

CULPA IN RE ILLICITA
LA DIVERGENCIA ENTRE OBJETO DE LA VOLUNTAD Y HECHO REALIZADO

Luigi Cornacchia
(Università degli Studi di Bergamo)

Quaestio: la responsabilidad por las consecuencias no intencionales de un delito doloso.

Parece que, si alguien comete un delito doloso – por ejemplo, lesiones, u otro delito caracterizado por un contenido de violencia – y además se realiza un resultado – muerte o lesión de la víctima – que no quiso causar, tiene que responder de esto por la simple razón de encontrarse en una situación ilícita intencionalmente producida (*qui in re illicita versatur, tenetur etiam pro casu*).

Pero estas soluciones se enfrentan con el principio de culpabilidad: se trataría de imputación objetiva de un resultado que se queda al margen de la voluntad¹.

Hablamos del hecho en el que la voluntad del reo está dirigida a un suceso determinado, pero el evento que se produce es más grave.

Cuando el propósito del reo fue sobrepasado por el evento, ¿debe imputarse al culpable el resultado no querido que fue ocasionado? ¿y a qué título?

Dado que se trata de un acontecimiento que cae fuera de la voluntad directa del agente, que quiere cometer un delito, pero no quiere directamente la consecuencia, se habla de preterintención: en el código penal italiano el delito preterintencional es un tipo previsto expresamente

¹ Es el carácter voluntario “el factor determinante de que tales actos sean apropiables subjetivamente y, en tanto tales, generadores de responsabilidad” (F. LAMAS, *El hombre y su conducta*, Buenos Aires, 2013, 24).

Italia

- preterintención como tipo general (art. 43 c.p.): “...cuando de la acción o omisión deriva un resultado dañoso o peligroso más grave del que quería el sujeto agente”
- delitos preterintencionales:
 - homicidio preterintencional (art. 584 c.p.): causar la muerte con actos dirigidos a cometer lesiones o golpes
 - aborto preterintencional (art. 18, comma 2 L. 194/178 – art. 593 ter, comma 2): causar el aborto “...con acciones dirigidas a ocasionar lesiones a la mujer”
 - (y otros más, no cualificados expresamente como preterintencionales por el legislador)

Además, en el código penal argentino se prevé el homicidio preterintencional:

Se impondrá reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años: ...Al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte. (art. 81, 1º, b)

- a. un medio que no debía matar
- b. una intención que era causar un daño en el cuerpo o en la salud

Y en Colombia:

art. 24 c.p.: La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente.

En Perú:

art. 118 c.p.: Aborto preterintencional

El que, con violencia, ocasiona un aborto, sin haber tenido el propósito de causarlo, siendo notorio o constándole el embarazo...

Art. 123. Lesiones preterintencionales con resultado fortuito

Cuando el agente produzca un resultado grave que no quiso causar, ni pudo prever, la pena será disminuida prudencialmente hasta la que corresponda a la lesión que quiso inferir.

El término “preterintencion” está equivocado:

Praeter intentionem en el pensamiento de Santo Tomás es algo totalmente fortuito, accidental².

Entonces, parece que el hecho que va “más allá de la intención” sucede por casualidad, y no tiene que ver con la acción humana.

Y ya en ARISTÓTELES está claro que cuando el resultado perjudicial diferente de lo que se creía - por ej. actúo para agujonear, no para herir - y se realiza por desgracia contra cualquier expectativa razonable (*paralògos*), se tiene que ascribir al caso (*atychema*)³.

¿Y que sucede en la realidad?

En la mayoría de los ordenamientos la respuesta es clara.

Se imputa el resultado por imprudencia: así, los delitos cualificados por el resultado en Alemania (“*Erfolgsqualifizierte Delikte*”), que después de la Reforma de 1953 requieren la imputación por imprudencia de la consecuencia no causada con propósito

El problema es cómo se tiene que entender la imprudencia o “culpa”.

En Italia la jurisprudencia hasta ahora ha acogido la interpretación de la preterintención como dolo mixto a responsabilidad objetiva, según la teoría del “*versari in re illicita*”.

Claro que en virtud del principio de culpabilidad - en Italia principio de relieve constitucional, el art. 27 Cost. - no se pueden imputar resultados de una conducta sin

² Así “...id quod aliquis facit praeter intentionem, per accidens agit” (S.Th. I-II q 76 a 3 ag 2). Y “...quod enim est praeter intentionem, est quasi per accidens, et non denominat actum” (S.Th. I-II q 78 a 1 ag 2).

³ *Ética Nicomáquea*, V 10, 1135b¹⁶ e *Rhet I* 13, 1374b⁶.

que haya como mínimo imprudencia. De este modo, queda desterrado totalmente del derecho penal actual el referido principio del *versari in re ilícita*.

Pero en Italia:

- a. siguen existiendo casos de responsabilidad objetiva: herencia probablemente más de la tradición positivista que de la matriz autoritaria del código (de la época de la dictadura fascista);
- b. existe además la preterintención como tipo general: el delito puede ser doloso, imprudente o preterintencional.

Se trata de tipos que claramente son inconstitucionales por violación del art. 27 Const., principio de culpabilidad, pero se quedan en el ordenamiento penal, porque el legislador no los quitó, y el Tribunal Constitucional no tuvo ocasión para declararlos inconstitucionales (según la tendencia a la conservación de las normas, reflejo de la división de los poderes, que impide al Tribunal Constitucional cualquier injerencia en las elecciones libres del poder legislativo).

La estructura del delito preterintencional consta de un delito doloso (de conducta, de resultado, también tentativa) más la producción de un resultado más grave, que el agente no quiso causar: así por ej. el tipo del homicidio preterintencional del art. 584 c.p., en el que la muerte de la víctima es la consecuencia de un delito doloso de golpes o lesiones, que la jurisprudencia lo interpreta como forma de responsabilidad objetiva, es decir, dice que es suficiente averiguar un nexo causal entre delito doloso y consecuencia.

El modelo del “*versari in re illicita*” en la realidad es moderno, y refleja diferentes aporías:

1. equivocación de la teoría de la “*voluntas indirecta*”⁴, que se convierte en simple previsibilidad de un riesgo⁵:

Santo Tomás, respecto a la *voluntas indirecta*, advierte que “...non semper id quod sequitur ad defectum actionis, reducitur sicut in causam in agens, ex eo quod non agit, sed solum tunc cum potest et debet agere” (S.Th. I-II q 6 a 3 C); y sugiere el ejemplo de un piloto que no pudiera dirigir una nave, o no tuviera encomendada su conducción, al que no se le imputaría el hundimiento que sucediera por ausencia de piloto. La verdad es que el normativismo moderno no ha descubierto nada nuevo: la responsabilidad se fundamenta en el deber y en el poder de cumplir, no en la simple previsibilidad de un acontecimiento posible.

2. equivocación del término “casus”: en su sentido originario, significaba falta de dolo; en la actualidad, el “encontrarse en una determinada situación”, aunque sea fortuitamente, y responder de lo que sucede; mientras que en el derecho penal intermedio la fórmula no tendría el sentido de legitimar la responsabilidad objetiva, sino más bien no dolosa, con posible aplicación de la *poena extraordinaria* en caso de conducta imprudente⁶.

La cuestión debatida entre los jurisconsultos atañía a la cualificación dolosa o imprudente de la responsabilidad: por ej., practicar con la lanza en un lugar público muy concurrido; montar un caballo no domado y andar por la ciudad; arrojar piedras, tejas o ladrillos de un techo sin avisar o sin poner señales de peligro. Las consecuencias del *opus illicitum*⁷ que *verisimiliter* pueden ocurrir se imputan, según las situaciones concretas, o por *voluntas indirecta*, o por imprudencia, y en este último caso se castigan con *poena extraordinaria*.

3. conexión con el modelo causal-mecanicista, herencia del positivismo del siglo XIX: en un mundo concebido como conjunto de factores condicionales, la responsabilidad está toda en haber causado el resultado final, y la causalidad se

⁴ Según Santo Tomás: “...voluntarium potest esse absque actu, quandoque quidem absque actu exteriori, cum actu interiori, sicut cum vult non agere; aliquando autem et absque actu interiori, sicut cum non vult” (S.Th. I-II q 6 a 3 C); “...voluntarium dicitur non solum quod procedit a voluntate directe, sicut ab agente; sed etiam quod est ab ea indirecte, sicut a non agente” (S.Th. I-II q 6 a 3 RA1). Véase L.A. BOSSINI, *La verdad en derecho. Justicia, orden y bien común*, Buenos Aires, 2020, 97 s.

⁵ “Colpa eventuale”, “imprudencia eventual” según G. CIVELLO, *La “colpa eventuale” nella società del rischio. Epistemologia dell’incertezza e “verità soggettiva” della colpa*, Torino, 2013, 169 ss.

⁶ Vid. M. RONCO, *Il versari in re illicita e l’eccesso del mandatario*, en “Studi in onore di Alfonso M. Stile”, Napoli 2014, ahora en “Scritti Patavini”, Tomo II, 1269 ss.

⁷ Utiliza esta expresión respecto a la asunción ilícita de riesgos GA DE FRANCESCO, *Opus illicitum, Tensioni innovatrici e pregiudizi dommatici in materia di delitti qualificati dall’evento*, en *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1993, n. 3, 994 ss.

entiende como simple *condicio sine qua non* (que es menos de la causalidad eficiente), fuera de cualquiera diferenciación entre las cuatro causas aristotélicas.

Se quedan sin resolver dos cuestiones:

- 1) problema de la admisibilidad de la “*culpa in re illicita*”: ¿se puede reprochar una imprudencia en el marco de una acción ya ilícita?

Esta cuestión se puede desarrollar de tres maneras distintas.

I. Deber de cuidado

Según el léxico jurídico-penal moderno, ¿hay **deberes de cuidado en un contexto ilícito**, es decir, en el marco de la comisión de un delito doloso?

Es como decir a quien comete un delito doloso que no puede hacerlo, está prohibido, pero, que si lo hace, tiene que hacerlo con cuidado respecto a la víctima! De esta manera, parece que el ordenamiento se pone en contradicción consigo mismo.

II. Agente modelo

El criterio que hoy se toma como fundamento de los deberes de cuidado en la imprudencia es el del agente modelo: es decir, se requiere al agente el mismo nivel de cuidado que se exigiría en una situación igual a una persona que actué de la manera mejor según el rol profesional y el tipo de actividad que desempeña (*homo eiusdem conditionis et professionis*)⁸.

Pero parece absurdo pensar en un “delincuente modelo”.

⁸ Véase G. CIVELLO, *La “colpa eventuale” nella società del rischio*, 293 ss., que ilustra también las aporías de este concepto.

III. Conducta alternativa lícita

El reproche por lo que se ha cometido por imprudencia supone que se podía evitar esta conducta, es decir, que el agente se podía portar de manera diferente actuando de una manera alternativa lícita.

Pero el supuesto de la evitabilidad del actuar imprudente o de la posibilidad de una conducta alternativa lícita⁹ parece incompatible con un contexto de actuación ilícita como la comisión de un delito doloso: la única manera de evitar el resultado más grave (por ej. la muerte de la víctima) es la abstención del delito doloso mismo (por ej. lesiones a la víctima).

A las tres objeciones se puede responder como sigue.

La supuesta imposibilidad de exigir con cumplir deberes de cuidado a un sujeto que actúa dolosamente es herencia de una concepción posiblemente equivocada de la norma penal, es decir, el llamado *imperativismo*, según el cual todas normas consisten en prohibiciones u órdenes: en la realidad, el deber de cuidado es más un estandar de conducta (concepción *valorativa*), que permite decidir la gravedad de un actuar ilícito en dirección de los bienes fundamentales de la persona de la víctima.

Igualmente, no tiene sentido fundamentar un “delincuente modelo”: pero la persona que actúa ilícitamente no pierde su calidad de ser razonable, que tiene que respetar la vida de los demás, también de la víctima de su conducta, aunque las consecuencias más graves no sean intencionales.

Consecuencias que son evitables con una conducta que no tenga una carga de violencia tal que pueda desembocar en consecuencias no intencionales más dañinas para la víctima.

⁹ Véase G. CIVELLO, *La “colpa eventuale” nella società del rischio*, 245 ss.

En fin, también en un contexto de actuar ilícito se puede plantear la imprudencia respecto a un evento más grave, una imprudencia que se puede imputar a la voluntad del sujeto, según la teoría del voluntarium de la que se ha hablado.

Entonces, el fundamento de la preterintención está todo en una imprudencia grave relacionada con bienes fundamentales (véase, incolumidad de la persona)¹⁰

2) problema de la especificidad de esta forma de imputación, es decir, qué tiene de especial respecto a una normal responsabilidad por imprudencia, hasta al punto que en algunos casos se castiga de manera más severa (así en el ordenamiento italiano el homicidio preterintencional): “*violentia*”: ¿qué debe tener la acción voluntaria delictiva para que su autor sea responsable de las consecuencias no intencionales? Esta acción debe tener una carga de tal violencia que pueda desembocar en otras consecuencias no queridas (pero reprochables si concretamente depende de la voluntad del agente, que quiere cometer un acto peligroso para los bienes de los demás)

Se trata de una imprudencia grave, que ya se encuentra *en potencia* en la carga de violencia con la que se ha cometido con intención el delito doloso (el llamado delito base).

Se pueden extraer las siguientes conclusiones.

El delito doloso del que deriva el resultado más grave tiene que ser tan violento como para crear un riesgo alto: por ej. no es suficiente golpear suavemente a la víctima. Y esta violencia tiene que ser algo que el sujeto quiso producir, con voluntad y libertad, a pesar de que no quiso la consecuencia.

¹⁰ M. RONCO, *Omicidio preterintenzionale* (art. 584 c.p.), en “Codice penale ipertestuale”, 2017, ahora en “Scritti Patavini”, Tomo I, 681 s.

Este riesgo se tiene que realizar en el resultado, es decir, el resultado tiene que representar la realización precisamente de ese riesgo, y no de otro, o de un riesgo general.

Esto, claramente, ya estaba todo en el descubrimiento aristotélico de la imputación del libro III de la *Ética Nicomáquea*, constituida por tres elementos: causalidad, autoría y voluntariedad.

En el delito que el sujeto quiere cometer – delitos dolosos – está *en potencia* la lesión del bien final: en este sentido, se debe tratar de una conducta que conlleva un peligro alto en dirección justo en razón de la carga de violencia que debe tener. La consecuencia no intencional actualiza lo que en potencia está en el delito cometido intencionalmente.

Imputación es atribución de un hecho y de ciertas consecuencias a un sujeto en función de relaciones de causalidad, autoría e intencionalidad volitiva.

Según las palabras de Lamas: “mientras que entre la naturaleza agente y su efecto sólo hay relación de causalidad (eficiente), entre la persona y su acto hay algo más: se habla en este caso de imputación, que es la pertenencia personal del acto y de sus consecuencias, de la cual surge, por otra parte, la responsabilidad, otro fenómeno (moral y jurídico) estrictamente personal”¹¹.

¹¹ F. LAMAS, *El hombre y su conducta*, 167.