aplicarlo al caso *si concurren sus propios supuestos*, a saber, que se actúe con imprudencia temeraria en la ejecución de un hecho que, si mediara malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas; las limitaciones que se producen con esta interpretación resultan evidentes.

Con todo nos parece que resulta también imprescindible proceder a desglosar la actividad en dos: por un lado, el acto inicial ilícito que podría generar su propia responsabilidad si se dan a su respecto todos los elementos estructurales del delito, incluido ciertamente el de culpabilidad, y, por otro lado, el evento diverso, al que la ley denomina "*causar un mal*", derivado del primero, del que se responderá o no se responderá, teniendo en cuenta los mismos criterios. Tal distinción, a la que se refiere Novoa expresando: "que nos hallaríamos en presencia de *dos hechos* diferentes, cada uno de los cuales debe ser examinado separadamente en relación con la responsabilidad: uno sería el hecho ilícito inicial, que podría o no constituir delito penal, y el otro el mal sobrevenido con ocasión de él" 30, refleja la subordinación de la responsabilidad penal, de uno u otro hecho, a su real culpabilidad, lo que ya había sido destacado por Jiménez de Asúa cuando precisa que culpa, en sentido lato, hay en el acto ilícito inicial que produce el

29 CURY, Enrique, *Orientación para el estudio de la teoría del delito* 2 (Santiago 1973), p. 126-127.

30 NOVOA, Eduardo, *Curso* (n. 7), p. 437.

evento más grave, siendo respecto de éste, es decir, de esa "porción del acontecimiento dañoso donde incide, en verdad, la responsabilidad objetiva"³¹, a lo que agregaríamos, para ser fieles a su pensamiento, que ciertamente repudia esa forma de responsabilidad por el evento más grave, pero reconociendo de paso la existencia de la dualidad que hemos venido destacando. En este mismo sentido se pronuncia también nuestra doctrina, a pesar de que, en algunos casos, la distinción no se formula en términos explícitos³². A partir de esa distinción entre la licitud o ilicitud del acto ejecutado por una parte, y el mal mayor causado por la otra —ponderando siempre si se actuó o no con la debida diligencia con respecto a este último— se pueden presentar varias alternativas que van, en orden descendente, desde la posibilidad de responsabilidad dolosa, caso en el cual saldremos del marco del art. 490 del Código Penal, hasta la exención de responsabilidad criminal si concurren todos los supuestos del N° 8 del art. 10, pasando por toda una serie de situaciones intermedias resultantes de la falta de licitud del acto o de su ejecución, sin la debida diligencia, siempre que haya sobrevenido un mal mayor por mero accidente³³.

En esa perspectiva, si se ejecuta un *acto ilícito* con la debida diligencia, de acuerdo al art. 71 del Código Penal, deberemos remitirnos al art. 490, pero como éste exige para penar el acto que —además de tratarse de un hecho que de haber mediado dolo constituiría un delito contra las personas— se obre con *imprudencia temeraria*, la diligencia debida empleada constituye un obstáculo insalvable para dar aplicación a la figura cuasidelictual del art. 490.

En el caso contrario, si falta la debida diligencia puede aplicarse el art. 490 del Código Penal si, además de concurrir los supuestos ya indicados, la diligencia omitida es

³¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado* (n. 9), p. 274.

³² ASÍ CURY, Enrique, *Orientación* (n. 29); ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal* (n. 24); BUNSTER, Marcela, *El versari* (n. 6).

³³ Un detalle de las situaciones que pueden producirse con indicación de las consecuencias que se derivan, se encontrará en CURY, Enrique, *Orientación* (n. 29), p. 126 s.

de tal naturaleza que puede ser considerada imprudencia temeraria.

El N^o 8 del art. 10 del Código Penal es, por lo demás, tan sólo una hipótesis particular de casos fortuito de la que no pueden extraerse conclusiones generales; el hecho de que no concurren todos los requisitos que lo conforman puede conducir a estar en presencia de responsabilidad dolosa, culposa o de ausencia de responsabilidad. Así ocurre si se ejecuta un acto ilícito, pero se emplea la diligencia debida y se causa un mal mayor, supuesto en el cual, por ausencia de culpabilidad, no habrá responsabilidad penal por ese evento, no obstante la ilicitud del acto inicial, lo que demuestra que en nuestro derecho la regla del *versari* no tiene cabida. Es más, el hecho de que el N^o 8 del art. 10 contenga tan sólo una forma particular de caso fortuito, que no es la única según es posible demostrar, da margen para afirmar que en un sentido general el caso fortuito supone ausencia de culpabilidad (inculpabilidad), pudiendo sostenerse, como lo hace Etcheberry, que "La verdad es que el caso fortuito no es una situación excepcional y que exija la concurrencia positiva de determinados requisitos para eximir de responsabilidad, sino que, por el contrario, es un evento de carácter puramente negativo en cuanto a su naturaleza frente al dolo y la culpa. Esto es, establecida la relación de causalidad entre la acción y el evento más grave, si no hay dolo ni culpa, se tratará sin más de un caso fortuito, sin que sea necesario determinar si concurren otros requisitos positivos señalados por la ley. Como la punibilidad supone dolo o culpa, la ausencia de éstos determina la impunidad a título de caso fortuito. Y como la previsibilidad es la esencia de la culpa, cada vez que el evento resultante no haya sido previsible estaremos en presencia de un caso fortuito. La regla del art. 10 N^o 8 es en verdad una disposición muy ligada al principio del *versari*, pero no se refiere más que a una especie particular de caso fortuito" ³⁴.

³⁴ ETCHEBERRY, Alfredo, *El Derecho Penal en la Jurisprudencia* (Concepción 1868) 2, p. 80 s.

Ello conduce al sistema penal chileno, en esta materia, hacia una posición que se concilia armónicamente con el principio de que *la culpabilidad debe ser demostrada* —lo que dista mucho de ser una realidad en presencia de la lamentable presunción legal de dolo del inciso 2º del art. 1º del Código Penal— *y que su ausencia*, determinante de inculpabilidad por caso fortuito, *debe ser declarada* mientras no se acredite un actuar doloso o culposo de aquellos que la ley sanciona expresa y excepcionalmente. En suma, en este orden de ideas, la inculpabilidad por caso fortuito, *que supone una negación*, estará presente toda vez que no logre probarse o establecerse la concurrencia de su contrapartida, cual es la culpabilidad dolosa o culposa, *que es una afirmación*, que precisa como tal de concreta y especial demostración.

Por otro lado, el art. 492 del Código Penal proporciona una excelente base dogmática para fundar la distinción entre un posible acto inicial ilícito, del que no se deriva responsabilidad penal si no concurre también la imprudencia o la negligencia en la ejecución del hecho que, de ser cometido dolosamente, importaría un crimen o un simple delito contra las personas; exige el referido artículo que el sujeto actúe *con infracción de los reglamentos y por mera imprudencia o negligencia*, lo que demuestra que el contenido subjetivo de esta figura sólo se satisface si concurren *ambas copulativamente*, y que si únicamente hay infracción reglamentaria, lo que constituye la inicial ilicitud, y no se actúa con imprudencia o negligencia, no se puede sancionar el evento como delito culposo. Lo mismo se puede afirmar para el caso contrario; si hay imprudencia o negligencia y no existe infracción reglamentaria tampoco llegaremos a estar frente a un delito culposo, salvo que se trate de una imprudencia temeraria, en cuyo caso aplicaremos el art. 490. Lo dicho confirma el aserto de que el art. 492 contiene dos exigencias subjetivas autónomas e independientes que deben concurrir conjuntamente para que tenga aplicación. Si la infracción reglamentaria a que alude el art. 492, *aisladamente considerada*, no basta para

llenar la exigencia del correspondiente tipo culposo, quiere decir que ella, no obstante representar una forma de ilicitud inicial del acto, no genera responsabilidad penal por el evento causalmente derivado, lo que viene a demostrar que el versari carece de asidero frente al texto de la ley³⁵. A igual conclusión puede llegarse frente al art. 329 del Código Penal; exige éste que el hechor deje de observar los reglamentos del camino *que deba conocer* para sancionar los accidentes ferroviarios que provoquen lesiones o daño a alguna persona. Como apunta Etcheberry: "Aquí la inobservancia de los reglamentos resulta una forma especial de culpa, pero supone que ellos sean conocidos y se violen (imprudencia), o sean desconocidos, debiendo conocerse (negligencia), y, además, que entre dicha inobservancia y las lesiones exista una relación de causa a efecto ("*por inobservancia*")"³⁶.

Consecuentemente, la noción del versari como fórmula que propicia la punibilidad del evento mayor por el solo hecho de encontrarse el sujeto en un estado de ilicitud inicial—"quien de cosa ilícita se ocupa responde del caso fortuito"—no solamente es contraria al principio de culpabilidad que inspira nuestra legislación penal, sino que no se concilia con una genuina interpretación de los preceptos que, aparentemente, parecen otorgarle un fundamento.

³⁵ En nuestro concepto, CURY ha demostrado con claridad que el artículo 492 inciso 1º del Código penal chileno perdería significado y no podría ser aplicado nunca si se aceptara que la mera realización de un acto ilícito, por mandato del artículo 71, quedaría captada siempre por el artículo 490, debiendo pensarse el hecho como cuasidelito. Si así fuera la infracción de reglamentos a que alude el art. 492 inciso 1º, por representar una forma de acto ilícito, nos llevaría a tal absurdo interpretativo. Véase a CURY, Enrique, *Orientación* (n. 29), p. 125 s.

³⁶ ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal* (n. 24), p. 293.