

**CONSAGRACION DEL DELITO PRETERINTENCIONAL EN LA LEGISLACION
PENAL COLOMBIANA**

**LEONEL FRANCISCO ROMERO RAMIREZ
ROBER TRINIDAD ROMERO RAMIREZ**

**Anteproyecto de Grado presentado
como requisito parcial para op
tar el título de Abogado.**

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1989

TABLA DE CONTENIDO

1.	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	4
2.	OBJETIVOS	11
2.1	OBJETIVOS GENERALES	11
2.2.	OBJETIVOS ESPECIFICOS	11
3.	JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACION	13
3.1.	TEORICA	13
3.2.	PRACTICA	13
4.	DELIMITACION	15
4.1.	EL TEMA MISMO	15
4.2.	ESPACIAL	15
4.3.	TEMPORAL	16
5.	MARCO TEORICO	17
6.	METODOLOGIA	21
6.1	TECNICA	21
6.2	METODO	21
7.	HIPOTESIS	23
7.1	HIPOTESIS GENERAL	23
7.2.	HIPOTESIS ESPECIFICA	23

8.	PLAN DE TRABAJO	25
9.	BIBLIOGRAFIA	29

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La aplicación de la ley penal es un tema que interesa a todos los habitantes de una nación, a los gobernantes como a los gobernados; a los primeros porque de una correcta aplicación de la ley penal vigente, sobre todo en un Estado de derecho como el nuestro, dependerá la conservación de las instituciones que lo componen; a los segundos porque son reglas de conducta que se le aplican cada vez que en la sociedad en que se desenvuelven surge controversias que de una u otra forma, afecten su normal desarrollo.

La correcta aplicación de la ley a los habitantes de un Estado, depende no solamente del cumplimiento a cabalidad del término, ni totalmente de la actividad que desarrolle el órgano establecido para tal efecto; pues para obtener su ideal realización, antes tenemos que fijarnos si la ley es correcta, esto es, una ley creada con todos sus requisitos formales y sustanciales; pues cuando existen vacíos, imprecisiones, contradicciones, etcétera, en una norma de

derecho, muy buena intención puede tener el órgano encargado de aplicar, sin embargo la ley nunca alcanzará su verdadero cometido.

Desde las aulas de nuestro claustro universitario hemos cuestionado la forma de creación de las leyes en Colombia, pues este país, se ha convertido en una máquina fabricadora de leyes. en Colombia hay leyes para todos, se ha legislado en todos campos, mas sin embargo, los problemas que se han tratado de subsanar continúan, lo cual se debe al factor alegado y a que no se indaga por las causas reales del enigma; pues las normas no son creadas con aplicación de la suficiente seriedad y capacidad requeridas.

en el campo penal, donde las normas que integran ese ordenamiento jurídico juegan un papel vital en la sociedad por tratar cuestiones de orden público, como la protección a la vida, el patrimonio de las personas, conservación del Estado, las libertades, etcétera, no se escapan a estas imprecisiones de que hablamos; siendo que por la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados y la peligrosidad que acarrearía en error en este campo, debería ostentarse el máximo esmero en su creación y aplicación.

El derecho a la vida, es sin duda el más importante de los derechos de la humanidad, cada vez que cuando este desapa

rece, desaparecen con él los demás derechos del hombre.

Siguiendo en ese orden de importancia, habría que destacar el derecho a la libertad; pues sin él los demás estarían reducidos significativamente, de ahí que muchos, no le ven ningún sentido al primero, cuando este sufre mengua o se pierde.

El delito preterintencional, tal como está consagrado en nuestra legislación penal, interesa a estos dos derechos; al primero lo protege, imponiendo al individuo que lo destruya o lo haga desaparecer como sanción una pena principal, que consiste en prisión; con la cual se pierde el segundo.

En Colombia esta clase de delito no ha obtenido el suficiente y adecuado desarrollo legislativo; y esto no se ha debido precisamente a que no se den o no se hayan generalizado las conductas que lo causan, para que merezca la atención del órgano respectivo; pues tal como entendemos en cualquier conducta encaminada a producir un resultado dañino se puede dar un resultado mayor, sin que éste sea la intención al actor.

Además, en Colombia aunque contamos con sobresalientes doctrinantes e intelectuales al frente de los órganos encargados de aplicar la ley, no se le está dando la debida y co

Correta interpretación; cosa que nos preocupa sobre todo a quienes comenzamos a dar nuestros primeros pininos en el campo jurídico y aspiramos a toda costa, ver en nuestro país la justicia ideal.

Cuando comenzamos el estudio del derecho penal en tercer semestre, aprendimos en el artículo 35, con el profesor de la cátedra, las formas de culpabilidad, el dolo, la culpa y la preterintención y en el artículo 38 un concepto amplio de la preterintención, cosa que nos hizo avivar desde ese momento el interés por esta especie de delitos; luego vimos el artículo 39 que establece la especialidad del hecho pero no pensamos en ningún momento, que esta última norma sería un óbice para poder tratar como delito preterintencional conducta que reúnen todos los requisitos del mismo, y esto porque enseguida nos hicimos la idea que la parte especial íbamos a encontrar un desarrollo de la preterintencionalidad, tan amplio y quizás más, que el que se hizo en la parte general del código vigente; cosa que desafortunadamente no fue así, pues en cursos siguientes cuando analizamos la parte especial, nos percatamos que en nuestra legislación penal solamente existe un delito preterintencional; el homicidio, consagrado en la parte especial del código vigente en el artículo 325.

Además de este deficiente desarrollo del que hablamos, en la parte especial del código penal vigente, vemos como las

personas implicadas en la aplicación e interpretación de las normas consagradas, llámense magistrados, jueces, doctrinantes o litigantes, al parecer han adoptado un criterio equivocado en ello; contribuyendo así a darle ese carácter restringido al delito preterintencional o mejor al homicidio preterintencional, que como dijimos, es el único delito de esta especie consagrado en la vigente legislación penal colombiana.

A pesar de ser homicidio preterintencional, el único delito de esta naturaleza, consagrado en nuestra legislación penal, la jurisprudencia y la doctrina generalizada como consecuencia de esa mala interpretación anunciada está cometiendo el exabrupto error de considerar a las lesiones seguidas de muerte del lesionado como único homicidio preterintencional.

Estas imprecisiones causan gran daño a la sociedad, tanto a los asociados involucrados como sujetos pasivos, pues sus intereses no están debidamente protegidos; caso el derecho a la vida del niño que muere por causa del abandono y, que la ley vigente no lo sanciona, pues solamente sanciona el abandono; y por la muerte establece una simple agravación sin cambiar de denominación el tipo.

Como también a los que actúan como sujetos activos, pues en muchos casos se sanciona como concurso de un delito he

hechos que constituyen delito preterintencional; como sucede con el aborto seguido de muerte; aunque se ha calificado, en este caso, por parte de la jurisprudencia y la doctrina, a la muerte como homicidio culposo.

Los siguientes interrogantes, entre muchos existentes ilustran mejor la existencia del problema y la necesidad de que nos dediquemos a tratar el tema de la consagración del delito preterintencional en la legislación penal colombiana, con la seriedad que se merece.

¿De la interpretación correcta del artículo 325 del código penal colombiano vigente, se colige que se refiere solamente a la muerte de una persona como producto de lesiones causadas?.

Cuando un sujeto actúa con la intención de causar un aborto, con o sin el consentimiento de la mujer, y efectivamente lo causa, pero como consecuencia de su conducta la mujer muere, ¿no hay exceso de intención del sujeto activo, siendo que éste en ningún momento quiso la muerte, aunque era previsible?.

¿No hay exceso de intención de quien actúa con la intención de violar y como consecuencia de la violación el sujeto paciente muere?.

¿Existe diferencia fundamental, tanto como para no consagrarlas unificadamente, entre las conductas típicas de lesionar a una persona y abandonar a un menor, cuando como consecuencia de dicho acto se produce la muerte?.

¿A caso no hay exceso de intención cuando se pretende violar o lesionar a una mujer embarazada y como consecuencia de la realización de dicha pretensión se produce el aborto de la mujer?.

Por último ¿existe intención cuando se actúa con preterintención?.

2. OBJETIVOS

2.1. OBJETIVOS GENERALES

- Establecer la falta de desarrollo adecuado que tiene el delito preterintencional en la parte especial del código penal vigente.

- Demostrar que se le está dando una interpretación jurisprudencial y doctrinaria errónea y las normas que consagran el delito preterintencional.

2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

-Explicar de la manera más amplia posible los delitos preterintencionales.

-Demostrar que hubo imprecisión en la terminología utilizada, en la redacción de las normas que consagran al delito preterintencional en Colombia, dando lugar a errores jurídicos gramaticales que contribuyen a la formación del problema

- Señalar cómo con la intención de llenar algunos vacíos, los redactores de la norma penal vigente incurrieron en imprecisiones.

- Dejar ver claramente, que se utiliza redundancia innecesaria en la consagración de normas en lo concerniente a delito preterintencional.

-Expresar los límites entre los delitos preterintencionales y los delitos de doble resultado o calificados por el juzgado como también se llaman; los mismos que entre el homicidio preterintencional con respecto al doloso y al culposo.

_ Demostrar que el homicidio preterintencional no solamente se comete como consecuencia de lesiones personales, sino que es factible su consumación por medio de otras conductas ilícitas.

_ Explicar cómo en la legislación penal vigente se le da tratamiento diferente a hechos que por su naturaleza, reúnen todos los requisitos exigidos por la misma ley, la jurisprudencia y la doctrina para el delito preterintencional.

3. JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACION

3.1 TEORICA

Desde el punto de vista jurídico se justifica la realización de trabajos de esta naturaleza, pues con ellos se está contribuyendo al mejor entendimiento e interpretación de la ley, y en caso que nos ocupa, del delito preterintencional; máxime si el trabajo se hace en forma analítica -crítica, como lo hemos procurado, dejando al relieve nuestra inconformidad con el tratamiento dado hasta nuestros días, al tema.

Al delito preterintencional le está haciendo falta un análisis serio, para buscar en lo posible un replanteamiento, desde la forma como está tipificando hasta la forma como está siendo concedido y sancionado en legislación.

3.2. PRACTICA

Nos preocupa mucho el trato que está recibiendo la comuni

dad cuando de una u otra forma entra a ser sujeto del delito preterintencional, pues ella es la que sufre directamente las secuelas de las imprecisiones existentes, cada vez que el delito preterintencional tal como está consagrado en nuestra legislación, el bien jurídico tutelado pertenece a los particulares, siendo éstos en consecuencia los más próximos perjudicados con un inadecuado tratamiento; ya sea en su consagración como en su interpretación.

4. DELIMITACION

4.1. EL TEMA MISMO

Nuestro trabajo se circunscribe como el título mismo lo indica a explicar la forma como se ha consagrado el delito preterintencional en la legislación penal vigente; explicando además la interpretación que se le ha venido dando a las normas que lo consagran, y por supuesto establecemos a nuestra manera de ver las cosas, como debería consagrarse y cual sería su interpretación correcta.

4.2. ESPACIAL

Al titular nuestro trabajo le estamos otorgando como limitación geográfica el territorio colombiano toda vez que las leyes se aplican en todo el territorio nacional, sin embargo, eso no es óbice para que en busca de mayor comprensión del tema se emitan, al referirnos al delito, explicaciones que sobrepasen el alcance nacional, como también algunos conceptos de doctrinantes extranjero, pero

que por su importancia han rebosado las fronteras de sus pases de origen, brindandonos un aporte significativo.

4.3. TEMPORAL

Aunque nuestro estudio se centra en la forma como está actualmente consagrado el delito preterintencional, esto es apartir del 29 de enero de 1981, tocaremos también el tratamiento legal que se le ha dado al delito preterintencional a través de la historia, con lo cual nos remontaremos hasta el año 1890.

5. MARCO TEORICO

"El delito en su aceptación genérica de infracción penal o hecho punible, es en primr lugar un hecho jurídico, en cuanto a acontecimiento al que el derecho atribuye consecuencias jurídicas (penas, medias de seguridad y responsabilidad civil), Se trata, además de un hecho humano, pero éste ha de ser también, y necesariamente voluntario, ya que la voluntad es el límite de la responsabilidad (responsabilidad subjetiva o circunscrita a la culpabilidad); esa calidad esta presente tanto en el dolo como en la preterintención y la culpa, no así en el caso fortuito...."¹

Esta noción que nos trae el tratadista FERNANDEZ CARRASQUILLA, aunque no es lo suficiente concisa trae los elementos esenciales del delito en general observar claramente como elemento esencial la culpabilidad, haciendo mención, ob

1. FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal Fundamental Editorial TEMIS. Bogotá D.E. 1982 Pagina 143

viamente, por su generalidad a la preterintención, nuestro tema, y que a propósito explicaremos su situación ante la culpabilidad.

"El acto preterintencional, en rigor de significaciones, es el que se cumple al margen de la intención, fuera de la intención. Su nombre viene de praeter que en latín quiere decir precisamente eso; lo que está situado al margen de, al lado de, fuera de otra cosa, fuera de otro concepto o de otro entendimiento"².

El doctor LUIS CARLOS PEREZ, nos trae en su obra de derecho penal esta definición clara y precisa del acto preterintencional, que nos sirve además para corroborar nuestra inquietud acerca de qué fue lo que quiso decir el legislador; si preterintención o exceso de intención; y a sostener la utilización, mejor, del término ultraintencional y no preterintencional, lo cual explicaremos detalladamente en el desarrollo del tema.

"El nuevo código penal suprimió la modalidad preterintencional"

2. PEREZ, Luis Carlos, Derecho Penal, Tomo 1, segunda Edición, Editorial Temis, Bogotá, D.E. 1987, página 501

nal del aborto seguido de la muerte de la mujer a que se refería el artículo 367; nos parece sin embargo que tal hipótesis queda subsumida por la de homicidio preterintencional propiamente dicho (artículo 325 de la nueva codificación), siempre que el resultado final de la conducta de quien dolosamente cause el aborto - muerte de la mujer - puede serle imputado a título de culpa. Obsérvese que el propio código penal de 1936, remitía la punibilidad de este hecho el homicidio preterintencional; tal vez por eso el legislador del 80 consideró innecesario consagrar expresamente dicha figura" ³.

En esa acertada explicación al maestro ALFONSO REYES ECHANDIA, nos deja observar como sí existe doctrina que ha tratado de darle interpretación correcta a las normas que consagran al delito preterintencional, muy a pesar, de la falta de precisión con que se ha hecho esta ésta por parte de la mayoría de los intérpretes.

Finalmente para redondear nuestro marco teórico, observe mos una importante apreciación del doctrinante ANTONIO JOSE MARTINEZ LOPEZ, donde nos deja ver claramente su pen.

3. REYES ECHANDIA, Alfonso, La culpabilidad, Universidad Externada de Colombia, Bogotá D.E. 1982 página 141.

samiento en torno al problema, y que coadyuva a valorar nuestro fundamento.

"Sobre el tratamiento penal con base en la causal tercera de agravación (muerte del abandonado), consideramos que se dan los presupuestos objetivos y subjetivos del homicidio preterintencional, debiéndose regular la pena por la correspondiente disposición y no tomar un resultado tan grave como parte secundaria para determinar la sanción" ⁴.

4. MARTINEZ LOPEZ, Antonio José, Estatutos Penales Colombiano, parte especial, Ediciones Librería del Profesional. Bogotá D.E. 1986, pagina 560

6. METODOLOGIA

6.1. TECNICA

Para lograr la obtención de nuestro cometido, hemos utilizado como técnica de estudio el análisis general con un carácter crítico, de las normas que consagran el delito preterintencional en la legislación penal vigente; de la doctrina y la jurisprudencia que trata de interpretarla, como también de algunos datos legales y doctrinales con respecto al estudio histórico del tema.

6.2. METODO

el tema tratado lo desarrollaremos partiendo de lo general hacia lo particular, pues prelujiaremos con algunas nociones generales del delito y de la preterintención, pasando por la forma como está consagrada en la legislación penal colombiana, y en fin una explicación amplia del tema; para que al final quede claro nuestro criterio personal acerca del mismo; de tal manera que el método utilizado es el de

ductivo.

7. HIPOTESIS

7.1. HIPOTESIS GENERAL

La conducta preterintencional, en lo que respecta a su consagración e interpretación, como hecho punible en nuestra legislación penal, no ha sido tratada con la seriedad y el profesionalismo que se merece un tipo de tanta importancia para el incolmable desarrollo del conglomerado social; que ha sido a través de la historia el cometido de las normas jurídicas.

7.2. HIPOTESIS ESPECIFICA

La deficiente redacción jurídico - gramatical de las normas del derecho, de lo que no escapa las que tipifican el delito preterintencional, acostumbrando a los intérpretes de la misma apartarse un poco del contenido gramatical del texto legal, y tratar de agorar el espíritu de la misma; lo cual obviamente trae discrepancia en su interpretación, prevaleciendo casi siempre a aquella que tiene mas

adeptos pero que no todas las veces representa la verdadera intención del legislador.

8. PLAN DE TRABAJO

INTRODUCCION

1. EL DELITO

1.1. NOCIONES GENERALES

1.2. EL DELITO Y EL INJUSTO EXTRAPENAL

1.3. DELITOS Y CONTRAVENCIONES

1.4. EL DELITO EN EL CODIGO PENAL COLOMBIANO

2. LA PRETERINTENCION

2.1. CONCEPTO Y ALCANCE IDIOMATICO

2.2. DISTINTAS DENOMINACIONES

2.3. NATURALEZA JURIDICA

2.3.1. Teorías que explican la naturaleza jurídica de la preterintención

2.3.1.1. La teoría de la responsabilidad objetiva

2.3.1.2. La teoría del caso fortuito

2.3.1.3. La teoría de los umbrales de la coluntad

2.3.1.4. La teoría de la culpabilidad preterintencional

2.3.1.5. La teoría del dolo indirecto

2.3.1.6. La teoría del dolo eventual

2.3.1.7. La teoría de la culpa

2.3.1.8. Nuestra posición

2.4. LA PRETERINTENCION EN LA LEGISLACION PENAL
COLOMBIANA

2.4.1. Consagración

2.4.2. Teoría acogida por el código penal

2.4.3. ¿Es la preterintención una tercera forma de
culpabilidad?

2.4.4. ¿ Preterintención o exceso de intención?

3. EL DELITO PRETERINTENCIONAL EN COLOMBIA

3.1. NOCIONES GENERALES

3.2. ANTECEDENTES

3.2.1. Consagración del delito preterintencional
en el código penal de 1936

3.2.2. Consagración del delito preterintencional
en el código penal de 1980

3.3. REQUISITOS

3.3.1. Una acción típica y antijurídica dirigida
a la consecución de un resultado

3.3.1. Verificación de un resultado típico más
grave que el querido

3.3.3. Homogeneidad entre el resultado querido y
no querido

3.3.4. Debe existir nexo causal entre el resul
querido y el no querido por el agente

3.4. DELITOS PRETERINTENCIONALES Y DELITOS CALI
FICADOS POR EL RESULTADO O DE DOBLE RESUL
TADO

- 3.4.1. ¿Tiene el delito preterintencional dos resultados?
- 3.5. EL DELITO PRETERINTENCIONAL Y EL DELITO ABERRANTE
- 3.7. EL HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL
 - 3.7.1. Generalidades
 - 3.7.2.. Causales del homicidio preterintencional
 - 3.7.2.2. Aborto
 - 3.7.2.3. Violación
 - 3.7.3. Bien jurídico tutelado
 - 3.7.4. Descripción típica
 - 3.7.4.1. La conducta
 - 3.7.4.2. El sujeto activo
 - 3.7.4.3. El sujeto pasivo
 - 3.7.4.4. La pena
 - 3.7.5. culpabilidad de la conducta
 - 3.7.6. Sntijuricidad de la conducta
- 3.8. EL HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL ANTE EL HOMICIDIO AGRAVADO
- 3.9. DIFERENCIA ENTRE EL HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL Y HOMICIDIO DOLOSO
- 3.10 DIFERENCIA ENTRE EL HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL Y EL HOMICIDIO CULPOSO
- 4. CONDUCTAS QUE DEBIERON CONSAGRARSE COMO PRETERINTENCIONALES EN LA PARTE ESPECIAL DEL CÓDIGO VIGENTE
 - 4.1. LA MUERTE DEL MENOR ABANDONADO
 - 4.2. EL ABORTO PRODUCTO DE LAS LESIONES

5. OBJECIONES A LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL 13 DE ABRIL DE 1984
 6. CRITICAS JURIDICO GRMAMATICALES A LAS NOR MAS QUE CONSAGRAN EL DELITO PRETERINTEN CIONAL
 - 6.1. ARTICULO 35 DEL CODIGO PENAL
 - 6.1.1. ¿Es redundante la norma
 - 6.2. ARTICULO 38 DEL CODIGO PENAL
 - 6.3. ARTICULO 39 DEL CODIGO PENAL
 - 6.3.1. ¿Son las conductas preterintencionales y culposas una misma cosa
 - 6.4. ARTICULO 325 DEL CODIGO PENAL
 - 6.4.1. matare, futuro Hipotético
 7. SUGERENCIAS Y RECOMENDACIONES
 8. CONCLUSIONES
- BIBLIOGRAFIA

9. BIBLIOGRAFIA

- ARENAS, Antonio Vicente. Comentarios sobre el código penal Tomo I Parte general y Tomo II. parte especial, 4^a edición. Editorial TEMIS, Bogotá D.E. 1983.
- CARRARA, Francesco. Programa de derecho criminal. Volúmenes I y II. Traducción José J. ORTEGA y Jorge GUERRERO Editorial Temis, Bogotá, 1965.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Casación Abril 13 de 1984.
- ESTRADA VELEZ, Federico. Derecho penal especial. Ediciones Librería del profesional. Bogotá D.E. 1981.
- FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho penal fundamental. Editorial Temis, Bogotá D.E. 1982.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de derecho penal. Tomo IV. 4^a edición. Editorial Lozada. Buenos Aires, 1977.
- LOPEZ MORALES, Jairo. Código penal colombiano. Tomo I y II. Ediciones Jurídicas Colombiana. Ltda. Bogotá D.E 1985.
- MAGIORE, Giuseppe. Derecho penal. Traducción de José J. ORTEGA T. Volumen I. Editorial Temis, Bogotá D.E. 1954
- MARTINEZ LOPEZ, antonio José. Estatutos penales colombianos. Parte general y especial. Ediciones Librería del profesional. Bogotá D.E. 1986.
- OMEBA. Enciclopedia Jurídica. preterintención. Tomo XXIII. Editorial Bibliográfica Argentina. S.R.L. Buenos Aires, 1967.

- ORTIZ RODRIGUEZ, Alfonso, Manual de Derecho Penal Especial
3^a edición. Editora Señal. Medellín 1987.
- PEREZ, Luis Carlos. Derecho penal. Tomo I. 2^a Edición,
Editorial Temis Bogotá D.E. 1987.
- REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho penal. Parte general.
10^a edición Editorial Temis, Bogotá D.E. 1987.
- _____. La culpabilidad. Universidad Externado de
Colombia. Bogotá, D.E. 1982.
- SOLER, Sebastián. Derecho penal argentino. Tomo III.
Editora Argentina. Buenos aires, 1973.
- TOCORA, Luis Fernando. Derecho penal especial. 2^a edición
ampliada. Ediciones Librería del profesional. Bogotá,
D.E. 1984.
- VARGAS VARGAS, Pedro. Derecho penal general, 1^a edición.
Editorial Librería El Foro de la Justicia. Bogotá,
D.E. 1985.
- VON LISET, Frank. Tratado de derecho penal, 3^a edición,
Traducción Luis JIMENEZ DE ASUA, Tomo II. Editorial
Reus. Buenos Aires, 1962.

**CONSAGRACION DEL DELITO PRETERINTENCIONAL EN LA LEGISLACION
PENAL COLOMBIANA**

LEONEL FRANCISCO ROMERO RAMIREZ

ROBER TRINIDAD ROMERO RAMIREZ

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

FALCULTAD DE DERECHO

1990

**CONSAGRACION DEL DELITO PRETERINTENCIONAL EN LA LEGISLACION
PENAL COLOMBIANA**

LEONEL FRANCISCO ROMERO RAMIREZ

ROBER TRINIDAD ROMERO RAMIREZ

Trabajo presentado como requisito parcial para optar el título de Abogado.

**Director: JOSE POLO RODRIGUEZ
Abogado**

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

FALCULTAD DE DERECHO

1990

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, Junio 12 de 1990

DEDICATORIA

A:

La memoria de Nuestro querido padre:

José Agustín Romero Daza

Nuestra querida madre

Gregoria Ramírez Vda. de Romero

Nuestros hermanos

Rosa Enidia

José Elias

Santa Aydeth

Uriel Alfonso

Huber Alcides

Miryam Valentina

Ruben Enrique

Geovanny Eoraldo

Esmelin Alberto

Yamile Lisbeth

Luis Carlos

Melba Rosa

Nuestros sobrinos

LEONEL Y ROBER

AGRADECIMIENTOS

Los autores expresan sus más grandes agradecimientos:

Al doctor FELIPE DE JESUS NAMEN, abogado y senador de la República.

Al doctor JOSE POLO RODRIGUEZ, profesor de criminología de la Universidad Simón Bolívar.

Al doctor JOSE ISMAEL NAMEN, abogado y Concejal por el municipio de Valledupar.

A las diferentes Bibliotecas de las ciudades de Barranquilla y Valledupar, especialmente a los Bibliotecarios de la universidad Simón Bolívar

A todas aquellas personas que de una u otra forma, hicieron posible la realización del presente trabajo.

LEONEL Y ROBER

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	12
1. EL DELITO	17
1.1. NOCIONES GENERALES	17
1.2. EL DELITO Y EL INJUSTO EXTRAPENAL	21
1.3. DELITOS Y CONTRAVENCIONES	22
1.4. EL DELITO EN EL CODIGO PENAL COLOMBIANO	26
2. LA PRETERINTENCION	28
2.1. CONCEPTO Y ALCANCE IDIOMATICO	28
2.2. DISTINTAS DENOMINACIONES	32
2.3. NATURALEZA JURIDICA	33
2.3.1. Teorías que explican la naturaleza jurídica de la preterintención	33
2.3.1.1. La teoría de la responsabilidad objetiva	34
2.3.1.2. La teoría del caso fortuito	36
2.3.1.3. La teoría de los umbrales de la coluntad	37
2.3.1.4. La teoría de la culpabilidad preterinten cional	38
2.3.1.5. La teoría del dolo indirecto	40
2.3.1.6. La teoría del dolo eventual	40

	Pág.
2.3.1.7. La teoría de la culpa	41
2.3.1.8. Nuestra posición	42
2.4. LA PRETERINTENCION EN LA LEGISLACION PENAL COLOMBIANA	44
2.4.1. Consagración	44
2.4.2. Teoría acogida por el código penal	45
2.4.3. ¿Es la preterintención una tercera forma de culpabilidad?	45
2.4.4. ¿ Preterintención o exceso de intención?	47
3. EL DELITO PRETERINTENCIONAL EN COLOMBIA	50
3.1. NOCIONES GENRALES	50
3.2.. ANTECEDENTES	51.
3.2.1. Consagración del delito preterintencional en el código penal de 1936	51
3.2.2. Consagración del delito preterintencional en el código penal de 1980	53
3.3. REQUISITOS	56
3.3.1. Una acción típica y antijurídica dirigida a la consecución de un resultado	57
3.2.1. Verificación de un resultado típico más grave que el querido	57
3.3.3. Homogeneidad entre el resultado querido y no querido	57
3.3.4. Debe existir nexos causal entre el resul querido y el no querido por el agente	57
3.4. DELITOS PRETERINTENCIONALES Y DELITOS CALI FICADOS POR EL RESULTADO O DE DOBLE RESUL TADO	58

	Págs
3.4.1. ¿Tiene el delito preterintencional dos resultados?	59
3.5. EL DELITO PRETERINTENCIONAL Y EL DELITO ABERRANTE	60
3.7. EL HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL	61
3.7.1. Generalidades	61
3.7.2.. Causales del homicidio preterintencional	63
3.7.2.2. Aborto	64
3.7.2.3. Violación	65
3.7.3. Bien jurídico tutelado	65
3.7.4. Descripción típica	68
3.7.4.1. La conducta	68
3.7.4.2. El sujeto activo	70
3.7.4.3. El sujeto pasivo	70
3.7.4.4. La pena	70
3.7.5. culpabilidad de la conducta	71
3.7.6. Sntijuricidad de la conducta	72
3.8. EL HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL ANTE EL HOMICIDIO AGRAVADO	73
3.9. DIFERENCIA ENTRE EL HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL Y HOMICIDIO DOLOSO	74
3.10 DIFERENCIA ENTRE EL HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL Y EL HOMICIDIO CULPOSO	75
4. CONDUCTAS QUE DEBIERON CONSAGRARSE COMO PRETERINTENCIONALES EN LA PARTE ESPECIAL DEL CODIGO VIGENTE	77
4.1. LA MUERTE DEL MENOR ABANDONADO	77
4.2. EL ABORTO PRODUCTO DE LAS LESIONES	79

	Pás.
5. OBJECIONES A LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL 13 DE ABRIL DE 1984	84
6. CRITICAS JURIDICO GRMAMATICALES A LAS NOR MAS QUE CONSAGRAN EL DELITO PRETERINTENCIONAL	86
6.1. ARTICULO 35 DEL CODIGO PENAL	86
6.1.1. ¿Es redundante la norma	86
6.2. ARTICULO 38 DEL CODIGO PENAL	87
6.3. ARTICULO 39 DEL CODIGO PENAL	89
6.3.1. ¿Son las conductas preterintencionales y culposas una misma cosa	90
6.4. ARTICULO 325 DEL CODIGO PENAL	91
6.4.1. matare, futuro Hipotético	92
7. SUGERENCIAS Y RECOMENDACIONES	93
8. CONCLUSIONES	
BIBLIOGRAFIA	

Doctor

CARLOS LLANOS SANCHEZ

Decano de la Facultad de Derecho

Universidad Simón Bolívar

E. S. D.

Apreciado Doctor

Al agradecerle la distinción que me hizo, designandome director del trabajo de investigación titulado "Consagración del Delito Preterintencional en la Legislación Penal Colombiana"; para ser presentado como tesis de grado por los egresados: LEONEL FRANCISCO ROMERO RAMIREZ, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 77'019.593 de Valledupar y ROBER ROMRO RAMIREZ, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 77.019.587, de Valledupar, Para optar al título de Abogado; aprovecho la oportunidad, para manifestarte que se trata de un excelente trabajo especialmente por su singular interés acerca de como se consagra la preterintención y porque solamente se hace referible a los casos de homicidio y respecto a la forma como se interpreta.

Los egresados hacen un amplio análisis conceptual a los temas relacionados con su tesis, atreviéndose a criticar y objetar criterios de diversos tratadistas y magistrados que se han manifestado sobre el tema objeto de investigación.

La conclusión más interesante a la que llegan sobre el tema, es que el legislador, apesar que en la parte general del código, le dió una consagración amplia y adecuada conforme a la importancia de la institución, en la parte especial dicha consagración la limitó innecesariamente, tipificando únicamente al homicidio preterintencional, resultando inútil la excelente labor realizada en la primera parte. Y que además se está interpretando, en una forma restringida, hasta tal punto que solo se está mirando como homicidio preterintencional, el que se produce como consecuencia de lesiones personales.

Por todas las consideraciones a que he hecho mención; estimo que el trabajo, reúne las condiciones para ser presentado a la consideración de los jurados, lo que determina mi concepto favorable!

Atentamente,

JOSE POLO RODRIGUEZ

C.C. No. 8'669.551 de Barranquilla

INTRODUCCION

De una buena y bien interpretada ley, depende una buena y correcta protección a los bienes jurídicos que hay que tutelar, una buena y correcta sanción y rehabilitación del antisocial, y muchísimos beneficios que traería, en bien de la buena y correcta administración de justicia, contribuyendo enormemente al mantenimiento de la paz, la justicia, un normal desarrollo social y sobre todo, de las instituciones que constituyen un Estado de derecho.

la preterintención es una institución de suma importancia, que mediante una correcta utilización le trae a la legislación y concretamente al derecho penal, valiosísima colaboración en la consecución de los objetivos de la ley.

Como lo expondremos en su momento, en Colombia la preterintención está siendo subvalorada ya sea por fallas en su tipificación o en la interpretación por parte de quienes cumplen tan importantísima labor y como consecuencia no se están aprovechando totalmente los beneficios que podría

traer.

Entre otras cosas, no se justifica que conductas de la misma naturaleza, con consecuencias similares y a veces iguales, esten siendo tratadas de manera diferente, tanto en su tipificación como en su aplicación, lo cual además de muchas consecuencias nefastas puede crear un inconformismo en la sociedad.

Este trabajo es el resultado de la conjunción de tres factores. Los cuales se pueden sintetizar en:

Un análisis claro y amplio del delito en general, estableciendo las fronteras con la contravención, y de aquel en el código penal colombiano.

De igual manera se trata la preterintención, tanto a nivel general como en la legislación penal colombiana; y además se trata su naturaleza jurídica.

Posteriormente, ya teniendo conocimientos generales del delito y de la preterintención, se entra en otro capítulo a estudiar el delito preterintencional en Colombia, donde después de explicar todos los pormenores del caso, estableciendo diferencias y relaciones con otras figuras; luego se especifica un poco, ingresando al homici

dio preterintencional, que según la forma como actualmente está consagrado y siendo interpretado el delito preterintencional en la legislación penal colombiana, resulta siendo el único hecho punible preterintencional, y por lo tanto, se profundiza bastante él.

el segundo aspecto, el crítico, ocupa gran parte de nuestro trabajo, si tenemos en cuenta que la totalidad de este se ha hecho, con un sentido crítico. Habiendo obviamente, algunos puntos donde sobresale este aspecto, y por eso recomendamos prestarle la mayor atención, tales como las críticas jurídicogramaticales que se le hacen a las normas que consagran el delito preterintencional en la legislación penal vigente, y las objeciones a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del 13 de Abril de 1984.

El tercer aspecto, como parte obvia de un trabajo de tesis se refiere a algunas recomendaciones y sugerencias que hemos sobre el asunto; como es apenas lógico, en el trabajo al hacer una crítica dejamos sentado nuestro criterio; señalando en su lugar y a su debido tiempo lo que no es nuestro, reconociendo los créditos respectivos.

Aún cuando generalmente una tesis se hace teniendo como único objetivo, el cumplir un requisito para obtener un título profesional, hemos querido, en nuestro trabajo dejar bien

lejos esta presión, que a través de los tiempos, se ha convertido en la gran aliada de los trabajos exegéticos y transcrito; y adoptar como objetivo principal el contribuir grandemente a la realización de una correcta ley y su consiguiente interpretación como aplicación y ejecución.

Desde tercer semestre de nuestra facultad, en la Universidad Simón Bolívar, cuando estudiamos en la parte general del Código Penal, la preterintención, donde esta institución tiene una consagración bastante amplia, surgió en nuestro pensamiento, el interés por profundizar en el estudio del tema. cuando en octavo semestre ya estudiando la parte especial del código, vimos el homicidio preterintencional, como único delito de esta clase, consagrado en la parte especial del código colombiano, restringiendo innecesariamente tan valiosa institución; y consecuentemente estudiamos la doctrina y la jurisprudencia que tratan el tema, se acrecentó este interés, constituyéndose así en la única imposición para llevar a cabo este trabajo.

Aún cuando comprendemos lo difícil que es sentar doctrina, sobre todo en un medio como el nuestro donde existen ideólogos respetados, doctrinantes, verdaderos conocedores y expertos en la materia, pretendemos explicar las cosas, dejando bien definido nuestro criterio, haciéndolo prevalecer cuando lo consideramos con suficiente fundamento y ra

zón; sin que necesariamente concuerde con el que más adeptos tenga; aún cuando solo alcancemos a formar inquietudes en quienes tengan alcance a este trabajo, con lo que nos sentiríamos satisfechos y orgullosos por nuestra labor.

El siguiente trabajo ha sido realizado con participación conjunta de los autores, con un criterio analítico - crítico y mediante la utilización del método deductivo.

La terminología utilizada en la redacción del trabajo es el producto de un lenguaje normal, claro y conciso, de tal manera que puede ser entendido, sin tener que ostentar para ello conocimientos abanzados sobre el tema y en consecuencia, es de alcance general.

1. EL DELITO

1.1. NOCIONES GENERALES

El término genérico que abarca en nuestra legislación penal a los delitos y contravenciones, a pesar de la buena acogida que la doctrina en general le ha dado no deja de ser controvertido, por razones que seguidamente explicaremos:

Hecho, según el diccionario de la real academia de la lengua española son acontecimientos o sucesos producidos por una fuerza humana, natural o sobrehumna. En otras palabras hechos, son acontecimientos realizados por el hombre por la naturaleza o por los animales. Al derecho solamente le interesa los hechos humanos, es decir, los acontecimientos realizados por el hombre y de ellos única y exclusivamente los voluntarios, que es lo que denominamos actos jurídicos.

Así las cosas, consideramos que ésta ha debido ser la ter

minología utilizada por nuestro legislador para donominar a los delitos y contravenciones en el código penal vigente.

Sentada la anterior posición, trataremos a groso modo estas dos clases de hechos juridicos, pero lo que concierne a las contravenciones solamente nos dedicaremos a determinar las diferencias existentes entre estas y los delitos, y estos por razones obvias, teniendo en cuenta que nuestro código penal no se ocupa de ellas, unicamente las menciona como una de las clases de hechos punibles.

Como a través de la historia juridica de los pueblos se han dado innumerables definiciones del delito y todas ellas hasta cierto punto de vista aceptables; nos vemos en la obligación de tomar y analizar las que ha nuestro juicio hayan tenido una mayor aceptación.

El código penal colombiano de 1890, definía el delito "como la voluntaria y maliciosa violación de la ley penal por lo cual se incurre en una pena".

El código penal del 36 decía "es delito todo hecho para el cual se haya establecido una de las sanciones de este código".

Nuestro código penal vigente, no define el delito, unicamente se limita a señalar los elementos constitutivos del

hecho punible de conformidad de la dogmática jurídico penal.

Una definición que por su sencillez nos ha llamado la atención es la del profesor Antonio Vicente Arenas, para quien "es delito la conducta humana descrita como tal y conminada con una pena".¹

Las nociones clásicas del delito las encontramos sintetizadas en Carmignany y Francesco Carrara.

Para Carmignany, delito es la "infracción de la ley del Estado protectora de la seguridad pública y privada mediante un hecho del hombre cometido con perfecta y directa intención".

Carrara, definía al delito legal, al que llamaba delito civil, como la "infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos resultantes de un acto externo del hombre positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".

1. ARENAS, Antonio Vicente, compendio de derecho penal 4a. edición, Editorial Temis, Bogotá 1989, página 29.

Cuando Carrara utiliza la expresión infracción de la ley, le está dando pleno desarrollo al principio universal de que no hay delito sin ley que lo prohíba; por que según su definición para poder infringir la ley, ésta debe existir al tiempo en que se realiza la conducta.

En contraposición a la noción clásica del delito encontramos la noción positivista basada en una posición objetiva, en donde ya no se hablaría de "hecho natural" sino de "entes de derecho". El resultado de la conducta criminosa no sería producto del libre albedrío, sino productos de fenómenos sociológicos.

Dentro del positivismo, tenemos la definición de Ferry, para quien el delito "consiste en que un hombre ofende a otro, violando un derecho o un bien que se concreta en la persona o en la cosa, mediante una acción física, produciendo un daño público y privado".

Desde el punto de vista sustancial, delito para el profesor Alfonso Reyes Echandía². "Es aquel comportamiento humano que ha juicio del legislador compromete las condicio

2. REYES ECHANDIA, Alfonso, derecho penal, parte general reimpresión de la undécima edición, Editorial Temis, Bogotá 1989. página 90.

nes de existencia, conservación y desarrollo de la comunidad, y exige como respuesta una sanción penal". Así pues, cuando el legislador considera que un comportamiento activa o pasivamente vulnera o lesiona derechos de la comunidad; eleva tal conducta a la categoría de delito y con ello está obviamente tutelando ese derecho.

Desde el punto de vista meramente formal, delito es todo hecho previsto como tal en la ley, es decir, descrito en un tipo legal en donde de la misma manera le esté señalada una sanción criminal.

En esta definición formal encontramos plenamente desarrollado el principio de la legalidad, establecido hoy en el artículo 1º. de nuestro estatuto punitivo.

Desde el punto de vista de la dogmática jurídica sin más requisitos delito es "todo hecho típico, antijurídico y culpable, sancionado con una pena".

1.2. EL DELITO Y EL INJUSTO EXTRAPENAL

Se le da el nombre de injusto extrapenal a las ilícitudes de carácter civil, laboral, administrativo, etcétera, es decir, son ilícitos no consagrados por la legislación penal. De tal manera que entre el uno y el otro no existen

grandes diferencias como acertadamente puntualiza el profesor Juan Fernández Carrasquilla, para quien el "injusto penal es, según el criterio vinculante del legislador, más grave que el restante injusto, recibiendo por ello, como consecuencia jurídica, el más drástico recurso y el último de que el derecho dispone para la realización de sus fines esenciales: "La sanción criminal".

No vamos a pensar que por esta posición pretendamos que todo lo jurídicamente prohibido sea punible; por que las del injusto penal no se satisfacen con la injusticia de la conducta o acto; sino que exigen así mismo el cumplimiento de ciertos elementos para que puedan ser catalogados como tal. Dichos elementos son la culpabilidad y la tipicidad.

Lo que si es obvio, que todo lo injusto penalmente hablando está vedado en todo el campo del derecho, es decir, en todos los ordenamientos jurídicos.

1.3. DELITOS Y CONTRAVENCIONES

El artículo 18 de nuestro código penal vigente textualmente dice "Los hechos punibles se dividen en delitos y contravenciones.

De igual manera el código penal colombiano de 1936 en su

artículo 2° preceptuaba: "Las infracciones a la ley se divide en delitos y contravenciones".

Entre estas dos clases de hechos punibles, no es posible encontrar diferencias cualitativas, cada vez que tales diferencias no existen. Todo esfuerzo que se haga con ese fin será siempre un verdadero fracaso. Así las cosas, las diferencias que los divide es cuantitativa .

De tal manera para que un hecho tenga carácter delictivo o contravencional, depende única y exclusivamente de lo que disponga el derecho positivo de cada país. Si en Colombia el hecho se encuentra descrito en el código penal será delito, y si por el contrario lo encontramos en el código de policía ya sea nacional, departamental o municipal será una contravención.

en vista que existen diversidad de de criterios a cerca de las diferencias entre estas dos clases de hechos punibles, veamos los más importantes.

Para Zanardelli, el delito produce una lesión efectiva del derecho ajeno, la contravención solamente pone en peligro ese derecho ajeno, o perturba la tranquilidad pública.

Este criterio no puede ser aceptado por que si analizamos

la parte especial de nuestro código penal vamos a encontrar delitos que no causan un daño efectivo, sino que se constituyen en un peligro para la sociedad.

Por otro lado si analizamos el título 4° del código nacional de policia; concretamente el decreto 522 de 1971 encontraremos contravenciones que verdaderamente lesionan el derecho ajeno.

Para Impallomeni, el delito lesiona condiciones primarias y esenciales de la sociedad, tales como el derecho a la vida, a la libertad, el honor, el patrimonio, etcetera.

La contravención solamente lesiona condiciones secundarias y accidentales de la vida social. A este criterio hacemos la siguiente observación:

En los capítulos VIII y IX del título 4° del código nacional de policia, encontramos contravenciones que sin duda alguna lesionan derechos primarios. Pero estos hechos tambien pueden constituir delitos en la medida que ocasionen un daño de mayor gravedad. Así las cosas el legislador colombiano ha tipificado hechos que pueden en un momento dado configurarse en delito o contravención, teniendo como punto de partida su resultado final, es decir, la dimensión del daño ocasionado.

Para CARRARA, los delitos afectan la seguridad social mientras que las contravenciones solamente afectan la prosperidad.

Para este criterio es viable la observación que antecede, toda vez que de acuerdo a la gravedad de los hechos que afectan la seguridad social, los vamos a encontrar tipificados en delitos o contravenciones, de igual forma sucede con los que afectan la prosperidad social.

La Corte Suprema de Justicia colombiana, en casación de febrero 4 de 1944, sentó la posición de que el "delito infringe determinado derecho protegido con sanción penal; mientras que la contravención solamente viola la norma penal sin afectar tal derecho protegido.

Pero ocurre que existen contravenciones que efectivamente vulneran derechos protegidos con sanción criminal como sería el caso del artículo 45 del decreto 522 de 1971.

Por último, el criterio de FERRY, con el cual estamos plenamente identificados y que hemos venido sosteniendo en el desarrollo de este tema, para quien entre "delitos y contravenciones no existen diferencias cualitativas sino cuantitativas. Hechos que hoy son contravenciones mañana se consideran delitos y viceversa, hechos que hoy se conside

ran delitos, mañana son erigidos a contravenciones. Hechos que en determinados Estados son delitos en otros son contravenciones.

1.4 EL DELITO EN EL CODIGO PENAL COLOMBIANO

Dice el artículo 2° de nuestro código penal vigente: "para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable".

Así las cosas, una conducta será delictiva si está descrita en un tipo legal; si esa conducta descrita en el tipo legal está en contradicción con el ordenamiento jurídico genral del país, y además se hace necesario que esa conducta descrita en el tipo legal que se encuentra en pugna con el ordenamiento jurídico nacional haya sido realizada ya sea dolosa, culposa o preterintencionalmente. En la medida en que se cumplan estos requisitos estaremos ante un delito según nuestro estatuto punitivo.

No interesa que esa conducta haya sido realizada por acción, osea ejecutando un acto o por omisión, es decir, no hacer lo que legalmente se debía ejecutar, esto de conformidad al artículo 19 del mismo estatuto.

Es de anotar que la pena no es en manera alguna un cuarto

elemento, ésta es una consecuencia del hecho delictual plenamente establecido, realizado por una persona imputable porque para el inimputable según mandato del artículo 33 cuyo texto fue modificado por el artículo 1° de la ley 43 de 1982, se le aplicarán las medidas de seguridad establecidas en el código. De tal manera que si el sujeto activo al momento de ejecutar el hecho legalmente descrito no tuviere la suficiente capacidad de comprender su ilicitud, o mejor de determinarse de acuerdo con esa comprensión, bien por inmadurez psicológica o por trastorno mental, se le aplicará una de las medidas de seguridad establecidas en el artículo 93.

Lo anterior tiene razón de ser; porque el agente desconoce la ilicitud del acto, es decir, no sabe que matar a otro es delito. El inimputable, precisamente por ser inimputable no puede prever los efectos nocivos de su conducta y por ello no podemos decir que haya obrado dolosa, culposa o preterintencionalmente.

2. LA PRETERINTENCION

2.1. CONCEPTO Y ALCANCE IDIOMATICO

De conformidad con el artículo 38 del código penal colombiano podemos decir, que las conductas preterintencionales son aquellas en que la intención del sujeto agente es ta dirigida a producir determinado resultado, pero que al final se presenta un resultado más grave que el querido a pesar de que este era previsible.

preterintención o ultraintención, como a buena algunos autores le llaman, literalmente significa lo que está más allá de la intención. Pero este significado en nuestro derecho penal no es absoluto, sino restringido, teniendo en cuenta que ese resultado, que está más allá, es decir, que excede la intención del agente debe ser por mandato legal previsible.

Bien apunta JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA, que esta regulación

legal implica que la ejecución de un delito doloso crea el deber de cuidado, de vigilar que los efectos de los propios actos no se vayan más allá de lo querido.

Hay que tener en cuenta que el resultado más grave como cualquier resultado de una conducta puede estar con ésta en una dependencia puramente causal y objetiva, o ser con secuencia de la conducta.

Para el doctor ALFONSO REYES, hay "delito preterintencional cuando el resultado antijurídico de la conducta fue más allá de la intención del agente".³

LUZON DOMINGO, dice "lo que efectivamente hay en la preterintención es un desbordamiento de la voluntad directa, finalista, y sería más técnico y preciso decir pretervoluntariedad".⁴

Consideramos que este cambio de terminología no tiene ninguna repercusión, toda vez que la voluntad dirigida a la obtención de un resultado es lo mismo que intención, así las cosas con pretervoluntariedad, estaríamos diciendo lo

3. REYES ECHANDIA, Alfonso, ob. cit. página 225.

4. LUZON DOMINGO, Manuel, tratado de la culpabilidad y de la culpa penal, Barcelona 1960, página 36.

mismo que con preterintención.

Según la enciclopedia jurídica Omeba,⁵ la denominación que se le ha dado al tema en estudio que como lo veremos en otro acápite ha sido bastante diversa, indica la poca estabilidad de la naturaleza que se le asigna, razón por la cual se hace difícil intentar una definición concreta del tema. Sin embargo se puede decir que en última instancia se trata únicamente de un resultado que excede de nuestra voluntad, que traspasa la intención que tuvimos al emprender nuestro acto; pero que, por ser previsible el efecto más grave, resulta así una figura en que se amalgaman dos elementos subjetivos: el dolo y la culpa.

pero como no todos ven de igual modo la preterintención; no siempre se miró así el segundo y más grave resultado, tendremos que contentarnos con decir, aunque la definición resulte mutilada de su segundo extremo que la condiciona y realmente define, que la preterintención consiste en producir un resultado típicamente antijurídico, que transpasa lo intencionalmente emprendido.

5. OMEBA, Enciclopedia Jurídica, preterintención, tomo XXIII, Editorial Bibliografica Argentina, Buenos Aires 1.967, páginas 63.

Para un mejor entendimiento de la parte que nos ocupa trataremos los requisitos que en términos generales se requieren para la configuración de los delitos preterintencionales, aunque más adelante cuando estudiemos el delito preterintencional en nuestro país, sentemos nuestro criterio veamos los que según JIMENEZ DE ASUA ⁶, se requiere:

- Un daño inicial. Este debe ser realizado dolosamente; porque si se comete culposamente, no puede darse la preterintención respecto al segundo resultado, osea aquel que excede la intención del agente. Si se presentan efectos posteriores a una conducta culposa, deben considerarse como delito calificados por el resultado.

- Un resultado más grave. Este no debe ser ni querido, ni aceptado por el agente. Toda vez que si el agente hace lo primero el hecho debe imputarsele a título de dolo directo y si lo acepta entonces se le imputará a título de dolo eventual.

- Este resultado más grave necesariamente tiene que ser previsible; de tal manera que si se dió fue porque el agente no lo previó, o si lo hizo confió en que no ocurriría.

- Debe existir nexos causal entre la conducta dolosa y el resultado preterintencional. Si esta relación se rompe como el hecho más grave ocurre por la intervención de un ter

cero, no puede atribuírsele tal resultado más grave ni aún en el extremo de haberla previsto como probable obra suya.

2.2. DISTINTAS DENOMINACIONES

Como quiera que la terminología utilizada por las diferentes legislaciones para denominar el tema que nos ocupa es diversa en cada una de ellas, creemos necesario sintetizar las que a nuestro juicio consideramos de mayor trascendencia.

En Alemania, FEURBACH, la denominó "culpa determinada por el dolo" (durch dolus bestimmte culpa).

En Italia la sintetización de esta figura ha sido preocupación general, dando como resultado la más extensa diversidad de nombres. Y es así como el maestro CARRARA, adopta la denominación de FEURBACH llamandola culpa informada de dolo. PESSINA, habla de culpa mixta a dolo. FINZI, habla de delitos con resultado preterintencional. Finalmente y en términos generales la jurisprudencia Italiana termina hablando de dolo preterintencional y delito preterin

6. JIMENEZ DE ASUA, Luis, tratado de derecho penal, tomo VI, Editorial Losada, Buenos Aires, página 342.

tencional. ultimamente se habla de preterintención.

En el Brasil, NELSON UNGRIA habla de preter dolo.

Por su parte el insigne tratadista LUIS JIMENEZ DE ASUA, para no prejuzgar la naturaleza de esta figura prefiere llamarla preterintención, quien manifiesta que cada una de esas designaciones trasluce un sentido diferente. Esta de nominación. Es la acogida por nuestro legislador.

Doctrinariamente en nuestro país se le conoce también con el nombre de ultraintencional o ultraintención.

2.3. NATURALEZA JURIDICA

2.3.1. Teorías que explican la naturaleza jurídica de la preterintención

Como existen diversidad de teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica de la preterintención, creemos necesario analizar las más importantes, obviamente sentado nuestra posición. Pero antes debemos advertir que la doctrina en general unánimemente acepta que el primer resultado en estos delitos preterintencionales se imputa al agente a título de dolo, la dificultad se centra es en cuanto el segundo resultado, es decir, no querido.

2.3.1.1. La teoría de la responsabilidad objetiva.

Quienes defienden esta posición alegan que el resultado no querido por el agente debe imputarsele a título de responsabilidad objetiva.

Entre ellos encontramos al doctor SERVIO TULIO RUIZ⁷, quien señala "el resultado más grave que produce la conducta del agente se le carga a su cuenta por razón del nexo de causalidad material"; lo que constituye una forma de responsabilidad objetiva en la cual no es necesario establecer si el resultado mayor ha sido querido por el agente, o si ha sido fruto de negligencia, imprudencia o impericia.

Manifiesta el autor que esto no es insólito como muchos han precisado, puesto que el código penal muestra varios casos de esta clase de responsabilidad; como sería el caso de los delitos agravados por el resultado.

Otro autor que defiende esta concepción es el profesor JESUS BERNAL PINZON⁸, en los siguientes términos: creemos que la hipótesis de la preterintención y, más concretamen

7. RUIZ, Servio Tulio, la estructura del delito en el derecho penal colombiano Edit. Temis, Bogotá 1969, Página 121

te, del homicidio preterintencional, no es dable hacer un examen concreto sobre la naturaleza de la culpabilidad o del nexo subjetivo entre la conducta y el resultado más grave (la muerte).

Si la responsabilidad existe pese a que no se requiere una especial investigación sobre la culpabilidad, ello quiere decir, que tal responsabilidad se funda solamente en el nexo causal que debe existir entre las lesiones (resultado menos grave), y la muerte (resultado no querido más grave). Esto concretamente es lo que la doctrina general denomina responsabilidad objetiva.

Esta concepción no responde de manera alguna a la actual legislación penal, teniendo en cuenta que destruye el apotegma jurídico universal en virtud del cual no hay delito sin culpabilidad. Contraviniendo este principio jurídico acogido casi unánimemente por todos los países del mundo, estamos retrocediendo varios lustros la legislación penal; porque eso sería fundamentar la responsabilidad en el simple nexo de causalidad entre la conducta del hombre y su resultado final, y con ello se abandonaría la solución ju

8. BERNAL PINZÓN, Jesús, el omicidio, editorial Temis, Bogotá 1.971, páginas 422 - 423

rídica del problema a los intrincados laberintos de la causalidad.

Nuestro código penal rechazó expresamente esta teoría, y para demostrarlo solamente tenemos que analizar su artículo 5° en donde encontramos consagrado el principio de la responsabilidad culpabilista, y además porque consagra a la preterintención como la tercera forma de la culpabilidad.

2.3.1.2. Teoría del caso fortuito

Dentro de esta teoría, en el pensar de CARMINANI, la preterintención es una mezcla de dolo en cuanto al primer resultado, es decir, el agente actúa dolosamente con aras de obtener un resultado, pero a la postre se encuentra con un resultado más grave que se le imputa a un caso fortuito pero, continua el autor, este debe de imputarsele al agente puesto que quien es causa de la causa es causa de lo causado.

Acertadamente EUGENIO FLORIAN⁹, rechaza esta teoría y afirma que con la presencia del caso fortuito, de inmediato se rompe la relación de causalidad que para imputar responsabilidad exigen las legislaciones penales, entre las conductas del agente y el resultado obtenido. Si no existe nexo de causalidad el resultado final no podrá imputarsele al actor.

Nuestro derecho penal también rechaza esta teoría teniendo en cuenta que la responsabilidad penal colombiana tiene como fundamento que exista una actividad sico-física del agente, descartando completamente la posibilidad de que un resultado derivado de lo fortuito pueda imputarsele al agente. Y además el código expresamente consagra que el caso fortuito excluye la responsabilidad penal.

2.3.1.3. Teoría de los umbrales de la voluntad

Su más eminente exponente, ALFREDO DE MARCICO¹⁰, dice: "el sujeto activo quiere el evento menos grave, sin que la previsión, así sea lejana, del resultado más grave, lo detenga en su actuar". Continúa con el siguiente análisis: "El evento más grave no es ciertamente querido, pero tampoco no querido; es algo que está al lado opuesto del caso fortuito, fuera de la culpa, pero en los umbrales de la voluntad, la cual no constituye el núcleo de tal resultado, ni lo penetra, sino que apenas lo roza."

ANTOLISEI, no acepta esta posición alegando que "una voluntad que apenas toca el resultado es inaferrable y represen

9. FLORIAN, Eugenio, parte generale del diritto penale, Editorial Giuffrè, Milano 1974, página 467 - 468

ta simplemente una figura retórica".

Para el profesor REYES ECHANDIA, esta concepción es inaceptada por que en el derecho penal no cabe medias tintas; el segundo resultado es doloso o culposo, pero no puede ser casi doloso, ni casi culposo.

2.3.1.4. Teoría de la culpabilidad preterintencional

Para PORTE PETIT¹¹, "la preterintención es algo más que dolo y culpa. Es realmente una tercera forma de culpabilidad cuyo ingrediente subjetivo es más intenso que el de la culpa, pero menos que el dolo".

Se indentifica con esta posición el doctor ANTONIO VICENTE ARENAS¹², quien refiriendose al homicidio dice: "El homicidio preterintencional o ultraintencional, es una forma dolosa del homicidio; aunque este no pueda calificarse de intencional. Es doloso porque el agente obra con el propósito de perpetuar una lesión personal, pero no es intencional, sino untraintencional; porque el resultado sobre pasa

10. DE MARCICO, Alfredo, *Dirito Penale Napole 1937*, pág. 180

11. PORTET PETIT, Celestino *Programa de la parte general de Derecho Penal*, Univ. Autónoma de México 1958 pág. 491

o excede la intención inicial. No puede hablarse aquí de homicidio intencional por ausencia del "ánimus necandi" o ánimus occidendi (propósito de matar, pero si de homicidio doloso porque existió el ánimus necendi (propósito de dañar).

Bajo ningún punto de vista le encontramos razón de ser a la posición del ilustre penalista, cuando habla de un homicidio doloso pero no intencional, a sabienda que en nuestra legislación penal, dolo e intención son términos sinónimos y por lo tanto compartimos la crítica que al respecto le hace el profesor REYES, para quien la tesis del profesor ARENAS, constituye un verdadero contrasentido; porque no puede haber delito doloso que no sea intencional, por cuanto el dolo supone intención conscientemente dirigida a la vulneración de un interés jurídicamente tutelado.

Decir que el dolo preterintencional no es intencional, es afirmar que lo ultraintencional no es intencional, contrariando así la esencia misma del vocablo, cuyo significado como se sabe es de algo que está más allá de la intención y que por lo mismo debe empesar por ser intencional y luego

12. ARENAS, Antonio Vicente, Delitos contra la integridad personal y contra la propiedad, Edt. Anteres, Bogotá 1961, página 74

lo trasciende".

2.3.1.5. Teoría del dolo indirecto

Los precursores de esta tesis, sostienen que la preterintención constituye una forma de dolo, y concretamente de dolo indirecto y, para el profesor MEZA VELESQUEZ¹³, este dolo se presenta cuando el agente "obra con intención de cometer un determinado delito y el resultado que sigue a la acción, es de mayor gravedad que el deseado".

No nos parece convincente esta concepción porque de todas maneras el segundo resultado, es decir, el no querido se le imputa al agente a título de dolo, dando a entender que el agente tuvo la intención de producir dicho resultado; entonces nada haríamos con hablar de la preterintención.

2.3.1.6. Teoría del dolo Eventual

AGUSTIN GOMEZ PRADA,¹⁴ comparte esta tesis cuando dice: "su poniendo la culpa, como lo supone esa intención dañosa, si el efecto sobrepasa al que el agente se propuso obtener ya

13. MEZA VELASQUEZ, Luis Eduardo, Lecciones de derecho, penal, publicaciones, Universidad Externado de Colombia 1974

no hay mera culpa sino dolo; aunque eventual".

Se le olvida al autor que en el dolo eventual el agente dirige su accionar indiferentemente a varios resultados, y tan es así que el agente se representa ese resultado más grave, pero como no hace nada por evitarlo, se sobrentiende que lo quiere. Mientras que en la preterintención la intención está dirigida a un fin determinado, a obtener un resultado, lo que sucede es que el resultado final supera esa intención del agente. La superación implica una intención decididamente limitada a conseguir el resultado menor mientras que en el dolo indeterminado el resultado mayor era querido de un modo indiferente respecto al menor.

2.3.1.7 Teoría de la culpa

Los partidarios de esta tesis afirman que la preterintención constituye una forma especial de culpa.

ALIMENA¹⁵, la presenta así" la naturaleza jurídica de la

Segunda edición, página 233.

14. GOMEZ PRADA, Agustín, Derecho penal Colombiano, imprenta del Departamento de Buena Ventura 1952, página 162

preterintención está constituida por la culpa originada en el dolo.¹¹ Además sostiene que el delito preterintencional no se distingue del delito culposo; porque en ambos hay una acción voluntaria del agente, que da origen como secuela natural,¹² resultado más grave, que entre otras cosas era previsible.

2.3.1.8. Nuestra Posición

Después de analizar las diferentes teorías que tratan de determinar la naturaleza jurídica de la preterintención, y que por su aceptación las hemos calificado como las más importantes. Expondremos nuestro criterio al respecto.

Consideramos que la naturaleza jurídica de la preterintención no está en ninguna de las tesis expuesta; porque esta es producto de las dos formas de culpabilidad, no únicamente de dolo como algunos eminentes autores sostienen o solamente de la culpa como otros pretenden demostrar.

Para nosotros, el primer resultado se le imputa al agente a título de dolo, y esto no constituye el punto de la con

15. ALIMENA, Bernardino, Principios de derecho penal, Librería General de Victoriano Suarez, Madrid 1915, pág. 64

troversia porque la doctrina en general así lo ha preceptuado. El segundo resultado se le imputa al agente a título de culpa.

Esta tesis es en el fondo la sostenida por los partidarios de la teoría de la mezcla, de dolo y de culpa.

Lo que sucede a nuestro parecer en la preterintención, teniendo en cuenta que el significado literal de la palabra, no hay ninguna mezcla. No por el hecho de que el primer resultado, al que concretamente va dirigida la acción, se le impute al agente a título de dolo, y el segundo resultado le sea imputado culposamente, podemos decir que esté mezclado el dolo y la culpa; pero lo que si es cierto es que el delito preterintencional participa de uno y el otro. Un ejemplo típico desgraciadamente no consagrado como preterintencional, sería el caso del abandono seguido de muerte.

Otro ejemplo sería el siguiente: Pedro practica el aborto a Juana, pero por no tener el cuidado necesario al practicarle le ocasiona heridas que le causan la muerte. En el primer evento, es decir, el aborto se le imputa a título de dolo, y el segundo, osea, la muerte, se le imputa a título de culpa.

2.4. LA PRETERINTENCION EN LA LEGISLACION PENAL COLOMBIANA

2.4.1. Consagración

La preterintención se encuentra consagrada en el código penal colombiano, concretamente en el artículo 35 y la presenta como una de las tres formas de culpabilidad. En efecto dicha norma preceptúa; "para que una conducta típica y antijurídica sea culpable debe ser realizada con dolo, culpa, o preterintención".

Es de resaltar que en Colombia, para que una conducta típica, y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad, cualquier otra responsabilidad no tendrá cabida en nuestro derecho penal por mandato expreso del artículo 5° del código.

Esta culpabilidad puede manifestarse con dolo, culpa o preterintención.

El artículo 38 del mismo estatuto describe la preterintención de la siguiente manera: "La conducta es preterintencional cuando su resultado excede la intención del agente".

Según el artículo 39 la conducta preterintencional, es punible solo en los casos expresamente determinados por la

ley.

2.4.2. Teoría acogida por el código penal

Para nuestro código penal, sin duda alguna el primer resultado de la conducta preterintencional se le atribuye al agente a título de dolo y el segundo evento más grave y no querido es culposo. Quiere decir lo anterior que nuestro código acoge la teoría del enlace de dolo y culpa. Y con el artículo 38 resuelve cualquier controversia, cada vez que dicha norma permite atribuir el segundo evento a título de culpa.

2.4.3. ¿Es la preterintención una tercera forma de culpabilidad?

De conformidad con el artículo 35 del código penal colombiano, la preterintención constituye la tercera forma de la culpabilidad, al lado de la culpa y el dolo. De tal manera que de acuerdo con esta norma el legislador colombiano le ha dado categoría propia a esta figura.

En el ámbito de la doctrina, son muchos los autores que coinciden en que la preterintención no alcanza a ser una tercera forma de culpabilidad. Solo aceptan el dolo y la culpa, alegando que no existe diferencia sustancial entre

estas y aquella, con esto demuestran un vigorismo exagerado, pues si bien son evidentes las dificultades para precisar la esencia y los límites de la materia, es forzoso admitirla porque la preterinterción permite explicar y atribuir con más certeza la responsabilidad en casos que no son claras las atribuciones, bien sea por dolo o culpa.

Para el profesor LUIS ROMERO ¹⁶, la teoría de un tercer género de culpabilidad no ha sido aceptada porque no es fácil concebir que un hecho pueda ser ejecutado queriendo y no queriendo, a un mismo tiempo las consecuencias; continúa el autor diciendo que es posible que éstas no se deseen, es decir, que dejando al arbitrio del sujeto el producirlas o no, hubiera aceptado por esto último.

Pero salvo en los casos inconscientes, si el conato se convierte en acción, esto es si la voluntad puesta en movimiento pasa de la fase interna de la violación a la externa, es porque el elemento querer ha decidido el balance de las cogitaciones en el sentido de la acción, y entonces el acto es querido no solo en sí mismo, sino en vista de sus consecuencias, ya que la voluntad sólo se mueve en considera

16. ROMERO SOTO, Luis Enrique, Derecho penal, parte general, Tomo 2 Bogotá Edit. Temis 1969, Págs. 132 y siguientes.

ción a un fin predeterminado, preconocido en todas sus secuelas.

El estatuir la preterintención como una tercera forma de culpabilidad, no obedece al criterio de que aquella esté perfectamente diferenciada del dolo y la culpa; sino para precisar adecuadamente su contenido y proyecciones. Podría afirmarse que esta tercera forma surge por conveniencias metodológicas, y no exclusivamente por motivos sustanciales pues es obvio que si en la parte especial de nuestro estatuto punitivo se describen conductas preterintencionales, es necesario definir las en la parte general.

2.4.4. ¿Preterintención o exceso de intención?

Iniciemos diciendo que los términos tienen significado diferente.

Sobre este punto el doctor LUIS CARLOS PEREZ¹⁷, hace un análisis que además de considerarlo un acierto, nos identificamos plenamente con él.

17. PEREZ, Luis Carlos, Derecho penal, Tomo I 2da. Edición, Editorial Temis, Bogotá 1967, página 501-502.

Acto preterintencional en rigor de significaciones, es el que se cumple al margen de la intención, fuera de la intención. Su nombre, como antes lo dejamos establecido, viene de "praeter", que en latín quiere decir precisamente eso, lo que está situado al margen de, al lado de, fuera de otra cosa, fuera de otro concepto o de otro entendimiento. Es de recordar que este es el sentido que heredó la palabra en la lengua castellana; siendo además el que aún mantiene.

De manera que en el hecho punible preterintencional no hay intención; porque las conductas consiguientes están fuera o al margen o al lado de ese factor psicológico que es la intencionalidad.

Si bien se estudia este primer aspecto, la preterintencionalidad es por lo tanto una negación de la voluntad tendiente interiormente a un fin.

Es desde todo punto de vista distinta la enunciación que de la preterintención hace el artículo 35 del código penal a la forma en que la sitúa el artículo 38, más concretamente su última frase.

Ahora bien de conformidad con el artículo 38 encontramos situada la preterintencionalidad como un exceso en la inten

ción del agente. En latin *excessus*, viene de excederse en alguna acción, o en algún orden, y vale tanto como salirse de la regla, traspasar ciertos límites, igual a como se entiende el término en castellano.

De tal manera que si la preterintencionalidad es exceso de intención, el resultado atribuible al agente es necesariamente intencional; porque el exceso de ese elemento subjetivo mantiene la noción excedida que es llevada más allá de sus términos.

La preterintención sería lo contrario, o al menos distinto del primer "praeter" indicado en el citado artículo 38.

De un lado este excluye la intención; del otro, el exceso incluye esa intención.

Una solución al problema sería; en vez de decir que la conducta es preterintencional cuando su resultado siendo previsible, excede la intención del agente; dijéramos que esa conducta es preterintencional cuando su resultado siendo también previsible, queda al margen de la intención del agente.

3. EL DELITO PRETERINTENCIONAL EN COLOMBIA

3.1. NOCIONES GENERALES

A nuestro leal saber y entender los hechos punibles preterintencionales serán posibles en todos aquellos casos que el agente dirige su acción a obtener determinado resultado típico y antijurídico, pero al ejecutar su acción se produce uno diferente al que se habría representado. La ley regula este fenómeno de diferente manera. Si el resultado final no querido es la muerte, estaremos ante un delito preterintencional. Pero si son otros los eventos a pesar de no ser querido por el agente, tener nexo de causalidad con la acción inicial y el atentado contra el mismo bien jurídico tutelado, los regula teniendo en cuenta las reglas del concurso de hechos punibles o tomando este resultado no querido como causal de agravación.

3.2. ANTECEDENTES

3.2.1. Consagración del delito preterintencional en el código penal de 1936

Por simple interpretación lógica y teniendo en cuenta la redacción del artículo 365 consideramos que el código en deceso, en su parte especial únicamente consagraba una sola conducta preterintencional, descrita en el artículo citado del siguiente tenor. "El que con el propósito de perpetrar una lesión personal ocasiona la muerte de otro."

Para algunos autores constituían también conductas preterintencionales las consagradas en los artículos 376 y 387. Disentimos de lo anterior por las siguientes razones:

Si bien es cierto que estas conductas reúnen los elementos del delito preterintencional, menos cierto es que inexplicablemente el legislador no los consagró como tal, ni mucho menos les dió cabida en la norma del 365; y además la conducta del artículo 376 está tipificada en el código como un delito agravado y lo que respecta al 387 la norma solamente se remite al homicidio preterintencional para efectos de la punibilidad; que no por ello debemos calificarlo como preterintencional. El profesor REYES¹⁸ hace dos observaciones a esta última norma.

La primera, es que el legislador exige innecesariamente que la muerte de la mujer se produzca en razón de los medios utilizados para causar su aborto. De verdad que es inútil ya que lo importante es que las maniobras abortivas determinen la muerte de la mujer, aunque tal evento no sea consecuencia exclusiva de los medios empleados para la práctica del aborto; por lo demás no son los medios en sí mismos considerados, los que generan el resultado letal, sino la forma como el agente los utilice.

La segunda observación tiene que ver con la remisión que la norma que criticamos hace al artículo 367, esto para lo que tiene que ver con la punibilidad de la conducta. Dicha remisión es incorrecta y obedeció a una equivocada identificación numérica del artículo que inicialmente aprobado por la comisión identificaba al homicidio preterintencional de tal manera que dicha remisión no es al artículo 367 sino al artículo 365, pues sin duda alguna la intención del legislador era remitir la pena de esta modalidad homicida a la del homicidio preterintencional.

Es de resaltar que esta posición ha sido tomada en forma unánime por la doctrina colombiana.

Debemos destacar que el legislador solamente se refirió al aborto sin consentimiento de la mujer. Nos parece que de

jó gran vacío jurídico; porque ha debido consagrar la misma forma preterintencional para la conducta descrita en el artículo 386. De tal manera que para la época en que el código de 1936 tenía pleno rigor, la muerte de la mujer producto de un aborto por ella consentido debía resolverse por el concurso material, solución esta punitivamente más grave para el sujeto activo que la consagrada en el homicidio preterintencional.

3.2.2. Consagración del delito preterintencional en el código penal de 1980

El legislador del 80 impuso una limitación a esta clase de delito; de igual manera lo hizo para los delitos culposos. En efecto el artículo 39 estatuye que los delitos preterintencionales y culposos solamente serán punibles en los casos expresamente determinados en la ley, pero en forma absurda e injustificada, en la parte especial del estatuto punitivo únicamente se utiliza la expresión preterintencionalmente en el artículo 325, y decimos que es absurdo porque sin duda alguna tiene cabida en muchas más modalidades, como seguidamente dejaremos esclarecida.

18. REYES ECHANDIA, Alfonso, La culpabilidad, Segunda Edición Univ. Externado de Colombia, Bogotá 1982. página 158

De tal manera, según el código penal solo es viable el delito preterintencional en la modalidad de homicidio. Seguidamente haremos un análisis de ello.

-En primer lugar tenemos la conducta descrita en el artículo 325 referente al homicidio preterintencional que textualmente dice "El que pretencionalmente matare a otro".

-Las lesiones seguidas de parto prematuro o aborto. Esta conducta que se encuentra tipificada en el artículo 338, inexplicablemente el legislador colombiano no la incluyó. Cada vez que no utilizó la formula sacramental visible en el artículo 325 para darle cumplimiento así al artículo 39 del código. Pensamos que no hay razón alguna para no tipificar como preterintencional una conducta que reúne todos los requisitos de esta figura; además ni siquiera es viable el concurso delictual.

-El abandono de menores y de personas desvalidas seguida de lesión o muerte.

Es delito preterintencional el hecho descrito en los artículos 346 y 347, cuando producto del abandono le siguiere para el abandonado alguna lesión personal o la muerte, con formando lo perceptuado por el artículo 348.

Esta conducta es inequívocamente preterintencional por las razones expuestas en el punto anterior.

Además, la conducta en este delito está dirigida a deshacerse de ese deber legal de velar por el menor o desválido, no hay intención de lesionar o matar. Este resultado no es ni querido ni previsto, pero si previsible por el agente.

Esta es la razón para que este evento final no constituya abandono agravado, sino homicidio preterintencional.

-El aborto seguido de muerte de la mujer. El código derogado tipificaba esta conducta en el capítulo del aborto, pero le daba tratamiento de delito preterintencional. El nuevo código acertadamente no consagró expresamente esta figura, pues ella se encuentra plenamente cobijada por el artículo 325, quien le da la denominación correcta de homicidio preterintencional.

-Constituye homicidio preterintencional cuando sobreviene la muerte producto de la violencia carnal, es decir, cuando los actos ejecutados sobre la víctima le ocasionan la muerte.

Muchas conductas más constituyen delito preterintencional en el nuevo código penal, a pesar de que el legislador ha

ya omitido identificarla con la fórmula sacramental de la preterintención. LLevemos a colación varios ejemplos:

Si de violencia contra empleado oficial, consagrado en el artículo 164, sobreviene la muerte, será homicidio preterintencional.

-En el caso del inciso 2° del artículo 178, si para lograr la fuga se ejerce violencia sobre el guardian, y a éste, producto de tal violencia le sobreviene la muerte, será homicidio preterintencional.

En general cada vez que encontremos una acción delictiva en donde el resultado al que estaba dirigida dicha acción sea menos grave que el evento finalmente obtenido, siempre y cuando éste haya sido previsible pero no previsto ni querido, es decir, que guarde todos los requisitos exigidos para la figura; estaremos frente aun delito preterintencional.

3.3. REQUISITOS

Para que un delito adquiriera la categoría de preterintencional es necesario que reúna los siguientes requisitos:

3.3.1. Una acción típica y antijurídica, dirigida a la consecución de un resultado.

Esta acción debe ser dolosa, es decir, debe quererse ese resultado.

3.3.2. Verificación de un resultado más grave que el querido.

Este resultado debe ser previsible por el agente. Ahora bien si el agente, efectivamente prevee este evento debe rechazarlo confiando en que no ocurrirá.

3.3.3. Homogeneidad entre el resultado querido y el no querido.

Es necesario que ambos eventos esten descritos en tipos penales. Circunstancia ésta que es apenas lógica, cada vez que de no ser así estaríamos frente a una conducta atípica si del primer resultado se trata, y si del segundo, el agente responderá única y exclusivamente a título de dolo.

3.3.4. Debe existir nexo causal entre el resultado querido y el no querido por el agente.

Si tal relación no existe, no podrá hablarse de delito preterintencional.

3.4. DELITOS PRETERINTENCIONALES Y DELITOS CALIFICADOS POR EL RESULTADO O DE DOBLE RESULTADO

En los delitos calificados por el resultado la pena se agrava por un actuar doloso en virtud de la causación de un resultado más grave que era previsible; mientras que en los delitos preterintencionales ese segundo evento más grave, además de ser previsible no era querido por el agente.

Distinta es la posición de ROMERO SOTO¹⁹, para quien no existe una diferencia fundamental entre unos y otros; además puntualiza que tanto los delitos preterintencionales como los calificados por el resultado, son en esencia un desenvolvimiento espontáneo que conduce a un resultado distinto del que pretendía el agente. En otras palabras lo que el autor toma como fundamento para no aceptar diferencia entre éstas dos modalidades delictivas, es que en ambos, entre el primer evento, y el segundo, no hay interferencia de terceras personas.

Al igual que el autor citado existen otros que comparten la misma posición. En vista de la controversia creada,

19. ROMERO SOTO, Luis Eduardo, Obra citada Tomo II, Pagina 201

la honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia del 13 de abril de 1984 sentó su criterio en los siguientes términos "la diferencia específica entre los delitos calificados por el resultado, y los delitos preterintencionales o ultraintencionales como también se les conoce, estriba en el hecho de que en los primeros, el segundo resultado, aún cuando descrito en la norma, no es el que tipifica el delito o la acción delictiva, mientras que en los delitos preterintencionales el segundo evento pasa a ser la conducta punible en la norma penal".

Es de resaltar que entre estas dos clases de conducta delictiva existen características comunes; ya que en ambas se pretende la comisión de un hecho cuya realización trae consigo un resultado que se agrega al tipo básico, es decir, aquel que describe la conducta en cuestión.

3.4.1. ¿Tiene el delito preterintencional dos resultados?

Debemos tener en cuenta que el delito preterintencional es una progresión criminosa, en donde el evento final no querido por el agente subsume en su totalidad al que el actor se habría propuesto obtener con su accionar delictivo.

Por esta razón no podemos hablar de dos resultados en el delito preterintencional.

A simple vista se pensaría que nos estamos contradiciendo, en todo el recorrido de nuestro estudio, pues en el hemos venido hablando de un primer resultado y un segundo resultado, es decir, de dos eventos.

Pero lo hacíamos con el ánimo de lograr un mejor entendimiento de la figura; de ninguna manera pretenderíamos afirmar que el delito preterintencional. tenga dos resultados.

3.5. EL DELITO PRETERINTENCIONAL Y EL DELITO ABERRANTE

Los delitos en estudio no pueden confundirse con los delitos aberrantes.

NICOLA VITALE ²⁰, trae unas clarísimas diferencias entre los unos y los otros. "La aberratio no puede confundirse con la preterintención; porque esta última se ocasiona un evento mayor no querido por el agente, en el mismo bien jurídico al que se quería producir la ofensa menor."

Mientras que la primera, el evento no querido no necesariamente tiene que ser mayor; puede ser igual o menos que el evento querido.

20. VITALE NICOLA, La preterintencione, Giuffre, Milano 1956, Página 21

En el delito aberrante existe siempre un error accidental, irrelevante, que puede referirse a la identidad de la persona contra la cual se dirige la acción delictiva, o la dirección de los medios causales puestos en marcha, lo que no sucede en el delito preterintencional.

3.6. LA ESPECIFICIDAD DEL DELITO PRETERINTENCIONAL

El código penal colombiano especifica el delito preterintencional por el resultado de la acción del agente, que sobre pasa a la intención o fin que este se propone realizar, la característica del elemento subjetivo se concreta en la producción de un evento dañoso de mayor entidad del que efectivamente se exterioriza.

3.7. HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

3.7.1. Generalidades

Este hecho ilícito debido a la mala interpretación que algunos tratadistas le han dado, no es de manera alguna reglamentado en las legislaciones de igual forma, sin querer con esto dar a entender que las demás conductas delictivas en su totalidad tiene una misma reglamentación en las dife

rentes legislaciones, y es así como algunos códigos como el italiano de 1930, y el ecuatoriano de 1938 definen la preterintención en su parte general como una forma del elemento psicológico del delito que concurre cuando de la acción u omisión se deriva algún resultado dañoso o peligroso más grave que el deseado por el agente, y en la parte especial tratan el homicidio preterintencional que el código italiano llama: "Homicidio involuntario", como una figura privilegiada del homicidio.

En otras legislaciones como el código español de 1944, contiene en la parte general una circunstancia de atenuación genérica que consiste en no haber tenido el actor intención de causar un mal de tanta trascendencia como el finalmente producido.

Un tercer grupo, entre los cuales podemos destacar, el argentino, el uruguayo, y de una u otra forma el nuestro, se limitan a reprimir como modalidad atenuada de homicidio el preterintencional, y agravar otros delitos cuando a consecuencia de ellos sobreviene la muerte de la víctima o no solamente la muerte sino un evento más grave que el inicialmente querido.

Los códigos de Alemania y Francia entre otros describen el delito preterintencional como delito de lesiones personales agravado por el resultado y sus comentaristas lo denominan

lesión personal con resultado mortal.

De tal manera que para éstas legislaciones se trata simplemente de lesiones personales agravadas; porque según ellos, lo que caracteriza como tipo delictuoso una figura cualquiera es el conjunto de elementos subjetivos y objetivos que constituyen el modo de proceder del agente, y sin duda alguna es innegable que en el homicidio ultraintencional la acción va encaminada, tanto por el aspecto subjetivo como por el objetivo, a causar un daño en el cuerpo, o en la salud, y no la muerte del ofendido.

3.7.2. Causales de Homicidio Preterintencional

Debemos resaltar, que en este aparte solamente nos referimos a tres de las causales por medio de las cuales se configura el homicidio preterintencional, por ser las únicas aceptadas por el legislador penal del 80.

3.7.2.1. Lesiones Personales

Se configura el homicidio preterintencional cuando el agente con el ánimo de lesionar procede contra su víctima, pero, por las secuelas de las lesiones esta muere. Debemos resaltar que se hace necesario que el agente tenga la intención de lesionar, de donde se deduce que las lesiones cul

posas no son causal de homicidio preterintencional; sino que solamente constituyen homicidio preterintencional, las lesiones dolosas.

Por lesiones personales se entiende cualquier daño a la persona humana que no destruya su vida, ni esté dirigida a destruirla, lo que si es obvio que la conducta del agente debe estar dirigida única y exclusivamente a producir una lesión en el cuerpo, o la salud de su víctima; porque si la intención del agente al momento de actuar es causar la muerte de su víctima, y en efecto lo logra pues, responderá por homicidio doloso y si no se produce el deceso por causas ajenas a su voluntad, será responsable de tentativa de homicidio.

3.7.2.2. Aborto

claro es, que si el legislador de 1980 no consagró o no le dió, el calificativo de aborto agravado, cuando de este sobreviene la muerte, como sí lo hacía el código anterior, fué porque comprendió que este reunía todos los requisitos para el homicidio preterintencional, y no era lógico tipificar dos veces la misma conducta.

Así las cosas, en nuestra legislación penal vigente, cuando por los medios empleados para causar el aborto sobrevie

ne la muerte de la mujer; estaremos frente a un homicidio preterintencional. De no ser así, quedaría impugne la conducta, porque sería un exabrupto encuadrarla dentro del curso delictual de tipos.

3.7.2.3. Violación

Sucede lo mismo que con el aborto. Nos encontramos en un caso idéntico al punto inmediatamente anterior, por lo tanto nos remitimos a él.

3.7.3. Bien jurídico Tutelado

Tutela esta norma el derecho más prolijado de los hombres y no solamente de los seres humananos; por que la más insignificante criatura viviente realiza actos para conservar su vida. Que sentido tendrían los demás derechos del hombre cuando este desaparece. Es cierto que existen derechos que subsisten después de la muerte, y que se transmiten a las demás personas según se estipule a través de un testamento o en su defecto como lo ordene la ley, pero para el causante y muchas veces para las personas más allegadas a él, éstos derechos pierden su esencia.

El derecho a la vida en la historia de la humanidad siempre ha ocupado el primer puesto en el pensamiento de los hom

bres sin importar su clase social, su estirpe o condición tienen derecho a la vida, como dice la declaración de los derechos humanos proclamada en 1948 por la Asamblea General de la Naciones Unidas. De igual sentido se pronuncia la convención americana sobre derechos humanos llamada Pacto de San José de Costa Rica, aprobada por Colombia mediante la ley 16 de 1972.

La carta fundamental con aras de brindar una mayor protección a este prestigioso derecho dice en su artículo 16, que las autoridades colombianas están instituidas para proteger a las personas residentes en nuestro país en sus vidas... De tal manera queda claro que el derecho a la vida protegido en el homicidio preterintencional no solo es esencial para el individuo sino que es trascendental para el normal desarrollo del Estado y además constituye uno de sus fines.

El doctor ALFONSO ORTIZ ²¹, afirma que la vida del ser humano es un hecho biológico, pero también es un derecho por que este ser humano tiene misión moral.

El hecho es título del derecho, que es derecho a vivir. Esta vida física o biológica es un ciclo irrevisible y continuo que empieza en el momento de la concepción y termina con la muerte.

Conforme a este concepto de la vida biológica que concuerda con lo afirmado en San José de Costa Rica, claro resulta que la destrucción a la vida intrauterina es un atentado contra el derecho a vivir de la misma clase que la destrucción extrauterina.

El derecho a vivir comprende, entre otros derechos, los siguientes:

Derecho a que los demás individuos o grupos no atenten injustamente contra la vida.

Derecho a que el Estado proteja la vida, la integridad corporal y la salud contra cualquier ataque injusto de otras personas.

Derecho a que el Estado respete la vida la integridad corporal y la salud de cada individuo.

Derecho a la solidaridad social y, particularmente de quienes tiene el deber de auxiliarlo para su subsistencia

21. RODRIGUEZ ORTIZ, Alfonso, Derecho penal Especial 3^o Edición, Colección Universidad de medellín, Página 522

cuando es incapaz de sostenerse así mismo por su propio es
fuerzo y así se le proteja contra los peligros y daños de
la naturaleza cuando se encuentre en estado de incapacidad
de valerse por si mismo.

3.7.4. Descripción típica

3.7.4.1. La conducta

Consiste la conducta en este delito en matar a otro preter
intencionalmente.

La palabra matar significa quitar la vida. Resultado que
se puede lograr ya sea por acción o por omisión. Para efec
to de la típicidad de la conducta no interesa la forma uti
lizada.

Acción es un movimiento corporal que en el caso que nos
ocupa produce la muerte de un hombre genéricamente hablan
do. En la ejecución de esta acción el agente puede utili
zar cualquier clase de medio capaz, es decir, idóneo para
producir la muerte a otro. Medios que pueden ser físicos
o materiales, psicológicos o morales.

La omisión indica un no hacer una acción que el agente de
bia realizar o ejecutar, es decir, no hacer lo que se debía

hacer, como si sería el caso del enfermo que muere por que la enfermera no le suministró las drogas ordenas por el médico que le atendio. O del recién nacido que muere porque su madre no lo amamanta o no le suministró alimentos.

Como el resultado obtenido por la conducta del agente en el homicidio preterintencional es la muerte que entre otras cosas es indispensable para la configuración del delito, cada vez, que de no darse, ni siquiera podríamos hablar de tentativa.

Veamos que se entiende por tal. Para el diccionario de la real academia de la lengua; "es la cesación o término de la vida", tal definición por su elementabilidad no satisface las exigencias legales. La medicina, con aras de precisar lo que se entiende por muerte, ha creado desde hace varios lustros un gran debate general. La primera definición se atribuye a JAVIER BICHAT, quien dijo que es "la detención funcional del sistema nervioso, de la circulación, de la respiración, y de la temperatura corporal".

En términos generales la medicina ha dicho que una persona muere cuando desaparecen en forma absoluta las funciones vitales.

3.7.4.2. El sujeto activo

La norma no exige cualidad especial para el agente; cada vez que se encuentra denotado por el término "el que", de tal manera que es un sujeto activo indeterminado, esto significa que la conducta del homicidio preterintencional puede ser realizado por cualquier individuo de la especie humana, pero para que dicha conducta sea punible es necesario que el agente tenga 16 años de edad o más, y que sea imputable.

3.7.4.3. El sujeto pasivo

El sujeto pasivo en el homicidio preterintencional, es al igual que el agente, un individuo de la especie humana. La norma del artículo 325 no exige cualidad especial. Sin duda alguna, el titular de ese precioso derecho a vivir que tenemos los seres humanos, es la persona que sufre el deceso.

3.7.4.4. La pena

La pena señalada para la conducta típica, antijurídica y culpable, es la señalada en los artículos 323 y 324 del código penal, disminuida de una tercera parte a la mitad.

El decreto 100 de 1980, acabó con la controversia a que dió lugar el código derogado, cada vez que este código al momento de referirse a la punibilidad de la conducta se remitía única y exclusivamente al homicidio simple.

Discutía la doctrina cómo hacer cuando el hijo preterintencionalmente mataba a su padre, o Juan mataba preterintencionalmente a Pedro por un pago; cuando no existía el homicidio preterintencional en el asesinato .

Hoy por hoy este vacío jurídico quedó plenamente subsanado con la norma clara del artículo 325 del código penal.

3.7.5. Culpabilidad de la conducta

Retomando principios generales de la primera parte del código, para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe ser culpable. Para el caso que nos embarga, para que la conducta típicamente antijurídica sea punible debe ser preterintencional. De tal manera que la preterintención es la forma de culpabilidad en este delito.

No obstante ser única y exclusivamente intención del agente causar una lesión o deshacerse de la obligación que demanda el cuidado de un menor de edad, o practicar un aborto, etcétera, el resultado de su conducta la excede, y en

vez de quedar en una simple lesión, abandono o aborto, progresa a un resultado más grave que es la muerte del agredido.

Es obvio y así lo hemos explicado en capítulos anteriores que para que este resultado integre la preterintención es sine qua non que el agente le haya sido previsible.

Debemos resaltar que únicamente nos refererimos a la muerte como resultado final más grave, teniendo en cuenta que es el único caso expresamente determinado en la parte especial del código, a pesar que en la parte general se infiere que para que haya preterintención, el resultado mayor no necesariamente tenga que ser la muerte, no profundizamos sobre esto por ser material de otro acápite.

3.7.6. Antijuricidad de la conducta

El derecho a vivir y los derechos a que los demás individuos no atenten contra la vida de otro, a que el Estado respete la vida y a que la proteja contra tales ataques es el bien jurídico protegido en este tipo. La subjetivización de tales derechos constituye el interés jurídico tutelado por la ley. La ejecución de la conducta homicida lesiona ese interés cuando es consumada.

Pero para que se integre la antijuridicidad necesaria para la constitución del delito no basta la mera lesión al interés jurídico tutelado por la Ley. Es necesario que se interfiera sin justa causa. Es de recordar que cuando el agente obra de acuerdo con alguna de las causales previstas en el artículo 29, el hecho se justifica por la falta de antijuridicidad.

3.8. EL HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL ANTE EL HOMICIDIO AGRAVADO

En la legislación penal vigente constituye homicidio agravado, el que el código en deceso denominaba asesinato. Cuando nos referimos a la punibilidad de la conducta tuvimos la oportunidad de tratar someramente el tema en estos momentos en estudio.

Se planteaba bajo la vigencia del código del 36, la posibilidad de agravar el homicidio preterintencional, por el hecho que con él concurriera algunas de las causales constitutivas, de asesinato, teniendo en cuenta que el artículo 365 consagraba el homicidio preterintencional, literalmente decía: "El que con el propósito de perpetrar una lesión personal ocasione la muerte de otro, incurrirá en la sanción establecida en el artículo 362 desmenuada en una ter

cera parte a la mitad-. Esta última norma consagraba el homicidio simple.

Esta era el mandato imperativo de la ley anterior, mandato que por su claridad no admitía interpretación diferente a pesar que no constituía un absurdo jurídico, violatorio del sentido común de la justicia y que la doctrina en general, con sobrada razón rechazó, en igual sentido se pronunció la honorable Corte Suprema de Justicia.

Afortunadamente para bien de los coasociados este yerro jurídico ha quedado solucionado con el decreto 100/80.

3.9. DIFERENCIA ENTRE EL HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL Y HOMICIDIO DOLOSO.

En el homicidio doloso la conducta del agente va dirigida a ocasionar la muerte a otro. Todas las etapas del inter-criminis tienen como único objetivo lograr dar muerte a alguien; mientras que en el homicidio preterintencional la conducta está dirigida a obtener un resultado que en cuanto a entidad es relativamente menor; en la muerte, ya sea que esté dirigida a causar una lesión personal, un aborto, una violación, despojarse del deber legal de cuidado y tutela que se tiene, para con un menor o desvalido, etcétera.

Mientras que en el homicidio doloso el fin del agente es lograr la muerte de la víctima.

En el homicidio preterintencional, el agente no quiere la muerte del sugeto pasivo de su conducta, es que ni siquiera se la representa y si lo hace confía en que no ocurrirá.

3.10 DIFERENCIA ENTRE EL HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL Y EL HOMICIDIO CULPOSO

El homicidio culposo se da por una conducta imprudente, negligente, o por impericia del agente, o por que éste violó normas legales que estaba obligado acatar. En el homicidio culposo el agente no tiene intención de obtener ni el deceso de la víctima, ni causar un resultado menor en detrimento de ésta, como sí ocurre en el homicidio preterintencional, en donde el agente, como antes dijimos desea ese evento menos grave, lo que sucede es que el resultado final excede su intención inicial.

CARRARA, plantea el problema de la siguiente manera:

El homicidio ultraintencional, se produce en el evento de un ataque a la integridad personal, que concluye, contra la voluntad del agente, en la muerte de otro, y el homicidio

es culpable cuando la muerte sobreviene como consecuencia de un acto, desde el punto de vista jurídico, diferente a una lesión de derecho que obviamente no constituye un atentado contra la integridad personal.

Seguidamente daremos unos ejemplos que ayudan a dilucidar el problema: Pedro con el ánimo de darle mantenimiento a su pistola le saca el proveedor, pero se le olvida sacarle el proyectil de la recámara; al maniobrarla se dispara dándole muerte a Juan. En este caso Pedro responderá penalmente por homicidio culposo.

Jesús con el ánimo de lesionar a José le lanza una piedra, quién por causa del golpe muere, Jesús responderá penalmente por homicidio preterintencional.

4. CONDUCTAS QUE DEBIERON CONSAGRARSE COMO PRETERINTENCIONALES EN LA PARTE ESPECIAL DEL CODIGO VIGENTE

4.1 LA MUERTE DEL MENOR ABANDONADO

El capítulo IV del título XIII, artículos 346 y subsiguientes del código penal, consagra el abandono de menores y de personas desvalidas.

El artículo 348 consagra la conducta mediante la cual, producto de ese abandono sobrevienen lesiones o la muerte del menor o persona desvalida, simplemente agravando la pena por ese segundo resultado.

Si analizamos esta norma, nos damos cuenta que cumple con todos los requisitos del delito preterintencional, es más, cuando el segundo resultado es la muerte del menor o de la persona desvalida, encuadra perfectamente en el artículo 325, o sea, el homicidio preterintencional, expresamente determinado en el código.

No hay razón para dejar por fuera de los delitos preterintencionales, una conducta que cumple con todas las exigencias para que se configure esta clase de delito. Si tenemos en cuenta que en primer lugar, la conducta va dirigida hacia un fin determinado típico, osea, el abandono, pero al final se produce un resultado mayor que es la muerte o las lesiones, que son producto del abandono; ambos resultados estan descritos en tipos penales diferentes, pero tutelan el mismo bien jurídico, genéricamente entendido: Entre estos dos eventos, existe nexo de causalidad, es decir, la muerte o las lesiones se producen como consecuencia del abandono.

Por estas razones, no cabe la menor duda que esta conducta es preterintencional, y no existe justificación alguna para que el legislador de 1980 no le haya dado tal denominación.

En este mismo sentido se expresa el profesor REYES²², y dice: "Si bien es cierto, el código no utilizó en este caso, la fórmula sacramental visible en el tipo de homicidio pre

22. REYES ECHANDIA, Alfonso, La culpabilidad Ob. Cit.

terintencional, no lo es menos que habiéndose próscrito toda forma de responsabilidad objetiva según la última parte del artículo 5º, presentando esta figura los requisitos propios de la preterintención, y siendo inaplicable el fenómeno del delictual, ha de reconocerse la existencia de una figura preterintencional".

Para el profesor ARENAS²³, en este delito existe el "animus nocendi", que es común a los delitos dolosos, pero no el "animus necandi"; porque el propósito del agente no era matar, sino de obtener otro resultado. del cual se siguió una muerte no prevista, ni querida, pero si previsible.

4.2. EL ABORTO PRODUCTO DE LAS LESIONES

Cuando de las lesiones inferidas a una mujer embarazada, sobreviene el aborto o parto prematuro, no cabe la menor duda que nos encontramos frente a un delito preterintencional por las mismas razones expuestas en el punto anterior, pero inexplicablemente el legislador tipificó esta conducta como lesiones agravadas; debiendo tipificarlas como preterintencional, teniendo en cuenta la nueva noción legal de

23. ARENAS, Antonio vicente Ob. cit., página 435

**5. OBJECIONES A LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA DEL 13 DE ABRIL DE 1984**

La honorable Corte Suprema de Justicia casó el fallo proferido por el honorable Tribunal Superior de Manizales que confirmó en su totalidad, la sentencia dictada por el juzgado primero superior de esa ciudad, en donde se condenaba a un sujeto por el delito de homicidio preterintencional. Delito que tuvo como causa las lesiones producidas por las maniobras abortivas realizadas en dicha mujer.

Pués bien, como la demandada de casación es el motivo que ha originado es te fallo nos compete pronunciarnos sobre sus fundamentos.

Es cierto que el código penal del 1936 tipificaba el aborto seguido de muerte, como aborto agravado y solo se remitía al homicidio preterintencional para efecto de la pena. Pero creemos que el recurrente olvidó que este delito, con la nueva codificación, desapareció del capítulo del aborto,

es decir, no se tipificó en dicho capítulo, por considerar que con la nueva noción legal de la preterintención, queda plenamente cobijada por el artículo 325, y precisamente por esto es erróneo el decir del recurrente que no es procedente el homicidio preterintencional; porque en nuestra legislación la preterintención solo opera en los casos expresamente determinados, y el aborto seguido de muerte no está tipificado como tal.

Acertada es en efecto la posición que en respuesta a las cargas del demandante tomó el señor el Procurador Delegado en lo penal, para quien el aborto seguido de muerte de la mujer ésta comprendido en la forma exacta en el artículo 325 del código vigente; no solo por la supresión que este hizo del artículo 387 del código penal derogado, y que consagra que el aborto por los medio empleados para causarlo, ocasionara la muerte de la mujer, se sancionará con la pena establecida para el homicidio preterintencional, sino porque en este caso se dan todos los elementos del homicidio preterintencional, es más, si el legislador hubiese querido dar un tratamiento particular al aborto seguido de la muerte lo habría hecho en forma expresa.

No aceptamos el criterio de la honorable Corte, según el cual nuestro ordenamiento, penal vigente permite al interprete escoger para el segundo resultado del delito preter

intencional entre el dolo indirecto o eventual, o la culpa, en otras palabras, el resultado más grave puede imputarse al agente o título de dolo indirecto o eventual, o bien por una actividad culposa. Pero, este tema fue ampliamente debatido cuando explicábamos las diferentes teorías que explican la preterintención, nos remitimos a ellas en donde sentamos nuestra posición al respecto.

Por otro lado, dice la honorable Corte, que no existe diferencia sustancial en el tratamiento que al delito preterintencional dieron los códigos penales de 1936 y el de 1980. Pues bien, nosotros consideramos que no es cierto, que por el contrario, las diferencias son amplísimas teniendo en cuenta que el código derogado no definía legalmente la preterintención negándole ese desarrollo amplio que el nuevo código le dio en su parte general.

Es más, al tenor del artículo 365 del código en deceso, el homicidio preterintencional, solamente se daba por lesiones seguida de muerte. Hoy de no ser por la limitante del artículo 39, en nuestra legislación, al igual que en casi todas las legislaciones del mundo, la preterintención tendría cabida siempre que se dé un resultado mayor no querido, pero previsible, y que obviamente se den los elementos propios de la figura. De todas maneras con la nueva noción del delito, y con la redacción del artículo 325, se colige

que esta tiene lugar no solamente por las lesiones seguidas de muerte; sino también por el aborto seguido de muerte, y por último de la violación seguido de muerte.

Cuando Estudiamos las causales del homicidio preterintencional deducimos que en nuestro ordenamiento jurídico vigente eran tres teniendo en cuenta que en cada una de ellas, es decir, en el aborto seguido de muerte y en las lesiones y violaciones seguida de muerte, se dan perfectamente los requisitos propios de la preterintención.

Consideramos un absurdo que la Corte pretenda negar nexo causal entre el aborto y la muerte de una mujer, cuando ésta sobrevenga producto de las maniobras abortivas o por los medios empleados para causar aquel. Debemos tener presente que éstas maniobras van a realizarse en el cuerpo de la mujer, en su integridad física, y que de una u otra forma van a enfrentarla en su salud. Es más ese resultado final, o sea la muerte acaece sin duda alguna por la acción delictuosa del agente.

En cuanto a la homogeneidad entre el delito pretendido, y el finalmente resultante no cabe la menor duda que estamos frente a un mismo bien jurídico tutelado genéricamente, y para comprobarlo basta mirar el título XIII de nuestro código penal.

Por otro lado la providencia que comentamos establece que en la actual legislación penal, el abandono seguido de lesión o muerte del abandonado no constituye delito preterintencional, pues bien, esto no admite controversia, a pesar que no tiene razón de ser como a su debido tiempo lo explicamos. Pues así está plasmada en nuestro ordenamiento penal.

Es doloroso para los coasociados de nuestro país tener que soportar este yerro jurídico en que nuestra honorable Corte suprema de Justicia ha caído al aceptar solamente como conductas preterintencionales, las lesiones seguidas de muerte; dejando por fuera como ya lo hemos anotado conductas que cumplen al igual que éstas, con las exigencias legales y doctrinarias para la plena configuración de esta institución.

Afortunadamente y con sabrada razón, diríamos nosotros, cuatro honorables magistrados salvaron su voto cosa que deja entender que no es unañime tamaña equivocación. Y finalizaron su salvamento con las siguientes conclusiones:

La forma genérica como hoy aparece redactado el homicidio preterintencional, permite subsumir dentro de esta figura, no solamente las lesiones seguidas de muerte, sino también el aborto seguido de muerte "al igual que la viola

ción"²⁴, pues también en este caso se quiere la comisión de un hecho delictivo, del cual se deriva la muerte no querida, pero previsible, del objeto material, personal sobre el que ha recaído el comportamiento del sujeto agente.

De no aceptar este planteamiento tendría que concluirse que toda la teorización del nuevo ordenamiento se hizo para una sola posibilidad fáctica, lo que contraría el carácter generalizante que se dió a la institución de la preterinten intención.

24. Lo encerrado entre comillas es nuestro.

6. CRITICAS JURIDICO - GRAMATICALES A LAS NORMAS QUE CONSAGRAN EL DELITO PRETERINTENCIONAL

6.1. ARTICULO 35 DEL CODIGO PENAL

Consagra esta normas las formas de culpabilidad, y literalmente dice: "nadie puede ser penado por un hecho punible, si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención ". Si bien es cierto que la dogmática jurídica, doctrina prevalente en nuestro código penal, ha querido con esta norma darle entidad propia a la preterintención como una tercera forma de culpabilidad, no es menos cierto que hoy por hoy no ha logrado este objetivo, es decir, no ha logrado explicar a la preterintención, independientemente del dolo y la culpa.

6.1.1. ¿Es redundante la norma?

El artículo 2° del código preceptúa: "para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable". Del análisis de este tipo podemos afirmar que en efecto la

norma del artículo 35 es redundante, teniendo en cuenta, que ya en el transcrito artículo 2° se está exigiendo que ese hecho típico y antijurídico, para que sea punible debe ser culpable, de tal manera que todo hecho punible tiene que ser realizado con dolo, culpa o preterintención, que son las formas en las cuales la conducta es culpable.

En este orden de idea, concluimos que cuando la norma del artículo 35 dice que "nadie puede ser penado por un hecho punible....", con esta última frase está indicando que el hecho ha tenido que ser cometido dolosa, culposa o preter intencionalmente.

Creemos que hubiese sido más correcto, decir: Nadie es culpable de un hecho sino lo ha realizado con dolo culpa o pretrintención.

6.2. ARTICULO 38 DEL CODIGO PENAL

Esta norma consagra que "la conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente".

Controvierte la doctrina, si en realidad se trata de preterintención, o exceso de intención. Los dos términos son diferentes y al respecto nos remitimos al punto 2.5.4. de

este trabajo, en donde dilucidamos ampliamente sobre sus diferencias.

Consideramos que en parte es acertada la posición del profesor VARGAS VARGAS²⁵, para que esta definición que nos trae la norma que comentamos es un adefesio jurídico por lo siguiente:

La frase "siendo previsible" redundante; porque todo hecho preterintencional implícitamente lleva la intención de lo que se propone el agente, y en toda intención; además, está de igual manera, implícita la previsión de un resultado más grave que el querido. Por otro lado, si el resultado no fuera previsible, jamás podríamos decir que es preterintencional. Según el citado autor hubiese sido más correcto decir, cuando su resultado exceda la intención del agente. De todas maneras esta fórmula tampoco resuelve totalmente el problema; tan solo se logra con ello subsanar la redundancia existente.

25. VARGAS VARGAS, Pedro, Derecho penal general, Primera Edición, Editorial Librería el Fondo de la Justicia, 1985 páginas 222 y subsiguientes

6.3. ARTICULO 39 DEL CODIGO PENAL

Consagra esta norma una limitación a las conductas preterintencionales y culposas; cuando establece que "la conducta preterintencional o culposa solo es punible en los casos expresamente determinados en la ley". De tal manera que una conducta solo se le puede imputar al agente a título de culpa o preterintención cuando una norma así lo indique.

Cuando en los primeros semestres de nuestra carrera estudiábamos la parte general del código penal, nunca imaginamos que esta norma en lo que respecta a la conducta preterintencional, sería un obstáculo para la recta administración de justicia, y de verdad que afecta a ésta, toda vez que los implicados penalmente tienen todo el derecho a que se le aplique la norma correspondiente, y no justificamos que una conducta que reúna todos los requisitos de la preterintención no sea preterintencional, porque el legislador no hizo mención de tal término.

El profesor VARGAS, al comentar esta norma dice que si no fuese por la interpretación lógica que de ella se hace, se inferiría que las conductas dolosas siempre llevan consigo una sanción para el agente, sin interesar que su resultado esté o no previsto como infracción penal. Disentimos de esta afirmación por una razón muy clara; porque ya una nor

ma rectora como lo es el artículo 2º, está preceptuando que, para que un hecho tome la denominación depunible debe ser típico, antijurídico y culpable. Y si es lo primero, obviamente es porque está previsto como infracción penal. Lo que sucede es que el dolo se presume, mientras que la culpa y la preterintención deben ser determinadas.

6.3.1. ¿Son las conductas preterintencionales y culposas una misma cosa?

Según el autor antes citado, y siguiendo con el exhaustivo comentario en este aparte; el verbo ser, utilizado en la norma en tercera persona singular, da a entender que estas dos conductas son una misma cosa, y lo explica de la siguiente manera: " Como nadie lo ignora, el sujeto gramatical de una oración es la palabra que concuerda con el verbo, el número y persona". Observese que dicha inflexión, armoniza con el sustantivo conducta único núcleo del sujeto. Por cumplir con una de las excepciones de la regla pertinente, se debió emplear un sujeto compuesto de dos núcleos; uno expreso y otro tácito, en que el primero estuviera modificado por dos adjetivos de una misma especie, unidos este por la conjunción copulativa "y", de esta manera; "la conducta preterintencional y culposa solo son punibles en los casos expremamente determinado en la ley".

De todas maneras nos obliga a resaltar que en modo alguno, las conductas preterintencionales y culposa son una misma cosa. Existen grandiosas diferencias entre ellas, como lo explicamos en capítulos anteriores.

Por otro lado es de anotar que si nos señimos a la interpretación exegética de la norma, se podría concluir que el Código Penal, concretamente en su parte especial solo existiera una sola conducta culposa, cosa que no es así pues, todos sabemos que hay muchas. Esto se debe a que la norma al referirse a éstas conductas lo hace en forma singular.

6.4. ARTICULO 325 DEL CODIGO PENAL

Consagra este artículo, el homicidio preterintencional, única conducta que de esta clase consagra nuestro estatuto punitivo teniendo en cuenta lo previsto en el ya comentado artículo 39, y consiste en matar a otro preterintencional. Como esta conducta fue tratada ampliamente en el punto 3.7 de nuestro estudio, no nos queda más que remitirnos a él y dedicarnos a lo que esencialmente este acápite se refiere como son las críticas jurídicas - gramaticales. Y por eso pasaremos al siguiente aparte.

6.4.1. Matar, futuro hipotético

En la redacción del Código Penal Colombiano, el legislador incurrió en innumerables errores quebrantando sin contemplación alguna cantidades de reglas gramaticales, a pesar de que es precisamente en los preceptos jurídicos donde se debe mostrar mayor conocimiento científico del idioma, teniendo en cuenta que el Estado a través de éstos preceptos imperativos ordena ejecutar, o no ejecutar ciertos hechos, y persigue que los ciudadanos obedezcan dicho mandato.

Pués bien, el verbo matar en futuro hipotético, utilizado en la norma que comentamos, de no ser por la interpretación lógica que de ella hacemos, impediría que se consumara la conducta en ella establecida, es decir, si se respetara el tenor de la norma nunca se tendría por consumando un delito.

7. SUGERENCIAS Y RECOMENDACIONES

Durante el desarrollo del trabajo, al hacer críticas y plantear objeciones, se ha venido expresando nuestro criterio, haciendo recomendaciones y sugerencias; no obstante, se pueden hacer las siguientes:

-Escoger de una forma más acertada y exigiendo capacidad suficiente, a los encargados de redactar las normas.

-Hacer a cada norma, antes de que entre en vigencia, un verdadero estudio gramatical, a fin de evitar errores de este tipo, que pueden repercutir en su interpretación y en el cumplimiento de sus objetivos.

-Hacer una reconsideración, por parte de los que una u otra forma participan en la actividad interpretativa de la ley, sobre la forma como se está haciendo la del homicidio preterintencional, acabando así con esa errónea creencia de que las lesiones es lo único que lo puede ocasionar.

-Acabar, mediante una reforma al código penal vigente, con ese carácter restringido que tiene el delito preterintencional en la parte especial, consagrando como preterintencionales otras conductas tales como se ha explicado, y no solamente el homicidio.

-Tener en cuenta la naturaleza del bien jurídico lesionado para efectos de la tipificación de la conducta y sanción aplicable. Porque aún cuando generalmente se tiene en cuenta; la verdad es que en el caso del niño abandonado que muere como consecuencia de dicho acto, no se tuvo en cuenta, porque no se justifica que la muerte de una persona solo produzca como efecto una simple agravación del delito de abandono, sin que aquella sea suficiente para que al menos, hacer cambiar de denominación la conducta reprochable y consecuentemente encuadrarla en diferente tipo penal.

CONCLUSIONES

- Hemos realizado una investigación de gran trascendencia por tratarse del estudio de una figura que desafortunadamente no ha contado en nuestra legislación con el desarrollo que ha debido darsele, para el bien de una correcta administración de justicia, de los coasociados y como consecuencia lógica del Estado Colombiano.

- Este trabajo deja claro, que en nuestra justicia existe una imperiosa necesidad de llevar a cabo un estudio elaborado con profesionalismo, mucho más serio y amplio de la figura de la preterintención, dándole la importancia que se merece, teniendo en cuenta que es una de las formas en que se puede imputar al agente un hecho delictivo según el actual código penal.

- En él se estudió, el hecho punible genéricamente entendido, dándole prioridad a lo concerniente a los delitos cumpliendo así con el cometido de nuestro trabajo.

- El legislador colombiano sin razón de ser, sin fundamento jurídico suficiente para respaldar su posición, ha consagrado como único delito preterintencional al homicidio. Dejando por fuera delitos que reúnen todos los requisitos del hecho preterintencional.

Pero, lo más catastrófico aún, es que la jurisprudencia, afortunadamente no de mabera unánime ha sentado el criterio según el cual solamente podemos hablar de homicidio preterintencional cuando éste es producto única y exclusivamente de lesiones personales. Limitando al delito preterintencional, y más concretamente el homicidio preterintencional a su mínima expresión, haciendo completamente inútil el desarrollo que el mismo legislador de 1980 le dió en la parte general del código.

- Pretenden nuestros máximos administradores de justicia dejar por fuera del homicidio preterintencional, cuando este sobreviene producto de la violación o del aborto; desconociendo que si el legislador de 1980 no tipificó estas conductas fue porque consideró que encuadraban perfectamente en la norma del artículo 325.

- La preterintención tal como la consagra nuestro código penal, aceptese o no, constituye la tercera forma de culpabilidad, pero lo cierto es, que no obedece a exigencias

cualitativas, sino que tiene como finalidad ante todo, la recta aplicación de justicia, adecuandola a la intencion dañina o grado de peligrosidad del sujeto agente, poraue la gran verdad, es que ni la dogmática jurídico penal ha podi do explicar esta figura como forma autónoma de culpabilidad.

- Por otro lado sintetizamos en nuestro trabajo las críti cas jurídicas gramaticales. En las normas de derecho gene ralmente existen innumerables errores gramaticales; erro res, que unas veces afectan su correcta aplicación y otras veces pasan por desapercibido. Pero de todas maneras los estudiosos del derecho han dejado a un lado el aspecto gra matical de las normas, y las interpretan utilizando la sim ple lógica. Pero de verdad que es tanta la irresponsabili dad con que en Colombia se hacen las leyes que si nos atu vieramos a su sentir gramatical no sería posible su aplica ción, esto sucede con la norma que consagran el delito pre terintencional propiamente dicho, cada vez que si nos atu vieramos al significado gramatical del artículo 325 jamás se daría el delito preterintencional.

- A pésar de que los delitos pretrintencionales tienen ca racterísticas propias, por medio de las cuales, sin necesi dad de grandes esfuerzos se puede determinar cuándo una conducta és preterintencional y cuándo no lo és.

Pero inexplicablemente nuestro sabio legislador le ha dado el calificativo de agravadas a conductas que por naturaleza son preterintencionales, pues, cumplen todas las exigencias que el mismo legislador, ha estipulado para que se configuren estos delitos.

BIBLIOGRAFIA

- ARENAS, Antonio Vicente. Comentarios sobre el código penal Tomo I Parte general y Tomo II. parte especial, 4^a edición. Editorial TEMis, Bogotá D.E. 1983.
- CARRARA, Francesco. Programa de derecho criminal. Volúmenes I y II. Traducción José J. ORTEGA y Jorge GUERRERO Editorial Temis, Bogotá, 1965.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Casación Abril 13 de 1984.
- ESTRADA VELEZ, Federico. Derecho penal especial. Ediciones Librería del profesional. Bogotá D.E. 1981.
- FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho penal fundamental. Editorial Temis, Bogotá D.E. 1982.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de derecho penal. Tomo IV. 4^a edición. Editorial Lozada. Buenos Aires, 1977.
- LOPEZ MORALES, Jairo. Código penal colombiano. Tomo I y II. Ediciones Jurídicas Colombiana. Ltda. Bogotá D.E 1985.
- MAGIORE, Giuseppe. Derecho penal. Traducción de José J. ORTEGA T. Volumen I. Editorial Temis, Bogotá D.E. 1954
- MARTINEZ LOPEZ, antonio José. Estatutos penales colombianos. Parte general y especial. Ediciones Librería del profesional. Bogotá D.E. 1986.
- OMEBA. Enciclopedia Jurídica. preterintención. Tomo XXIII. Editorial Bibliográfica Argentina. S.R.L. Buenos Aires, 1967.

- ORTIZ RODRIGUEZ, Alfonso, Manual de Derecho Penal Especial
3^a edición. Editora Señal. Medellín 1987.
- PEREZ, Luis Carlos. Derecho penal. Tomo I. 2^a Edición,
Editorial Temis Bogotá D.E. 1987.
- REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho penal. Parte general.
10^a edición Editorial Temis, Bogotá D.E. 1987.
- _____. La culpabilidad. Universidad Externado de
Colombia. Bogotá, D.E. 1982.
- SOLER, Sebastián. Derecho penal argentino. Tomo III.
Editora Argentina. Buenos aires, 1973. .
- TOCORA, Luis Fernando. Derecho penal especial. 2^a edición
ampliada. Ediciones Librería del profesional. Bogotá,
D.E. 1984.
- VARGAS VARGAS, Pedro. Derecho penal general, 1^a edición.
Editorial Librería El Foro de la Justicia. Bogotá,
D.E. 1985.
- VON LISET, Frank. Tratado de derecho penal, 3^a edición,
Traducción Luis JIMENEZ DE ASUA, Tomo II. Editorial
Reus. Buenos Aires, 1962.