

Preterintención: Un periódico de ayer

Preterintention: A newspaper from yesterday

Álvaro Salgado González¹ - Nohora García Romero² - Paulo López Torres³

RECIBIDO: 11-01-17

ACEPTADO: 26-02-17

PUBLICADO: 09-01-17

RESUMEN

El ordenamiento jurídico colombiano reconoce tres modalidades de la conducta: Dolo, culpa y preterintención, en la que esta última está compuesta de las dos primeras figuras que a su vez, son distintas y excluyentes entre sí. Esto pone en tela de juicio la autonomía de la preterintención y crea la necesidad de su estudio y comparación con otras figuras y teorías propuestas en el derecho, agregando además la subsistencia de una institución para sólo dos tipos penales de nuestro ordenamiento jurídico, los cuales cumplen con los elementos básicos de otra institución como los delitos agravados por el resultado.

Palabras clave: Agravantes, culpa, dolo, preterintención.

ABSTRACT

The Colombian legal system recognizes three modes of conduct: dolo, guilt and preterintention, in which the latter is composed of the first two figures which in turn are distinct and mutually exclusive. This puts into question the autonomy of preterintention and creates the need for its study and comparison with other figures and theories proposed in the law, adding also the subsistence of an institution for only two criminal types of our legal system, which comply with the basic elements of another institution as the crimes aggravated by the result.

Key words: Aggravation, guilt, dolo, preterintention

¹ Docente investigador de la Universidad de Cartagena, magister en Derecho Penal, líder del semillero de investigación Germinación – tutela penal adscrito al grupo de investigación Filosofía del derecho, derecho internacional y problemas jurídicos contemporáneos. E-mail: alvarosalgado@gmail.com

² Miembro del semillero de investigación Germinación - Tutela Penal de la Universidad de Cartagena, dirigido por el docente investigador Dr. Álvaro Salgado González. E-mails: nohora071@hotmail.com

³ Miembro del semillero de investigación Germinación - Tutela Penal de la Universidad de Cartagena, dirigido por el docente investigador Dr. Álvaro Salgado González. E-mails: paanoto1993@gmail.com

INTRODUCCION

Nuestra normatividad penal señala que una conducta puede ser dolosa, culposa o preterintencional, aclarando que estas dos últimas solo podrán ser punibles en los casos expresamente señalados por la ley; definido así bajo el título Modalidades de la conducta punible, artículo 21, código penal colombiano. En otras palabras, la regla general parte de que toda conducta es dolosa, exceptuando conductas que logren configurar responsabilidad penal que puedan ser culposas y otras, que ni siendo dolosas ni culposas, son preterintencionales, entendiendo que esta última no es una tercera forma de imputación subjetiva, sino una clase de armonía entre la imprudencia y el dolo. (Zaffaroni, Alajía, y Slokar, 2003).

Partiendo de esa premisa, esta investigación cualitativa se basa en el estudio de la figura de la preterintención, en la que para llegar a esta, es necesario estudiar las otras modalidades de la conducta que la componen y la estructuran, teniendo como metodología el estudio de las diferentes posturas doctrinarias y jurisprudenciales no solo de nuestro ordenamiento jurídico, sino de legislaciones foráneas en aras de ofrecer un planteamiento actualizado y conforme a la dogmática adoptada por nuestro código penal, considerando que muchos sistemas penales ya están considerando el estudio de la necesidad de esta figura y en la que en muchos de ellos, ya se encuentra abolida.

CONCEPTOS

1. Dolo

El concepto de Dolo, al igual que el concepto de Culpa, tuvo un gran cambio en su redacción en el Código Penal Colombiano de 2000 respecto al anterior código vigente desde 1980, debido a que su definición goza de amplias e importantes explicaciones doctrinarias que van desde Francesco Carrara hasta Vincenzo Manzini y muchos más, además de las teorías adoptadas por cada normatividad.

El causalismo (escuela penal alemana), orientación adoptada por el Código Penal de 1980 y el finalismo (escuela penal germana) el cual es adoptado en el Código Penal actual, examinan el dolo de forma diferente, el primero lo hace desde la culpabilidad abarcando tanto el conocimiento del hecho como su antijuridicidad. Por otro lado el finalismo, desde la tipicidad, solo señala

el conocimiento del hecho, no hace mención de la antijuridicidad comprendiéndola como un elemento de la culpabilidad y configurando el conocido tipo subjetivo del dolo. No obstante, pese a las fundamentales diferencias entre ambas teorías encontramos un punto de intersección, “quiere su realización”: La voluntad, en donde encontramos los elementos cognoscitivos y volitivos del dolo.

Tradicionalmente se ha definido al dolo como la conjunción de un conocer y un querer, materializado en la conciencia o psique del individuo. En consecuencia, el dolo se integra de dos elementos: uno intelectual o cognitivo, que exige tener conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal respectivo, y otro volitivo, que implica querer realizarlos. Por lo tanto, en materia penal se dice que actúa dolosamente quien sabe que su acción es objetivamente típica y quiere su realización (CSJ, 2010, M.P. Socha Julio).

Nuestro Código Penal reza:

Artículo 22. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

De lo cual se hace manifiesta la presencia de varias modalidades de dolo, además

En reciente decisión la Sala puntualizó que de acuerdo con la dogmática, los aludidos componentes del dolo no siempre presentan los mismos grados de intensidad, ni de determinación, lo cual ha dado lugar a que la doctrina dominante distinga, en atención a la fluctuación de estos aspectos, tres clases de dolo: el directo de primer grado, el directo de segundo grado y el eventual (CSJ, 2010, M.P. Socha Julio).

Dolo directo y dolo eventual.

Doctrinalmente se identifican dos tipos de dolo: Dolo directo y el dolo eventual también conocido como dolo indirecto. El dolo directo, lo define Garcés (2005) a continuación:

En este evento, la persona conoce previamente que la conducta está prohibida por la Ley, que su actuar es ilícito; no obstante ello, la quiere como suya y la realiza. Hay, entonces, una equivalencia o correspondencia entre el resultado y lo efectivamente querido o conocido (p.95).

Es decir, la persona tiene conocimiento y quiere la realización, como bien lo señala el código penal, de los hechos constitutivos del tipo penal.

En el dolo directo de segundo grado, indirecto o de consecuencias necesarias, en palabras de Zaffaroni (2003) el resultado, como consecuencia necesaria del proceder elegido para lograr su objetivo, es totalmente querido.

...El sujeto está seguro o casi seguro de que su conducta activa u omisiva traerá consigo unas consecuencias que están previstas como infracción penal, porque se presentan como inevitables; incluso le pueden parecer desagradables o puede no desearlas, pero esta disposición anímica no es relevante, porque predomina el aspecto intelectual o cognoscitivo sobre el volitivo (Universidad Externado de Colombia, 2011, p.235).

El dolo eventual está compuesto, según Escobar y Monsalve (2013), por:

Las conductas imprudentes en las que siendo previsible la producción de un resultado lesivo fruto de la violación a un deber objetivo de cuidado o normas del tráfico jurídico del sujeto actuante –que precisamente buscaban evitar la producción de dicho resultado–, se viola una disposición penal (p.5).

En otras palabras, el sujeto acepta de antemano el posible resultado ya previsto, manteniéndose indiferente a este y persistiendo en su actuar.

En resumen, señala la Corte Suprema de Justicia:

“El dolo directo de primer grado se entiende actualizado cuando el sujeto quiere el resultado típico. El dolo directo de segundo grado, llamado también de consecuencias necesarias, cuando el sujeto no quiere el resultado típico pero su producción se representa como cierta o segura. Y el dolo eventual, cuando el sujeto no quiere el resultado típico, pero lo acepta, o lo consiente, o carga con él, no

obstante habérselo representado como posible o probable” (2010, M.P. Bustos José).

2. Culpa

“Artículo 23. **Culpa.** La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo”; definición de culpa en el Código Penal Colombiano, de la cual observamos dos tipos de culpa comúnmente conocidas como culpa sin representación y culpa con representación. Sin embargo, antes de entrar en estas definiciones es oportuno aclarar que la aplicación de esta modalidad de la conducta no es dable aplicarla de manera mecánica o instantánea, ya que la normatividad es clara al señalar que las conductas culposas o preterintencionales sólo serán punibles en aquellos casos que la ley haya determinado expresamente.

Nos dice Pabón (2005):

Resumiendo, para el finalismo en el delito culposo, el resultado se produce por la falta del debido control de la finalidad perseguida por el agente. El control de la finalidad hace que el resultado dañino sea evitable y previsible. Toda acción humana tiene una finalidad que controlada, asume la modalidad dolosa, e incontrolada, genera el hecho culposo (p.81).

Culpa sin representación.

En la culpa inconsciente el agente no desea el resultado y mucho menos lo ha previsto por lo que actúa con negligencia, no significando lo anterior que el resultado no sea previsible por el contrario, al serlo, se genera la sanción del actuar negligente.

Culpa con representación.

La culpa consciente abarcada en la segunda parte del artículo 23 del código penal colombiano, el agente no actúa con negligencia, puesto que si prevé el resultado, solo que éste piensa y confía que puede evitarlo, volviendo su actuar imprudente y generando el resultado no deseado.

Culpa con representación y dolo eventual.

En ambas modalidades el resultado es previsto y el actuar es imprudente, no obstante, a diferencia de la culpa con representación, en el dolo eventual el resultado es previamente aceptado, por lo que el agente insiste en su actuar sin importar el resultado final.

En todos los eventos es necesario que concurren los dos elementos del dolo, el cognitivo y el volitivo, pero en relación con este último sus contenidos fluctúan, bien porque varía su sentido o porque su intensidad se va desdibujando, hasta encontrarse con las fronteras mismas de la culpa consciente o con representación, que se presenta cuando el sujeto ha previsto la realización del tipo objetivo como probable (aspecto cognitivo), pero confía en poder evitarlo (2010, M.P. Bustos José).

Las dificultades surgen de sus similitudes estructurales. Tanto en el dolo eventual como en la culpa con representación o consciente el sujeto no quiere el resultado típico. Y en ambos supuestos el autor prevé la posibilidad o probabilidad que se produzca el resultado delictivo. Por lo que la diferencia entre una y otra figura termina finalmente centrándose en la actitud que el sujeto agente asume frente a la representación de la probabilidad de realización de los elementos objetivos del tipo penal (Mir, 1990, P.264).

3. Preterintención

Manteniendo la estructura de su redacción respecto al código penal anterior (1980), la preterintención, ahora comprendida como modalidad de conducta, sucede cuando el agente queriendo un resultado, produce uno más grave. “Dígase que existe responsabilidad preterintencional cuando el resultado más grave es previsible para el agente, debiéndosele reprochar por no haber reparado en esa situación pudiendo haberlo hecho” (CS), 2002, M.P. Gómez, Jorge).

Así, la preterintención se encuentra comprendida por una acción inicial dolosa y un resultado culposo, el cual debe ser más grave que el querido y consecuencia de la conducta inicial, es decir, debe existir un nexo de causalidad objetivo entre la acción que inicialmente realizó el agente y el hecho ultraintencional (Pabón, 2012).

De ahí, que se conozcan los siguientes elementos de la preterintención:

- a. Conducta inicial dolosa: Voluntad dirigida a la producción de un tipo penal.
- b. Producción de un resultado final distinto y más grave del querido por el agente: Este resultado debe ser, en la normatividad colombiana, previsible por el agente⁴.
- c. Nexo causal entre la conducta realizada y el resultado obtenido.
- d. Homogeneidad de bienes jurídicos protegidos: Entre el protegido por el resultado querido y el protegido por el resultado obtenido.
- e. El objeto material sobre el cual se realiza la acción delictiva sea el mismo objeto material que padece el resultado mayor finalmente producido.
- f. Que la figura se encuentre expresamente consagrada en la ley.

El código penal colombiano define la preterintención de la siguiente forma: “Artículo 24. Preterintención. La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente”. Al igual que en la culpa, recordamos que el delito preterintencional sólo será punible en los casos expresamente consagrados en la ley. En consecuencia, en nuestra normatividad encontramos contados delitos tipificados como preterintencionales, el más conocido por todos, el homicidio preterintencional (art. 105) y, el parto o aborto preterintencional (art. 118).

La ley 23 de 1991 (art. 1 N° 10), consagró como “contravención especial”, las lesiones personales preterintencionales con incapacidad no mayor de treinta días; en norma que no pasó a convertirse en delictual con el nuevo estatuto; éste sin embargo erige, dentro del capítulo sobre lesiones personales (Pabón, 2005, P.82).

3.1. Teorías que explican la naturaleza del delito preterintencional.

3.1.1. El delito doloso.

Esta teoría señala que el delito preterintencional es en esencia doloso, por ende se conduce al esquema general del dolo, empero no es doloso de forma

⁴ La previsibilidad del resultado obtenido, gran parte de la doctrina lo toma como un elemento totalmente autónomo, puesto que es necesaria para concretar la presencia o no de la causal de ausencia de responsabilidad descrita en el numeral primero, artículo 32 del código penal colombiano, caso fortuito y fuerza mayor.

exclusiva. Este comportamiento doloso es el imputado a la agente de forma puramente objetiva más allá del resultado más grave que el propuesto siendo este consecuencia del comportamiento doloso.

3.1.2. Dolo y culpa.

Se habla de una mixtura entre el dolo y la culpa. La presencia del dolo se atribuye al resultado inicial querido por el agente mientras la culpa, se observa en el resultado final obtenido.

3.1.3. Dolo eventual.

Al agente le es imputado un dolo eventual en el entendido que el resultado obtenido, es decir, el más grave, siempre fue querido por él. El segundo resultado es previsto por el agente al momento de querer la obtención del primer resultado.

3.1.4. Dolo y responsabilidad objetiva.

El elemento principal en esta teoría es el nexo causal. Siendo necesaria la presencia del dolo en el resultado menos grave, el resultado más grave se le imputa al agente excluyendo su naturaleza culposa y cualquier consideración subjetiva, siendo la preterintención una mezcla entre dolo y responsabilidad objetiva, donde la justificante para imputar el resultado más grave es el nexo de causalidad material.

3.2. Preterintención y dolo eventual.

En sentencia 30485, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, aclara la diferencia entre dolo eventual y preterintención:

En el dolo eventual el resultado no excede el propósito del agente, porque éste actúa a sabiendas del riesgo que asume hacia el resultado lesivo que se va a producir si no hace nada para poder evitarlo.

En la preterintención, en cambio, el sujeto activo de la conducta riesgosa omite la posibilidad de prever el resultado mayor por la falta de deber de cuidado que le era exigible, siendo fácilmente constatable que esa conse-

cuencia no coincide con el propósito inicial del sujeto (2012, M. P. Augusto Ibáñez Guzmán).

En decisión del 24 de noviembre del 2010, deja claro que:

Cuando el artículo 24 de la Ley 599 de 2000 señala que la conducta es preterintencional si su resultado, siendo previsible, rebasa la intención o referente psíquico del agente, está descartando toda forma de resultado típico que pueda atribuirse al caso fortuito, pues éste siempre es imprevisible o inevitable, e igualmente aquél que pueda ser atribuido a dolo eventual, ya que en esa especie de dolo el resultado no excede el propósito del agente, por cuanto éste lo acepta o lo deja librado al azar, una vez que, al advertir la probabilidad de su acaecimiento, de todas maneras actúa a sabiendas del riesgo que asume hacia un resultado lesivo que él ya sabe cuál puede ser (CSJ, M.P. Julio Socha Salamanca).

3.3. Preterintención y culpa.

Esta diferencia es dejada en claro por pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en sentencia anteriormente citada (2010, M.P. Socha, Julio), a seguir:

...En la modalidad culposa no hay una relación intencional, es decir, la conducta no está orientada o dirigida a un predeterminado fin o resultado típico, lo que se presenta es un acto voluntario con desconocimiento del deber de cuidado, que ocasiona con base en un nexo de causalidad un resultado dañoso que el sujeto agente pudo conocer y prever.

Finalmente, la modalidad preterintencional de la conducta punible consiste en que el *"...resultado siendo previsible, excede la intención del agente"* (artículo 24 de la Ley 599 de 2000). En esta forma de culpabilidad, habiendo dirigido el sujeto su voluntad conscientemente a la concreción de un resultado típico y antijurídico, produce a la postre otro de la misma naturaleza pero diverso y más grave del que directa e inmediatamente quería.

PRETERINTENCIÓN EN COLOMBIA Y LA NECESIDAD DE ELIMINARLA

El código penal colombiano en su artículo 21 señala que una conducta puede ser dolosa, culposa o preterintencional, aclarando que las dos últimas sólo

lo serán en los casos expresamente señalados en él. Por ende no hay duda alguna que la preterintención, en el sistema jurídico colombiano, es una modalidad de la conducta punible independiente del dolo y de la culpa.

Son muchas las teorías que giran en torno a la naturaleza de la preterintención, sin embargo, la Corte Suprema de Justicia (2010, M.P. Socha Julio) expresó que

...El fenómeno de la preterintención se caracteriza, desde el punto de vista objetivo, por la verificación de dos resultados típicos: el primero, hacia el cual se orientó voluntaria y conscientemente la conducta del actor, y el segundo, más grave pero colocado en la misma dirección de aquél, que no fue querido y finalmente se produjo por falta del deber de cuidado que le era exigible al agente en el desarrollo de la conducta antijurídica.

Lo que deja más que evidente que en la dogmática colombiana, a pesar de ser una modalidad independiente, la preterintención consiste en un resultado distinto al que se buscaba, en el que es indiscutible la presencia del dolo; resultado que termina siendo más grave, poniendo en manifiesto la culpa.

Palabras más palabras menos, la preterintención es una institución independiente cuya naturaleza jurídica es la mixtura entre el dolo y la culpa. Empero, muchas son las objeciones que han atacado esta teoría.

Una de las principales posturas es que en el actuar preterintencional se da una sola acción y también un solo resultado, no una acción concluyente en varios resultados; no hay un resultado querido y otro no querido, por el contrario, el querido es consecuencia del no querido. Añadido a esto, se expone el hecho que la preterintención se considera una modalidad independiente conformada a su vez por dos modalidades más, las cuales también son independientes entre sí. La preterintención entonces no sería una modalidad más, ya que no podría subsistir si no se cuenta con las reales modalidades de la conducta: dolo y culpa que a su vez, son incompatibles y excluyentes. En palabras de Gómez (2006):

La preterintención no es la simple producción de un resultado típico mayor y diferente al querido, pues si se tiene en cuenta la prohibición de responsabilidad objetiva (arts. 9 y 12), se deduce necesariamente que el resultado típico mayor tiene que ser al menos

culposo (...) Lo anterior lleva a concluir que la preterintención no es en verdad una tercera forma de elemento subjetivo del tipo (p.202)

Es decir, al acoger esta teoría estamos haciendo coincidir dos formas totalmente distintas de imputación objetiva, al mismo tiempo, en una misma conducta: la preterintención. Explica Pérez (1987, p.499) que “el resultado no puede atribuirse simultáneamente como doloso y culposo. Los términos se excluyen (...) Combinar las nociones de dolo y culpa es erróneo porque refunde dos especies de culpabilidad, cada una de las cuales tiene su fisonomía inconfundible”.

En esta misma línea Estrada (1981) afirma que no sería correcto hablar de una mezcla entre dolo y culpa, esto daría a entender el surgimiento de un punto híbrido e inviable.

Así mismo, Bernal desde 1978 descarta que la preterintención sea una mezcla entre dolo y culpa, por lo que mucho menos vendría a ser una modalidad de la conducta asegurando que la voluntad en la acción y por ende, frente al resultado simplemente existe o no.

De igual forma Gómez (1998), objeta que

“No traslada la preterintención los elementos de la culpa –sería antijurídico, por lo demás– sino que condiciona la punibilidad de un evento, no querido pero producido, a una de las formas de culpa (...). No es correcto, como ya lo expliqué, hablar entonces de mezcla de dolo y culpa.” (p.174).

Es una lista amplia la que comprenden aquellos que refutan esta teoría como sustento a la naturaleza de la preterintención. De lo anterior se deduce que no es adecuado considerar la preterintención como una modalidad de la conducta autónoma junto al dolo y la culpa como hasta ahora ha venido sucediendo en nuestro ordenamiento jurídico.

Empero, al no ser la única teoría, es necesario analizar las diferentes hipótesis y compararlas con la normatividad colombiana y el efecto de globalización que vivimos y que nos ayuda en la regulación de las conductas activas y/u omisivas del ser humano que conforman un tipo penal.

OTRAS TEORÍAS

La preterintención es el eje de una de las discusiones más antiguas y complejas, como lo dice Fernández (1995), es un tema delicado y hasta medular de la dogmática penal y la política criminal. Esto gracias a su naturaleza, a su estructura y al título de la imputación de ese resultado mayor que toma el centro de la polémica doctrinaria, generando al tiempo la propuesta de muchas tesis como las anteriormente planteadas (p.9), trayendo éstas sus puntos débiles e incluso contrarios a la normatividad colombiana.

Este es el caso de la teoría de la responsabilidad objetiva. Esta consiste, recordamos, en que la preterintención es el resultado de dolo y responsabilidad objetiva, en donde se hace necesario el elemento de la causalidad, atribuyéndole al agente la responsabilidad por la sola causación del resultado, respondiendo por éste fuera de toda voluntad, intención, ni vinculación subjetiva.

Es muy clara la violación de esta tesis al artículo 12 de nuestro ordenamiento jurídico, el principio de culpabilidad en el que “queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”. No siendo esto suficiente, esta responsabilidad que tiene como única limitante el nexo causal, excluyendo toda naturaleza culposa del resultado más grave e involuntario, contiene con el principio *nulla poena sine culpa* aceptado la forma de responsabilidad descrita en el artículo 12 ya mencionado además del artículo 9: “La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”.

Otra de las teorías mencionadas y de gran relevancia es la del dolo eventual. Ésta supone la similitud en el elemento de la previsibilidad, siendo en ambos un elemento fundamental. Sin embargo, recordemos que la preterintención consiste en ir más allá de la intención, lo que por el contrario, en el dolo eventual no hay exceso de conducta (por así decirlo) por el conocimiento y aceptación del riesgo por parte del individuo. Se predicaría la modalidad de dolo sólo para el resultado querido o menos grave dejando de lado el resultado realmente obtenido o más grave y es éste, precisamente, el ente fundador y principal de la preterintención.

Cuando el artículo 24 de la Ley 599 de 2000 —de idéntica redacción al artículo 38 del Decreto Ley 100 de 1980— señala que la conducta es preterintencional si su resultado, siendo previsible, rebasa la

intención o referente psíquico del agente, está descartando toda forma de resultado típico que pueda atribuirse al caso fortuito, pues éste siempre es imprevisible o inevitable, e igualmente aquél que pueda ser atribuido a dolo eventual, ya que en esa especie de dolo el resultado no excede el propósito del agente, por cuanto éste lo acepta o asume una vez que, al advertir la probabilidad de su acaecimiento, de todas maneras actúa a sabiendas del riesgo que asume hacia un resultado lesivo que él ya sabe cuál puede ser —para efectos de la atribución de responsabilidad penal a título de dolo, tanto da querer directamente el evento, como saber que se puede producir si no se hace nada para evitarlo— (CSJ, 2008, M.P. Socha Julio).

Por último, entre las teorías más relevantes ya mencionadas para explicar la naturaleza del tipo preterintencional, tenemos la teoría del dolo. La preterintención, por ésta hipótesis, es llevada al esquema general del dolo, sustentando que el resultado obtenido es consecuencia directa del comportamiento doloso del agente. No obstante, olvida que el dolo está enlazado al resultado el cual es consecuencia querida inmediata del accionar del individuo, lo que por el contrario en la preterintención el resultado final, ciertamente aunque es respuesta de la acción, no es querido. Esto deja a un lado el resultado obtenido más grave y a su vez, más importante de esta figura.

Por contraste de lo que sucede en la conducta dolosa, en la preterintencional no hay coincidencia entre el propósito inicial del agente y el resultado, ya que lo ocasionado es un efecto dañoso superior o más grave, esto es, excesivo en relación con la intención del agente, un resultado ultra intencional (CSJ, 2008, M.P. Socha Julio).

DELITOS AGRAVADOS POR EL RESULTADO

Los delitos agravados por el resultado se encuentran estructurados por un tipo penal básico realizado con dolo o con imprudencia y, un resultado ulterior diverso del querido que constituye una circunstancia de agravación punitiva la cual no altera al delito base (resultado querido).

Al recordar los elementos de la preterintención encontramos que la conducta inicial dolosa, el nexo causal entre la conducta realizada y el resultado obtenido, el objeto material sobre el cual se realiza la acción delictiva sea el

mismo objeto material que padece el resultado mayor finalmente producido y que la figura se encuentre expresamente consagrada en la ley; son elementos que clara e indiscutiblemente comparte con los tipos agravados por el resultado. En ambos es necesario el cumplimiento de estos elementos para la estructuración de la institución.

Destácase que entre estas dos clases de infracciones existe la común característica de que se pretende la comisión de un hecho cuya realización trae consigo un resultado agregado a la básica descripción típica, las dos formas delictivas deben estar expresamente previstas en la ley (...). El delito preterintencional tiene ocurrencia cuando el resultado, siendo también previsible, excede la intención del agente. De esta definición legal (art. 38) parecería que ninguna diferencia existe entre los delitos calificados por el resultado y los delitos preterintencionales (CSJ, 1995, M.P. Mejía Carlos).

Menciona la Corte Suprema de Justicia que hay dos elementos muy importantes y fundamentales en la preterintención: La previsión y la homogeneidad.

Es muy dable interpretar que en los delitos agravados por el resultado no se configure la previsión de la conducta, sino que se responda en una línea meramente objetiva bajo el principio *Versari in re illicita*, por lo que ha sido muy criticada esta figura y tachada de no garantista. Ahora bien, situados en nuestra normatividad, es conocida la existencia de muchas conductas agravadas por el resultado aún bajo la erradicación de toda responsabilidad objetiva (art. 12 Código Penal), dando a entender que en esta figura si existe una vinculación subjetiva de los efectos derivados del actuar ilícito con el agente de los cuales el legislador prevé una agravación de la pena.

En el marco de un derecho penal de culpabilidad no puede haber responsabilidad penal alguna que no se vincule a un hecho cometido con dolo o con culpa (...). Los hechos en el que el autor *queriendo* producir un resultado produce otro mayor que *no quiere*, sólo podrán sancionarse con una pena mayor que la prevista para el delito querido, si el resultado más grave no querido ha sido consecuencia del obrar negligente del autor. La sola producción de un resultado mayor no autoriza a una calificación (agravación) del delito doloso (...); el sistema de responsabilidad del *“versare in*

re illicita" queda excluido **totalmente** de un derecho penal que se funda en el **principio de culpabilidad**. Por tanto, **los delitos calificados por el resultado** solo pueden entenderse como delitos en los que el autor que dolosamente ejecuta un hecho, **por imprudencia**, produce un resultado mayor (Bacigalupo, 1984, p.220).

Lo anterior es lo que se conoce como el principio **versare in re illicita** en estricto sensu⁵: Quien quería y conocía una conducta típica, si deberá responder por sus consecuencias empero siendo que estas se presentan por su falta de cuidado en relación al resultado.

Por consiguiente, la diferencia sustancial entre los delitos preterintencionales y los delitos agravados por el resultado es la falta de homogeneidad. En la preterintención el resultado obtenido lesiona o pone en peligro el mismo bien jurídico que lesionaría el resultado querido, es decir, constituye una progresión en la misma línea. Por el contrario, en el delito agravado por el resultado el evento más grave puede ser heterogéneo respecto del más leve.

Esto constituiría una ventaja respecto a los delitos preterintencionales, siendo que ambos mantienen la acción inicial dolosa y su consecuencia grave no querida; no obstante no se podría configurar preterintencionalmente una conducta en cumplimiento de estos elementos que no vaya en la misma dirección de bienes jurídicos ofreciendo un plano de opciones, inclusive representativas de un mayor grado de dificultad, pudiendo claramente resolverse con agravado por el resultado ya que este no excluye la homogeneidad, solo amplía el rango de estructuración no limitándola a la homogeneidad sino permitiendo ir más allá, hasta una heterogeneidad.

Esto permite convertir un delito preterintencional sin ningún percance en un delito agravado por el resultado, ya que este último no exige que sea solo homogéneo respecto a los bienes jurídicos, sino que acepta la heterogeneidad, permitiéndole a la preterintencionalidad perderse en una tipificación agravada por el resultado.

Por último, sería consecuente dar una forma agravada a un delito base, antes que crear toda una institución, para en nuestro caso, resolver un teoría que da vida a sólo dos figuras autónomas de delito entre más de 300 tipos penales

⁵ En lato sensu consiste en que quien da inicio a una actividad delictiva debe responder por todas las consecuencias que se deriven de esta.

que compone nuestro código penal, configuraciones especiales que cumplen con todos los elementos y no poseen ningún obstáculo para convertirse en delitos agravados por el resultado, en donde al desaparecer la preterintención, los delitos hasta ahora alimentado por esta, no desaparecerían ya que cumplen con todas las características para estructurar un delito agravado por el resultado.

Por lo demás, se ha llegado a plantear que entre los delitos preterintencionales y los agravados por el resultado no existe ninguna diferencia, por lo menos no sustancial o que imposibilite la sustracción de los primeros.

A nuestro modo de ver, no hay una diferencia fundamental entre unos y otros (preterintención y delitos calificados por el resultado), puesto que la enunciada por (...) otros es simplemente formal y no hace relación a la naturaleza de las dos entidades, que sigue siendo la misma. En efecto, tanto los delitos preterintencionales como los calificados por el resultado, son, en esencia, un desenvolvimiento espontáneo (esto es, no interferido por causas exteriores) que conducen a un resultado distinto del que pretendía el agente (Romero Soto, p.201).

RESTRUCTURACIÓN NORMATIVA

Teniendo claro que la preterintención no sería una modalidad de la conducta de forma autónoma o imposible de desplazar, es prudente estudiar y reestructurar el ordenamiento jurídico penal de nuestro Estado, considerando solo dos modalidades de la conducta punible: Dolo y culpa; en consecuencia, los artículos matriculados bajo la institución de la preterintención pasarían a ser agravados por el resultado.

En primer lugar, en el artículo 21 del código penal no se hablaría de preterintención, señalando como modalidades solo las conductas dolosas y culposas.

El artículo 105 del código penal, homicidio preterintencional, estaría configurado con un tipo doloso básico de lesión (resultado querido) agravado según el resultado obtenido, al caso, la muerte y, como ya se explicó, con la gran ventaja de romper con la necesidad de la homogeneidad.

Por último, estaría igualmente estructurado el artículo 118, parto o aborto preterintencional, con un tipo básico doloso de lesión (resultado querido) agravado por el resultado obtenido, el parto o aborto.

DERECHO COMPARADO

La evolución de la teoría del dolo, la culpa y la preterintención, es un fenómeno global del cual no podemos ser ajenos ni distintos ante los alcances que estas puedan tener. Por esto veremos cómo algunas de las legislaciones foráneas han tratado esta evolución dogmática del derecho penal y le han dado cabida en su ordenamiento jurídico.

Países como Chile al igual que muchos sudamericanos, han optado por resolver estas conductas por medio de concurso ideal de delitos aclamando una tipificación distinta y especial para este tipo de conductas.

1. Italia

En el Código Penal Italiano Decreto Real Nº 1398 de 1930), se encuentra consagrado de manera expresa en el artículo 584, el homicidio preterintencional. Este es el resultado de la comisión de delitos empleando como medio las lesiones y riñas, contemplados en los artículos 581 y 582 respectivamente. Siendo así las cosas, la modalidad preterintencional no es un tipo penal autónomo como ocurre en otras legislaciones.

Por otro lado, el código penal Italiano en su artículo 43, intenta equiparar la preterintencionalidad a la intencionalidad del autor pero viendo superado por el resultado, es decir, que supera su propia intencionalidad. Por lo cual, no se encuentra delimitado el concepto de la modalidad preterintencional en la legislación italiana, entrando en los límites del dolo eventual.

La ley 194/78, expedida para la protección de la maternidad social y sobre la terminación del embarazo, en su artículo 18 inciso tercero, contempla un hecho sobreviniente en muerte producto de lesiones que sufre la mujer en estado de embarazo. La disposición mencionada comparte criterios con el parto o aborto preterintencional presentes en el Código Penal Colombiano, artículo 118.

2. España

El Código Penal Español de 1944, experimentó múltiples reformas a lo largo de su vigencia. Hasta la reforma de 1983 existían dos tipos de preterintencionalidad, la heterogénea y la homogénea. Para la primero, el delito era determinado teniendo como referencia el delito básico y el resultado, existiendo la posibilidad de un concurso de delitos, castigándose el delito básico o del cual existía una intencionalidad, y el resultado obtenido que era diferente para poder configurarse un concurso. Ahora bien, respecto a la clasificación homogénea, se tenía que el autor de la conducta reprochable pretendía un desvalor, pero este resulta más grave de lo pensado.

Con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código penal, quedaron derogadas las disposiciones de la preterintencionalidad heterogénea manteniéndose la preterintencionalidad homogénea. Siendo así las cosas, la cualificación de las conductas punibles en España tenía su fundamento respecto al resultado, castigando el resultado no querido o culposo de forma más leve, y el dolo de más riguroso.

Por último, con la expedición del Código Penal de 1995, se buscó eliminar todos los rezagos de responsabilidad objetiva contemplados en el código de 1983, para así de una vez por todas delimitar que la conducta típica sea dolosa o culposa, y eliminar los delitos cualificados en el resultado.

3. Alemania

Respecto a la tesis de la modalidad preterintencional, la postura Alemana se ubica en un punto intermedio de la italiana y la española. Con la introducción de los requisitos de la imprudencia se abandona la responsabilidad objetiva.

La legislación alemana para situarse en el medio de la discusión, emplea desde un punto de vista objetivo, una relación entre delito básico y el resultado, interpretado por un criterio de intermediación o relación inmediata, es decir, entre delito fundamental y resultado. Obvian por completo la discusión o la mera existencia de los delitos preterintencionales o la posible intencionalidad del agente en su comisión, tratándolos como delitos agravados por el resultado.

4. Venezuela

La modalidad de la conducta preterintencional también se encuentra reglado en el Código Penal Venezolano del año 2005, artículo 410. En este se tiene que la modalidad preterintencional consta de dos clases, la primera consagra una intencionalidad de socavar la integridad de una persona, pero dicho actuar se deriva en el resultado de la muerte, desbordando así la intención del actor en un resultado antijurídico más gravoso. En la segunda parte que integra el articulado, se contempla el denominado por la doctrina venezolana como el homicidio preterintencional concausal. En este caso la muerte no fue ocasionada por la acción cometida, sino que existen circunstancias ajenas al sujeto activo, para lo cual se prevé una atenuación de la pena.

Al respecto de la modalidad preterintencional en la legislación Venezolana, este se encuentra limitado al tipo penal del homicidio, previéndose el evento de circunstancias ajenas al agente, siendo el caso de la clasificación concausal.

5. Argentina

Para el caso de Argentina, se presenta eventos en que los tipos penales se dimensionan en figuras complejas, en cuanto a la culpabilidad considerados en la denominación de delitos preterintencionales y delitos cualificados por el resultado, en los que los autores, actuando conociendo la ilicitud en busca de un resultado, producen otro resultado más gravoso respecto a los bienes jurídicos. En tales eventos, se dispone de un tipo penal especial, tal como ocurre con el homicidio preterintencional, encajando en cierta medida con la responsabilidad subjetiva, toda vez que el resultado más grave puede ser atribuido a título de culpa, solo si este es previsible, de lo contrario entraría en la categoría de dolo.

CONCLUSIONES

La figura de la preterintención no ha sido una de las más pacíficas dentro de la historia del derecho penal. Su naturaleza misma ha sido cuna de muchas teorías ya sea a favor o en contra de su existencia y su lugar en la dogmática penal; ha representado un reto para los doctrinantes y juristas en el tema no solo de nuestro ordenamiento jurídico.

Aun existente en Colombia, la preterintención se considera como una mixtura entre el dolo y la culpa, figuras distintas y excluyentes entre sí, lo que hace dudar de la solidez de esta teoría y su forma de aplicación.

Otros sistemas jurídicos han optado por teorías de preterintención como dolo eventual, responsabilidad objetiva y hasta una institución en esencia dolosa, que aunque no todo es perfecto, dejan grietas en su estructura tan relevantes que hacen difícil su puesta en marcha de la forma más posiblemente eficaz y justa. No obstante todas dejan claro que "son muchas las opiniones concordes en que la preterintención no alcanza a constituir una clase dentro del ámbito sicológico del hecho punible, es decir, que no puede ser un forma de culpabilidad" (Pérez, 1987, pág. 496).

Sin embargo, aun desde el código penal anterior, muchos tratadistas han insistido en la forma agravada por el resultado, manteniendo ésta las más grandes similitudes respecto a los tipos penales preterintencionales, con mínimas diferencias subsanables para algunos y sin diferencias para otros, correspondiendo la preterintencionalidad a la agravación por el resultado, siendo que las dos instituciones se encuentran compuestas por un tipo básico doloso que causa una consecuencia grave no querida.

Lo anterior invita al estudio y reestructuración de esta institución en nuestro sistema penal, colocando a Colombia en actualidad jurídica y más aún, cuando se insiste en mantener una figura que alimenta solo dos tipos penales que serían, sin ningún problema, conformados como tipos penales agravados por el resultado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arboleda, M., y Ruiz, J. A. (2013). Código penal. Bogotá, Colombia: Leyer.
- Bacigalupo, E. (1984). Manual de derecho penal. Bogotá, Colombia: Temis-Ilanud
- Bernal, J. (1978). *El Homicidio*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia 9785, jun. 13/95, M.P. Carlos Mejía Escobar
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia 15663, mar. 14/02, M. P. Jorge Gómez Gallego.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia 29000, jun. 18/08, M. P. Julio Socha Salamanca.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia 30485, mar. 28/12, M. P. Augusto Ibáñez Guzmán.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia 31580, nov. 24/10, M. P. Julio Socha Salamanca.

- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia 32964, ago. 25/10, M. P. José Bustos Martínez.
- Escobar, V. C., y Monsalve, S. (2011). *El dolo eventual en la jurisprudencia de la corte suprema de justicia: periodo 1980-2011*. Recuperado de <http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/2339/1/EL%20DOLO%20EVENTUAL%20EN%20LA%20JURISPRUDENCIA%20DE%20LA%20CORTE.pdf>
- Estrada, F. (1981). *Derecho Penal Parte General*. Bogotá, Colombia: Ediciones Librería del Profesional.
- Fernández, J. (1995). *Derecho Penal Fundamental, Teoría general del Delito y Punibilidad*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Garcés, J. (2005). *Derecho penal general*. Medellín, Colombia: Biblioteca jurídica Dike.
- Gómez, A. (1998). *Delitos Contra la Vida la Integridad Personal* (Tercera Edición ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gómez, J. O. (2006). *El Homicidio*. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- MIR, S. (1990). *Derecho Penal, Parte General*. Barcelona, España: Reppertor.
- Pabón, P. A. (2005). *Comentarios al nuevo código penal sustancial*. Bogotá, Colombia: Ediciones doctrina y ley LTDA.
- Pabón, P. A. (2012). *Código penal esquemático*. Bogotá, Colombia: Ediciones doctrina y ley LTDA.
- Pérez, L. C. (1987). *Derecho Penal*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Romero, L. E. (1969). *Derecho penal parte general*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Universidad Externado de Colombia. (2011). *Lecciones de derecho penal parte general*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Zaffaroni, R. E., Alajia, A., y Slokar, A. (2003). *Derecho penal parte general*. Buenos aires, Argentina: Ediar.

Para citar este artículo:

Salgado González, A., García Romero, N. y López Torres, P. (2018). Preterintención:Un periódico de ayer . *Vis Juris* , 4(7), 108-128.