

BIBLIOGRAFIA

- Bisphan, Geo Tucker "Traité des Obligations". Paris, 1933.
 Bisphan, Geo Tucker "The Principles of Equity, a treatise on the system of justice administered in courts of chancery". New York, 1934.
- Bonnecase, Julien "Précis de Droit Civil, Tome Deuxième". Paris, 1934.
- Capitant, Henri "De la Cause des Obligations". Paris, 1936.
- Cortés Félix "Comentarios al Código de Comercio Terrestre". Bogotá, 1933.
- Cock, Víctor "Derecho Cambiario Colombiano". Bogotá, 1933.
- Dillavou, Essel R. y Howard, Charles G. "Principles of Business Law; Negotiable Instruments". New York, 1948.
- Eder, Phanor J. "A Comparative Survey of Anglo American and Latin American Law". New York, 1950.
- Geny, François "Méthode d'Interpretation et Sources en Droit Privé Positif". Paris, 1932.
- "Ciencia y Técnica del Derecho Privado Positivo". Trad. española, Madrid, 1925.
- Holmes, Oliver Wendell, Jr. "The Common Law". Boston, 1943.
- Josserand, Louis "Cours de Droit Civil Positif Français". Paris, 1933.
- "Les Mobiliers des Actes Juridiques". Paris, 1928.
- Mackenzie, Mauricio "Doctrina y Jurisprudencia del Derecho Cambiario Colombiano". Bogotá, 1934.
- Planiol, Marcel y Ripert, Georges. . "Traité Pratique de Droit Civil". Paris, 1932.
- Pound, Roscoe "An Introduction to the Philosophy of Law". Yale University, 1922.
- Robledo Uribe, Emilio "Instrumentos Negociables". Bogotá, 1950.
- Stevens, T. M. "Elements of Mercantile Law". Trad. Francesa. Paris, 1909.
- Williston "Contracts". New York, 1937.
- Zuleta Argel Eduardo "Conferencias de Derecho Civil", dictadas en la Universidad Nacional de Colombia. 1941.

BERNARDO ZULETA TORRES

CRÍTICA A LA CONCEPCION DE LA ESCUELA CLASICA SOBRE EL HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL (*)

Por Eduvino Mateus Porras

EL HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL COMO MODALIDAD DEL HOMICIDIO VOLUNTARIO

Esta tesis ha sido sostenida, entre otros, por los expositores de Derecho Penal Francisco Carrara y Enrique Pessina.

Carrara considera que la modalidad que se hace presente en este tipo de delito es de carácter subjetivo y consiste en una clase de dolo que él denomina "dolo preterintencional"; de ahí el nombre de Homicidio Preterintencional. Lo ha catalogado dentro del grupo de los homicidios dolosos, porque se origina en el ánimo del sujeto activo del hecho delictuoso dirigido a lesionar la persona; y afirma que ésta es una creación de total equidad práctica y no propiamente doctrinaria, ya que el fin que se ha propuesto el legislador es darle un tratamiento benigno en cuanto a la pena, en consideración a la menor responsabilidad que ha podido caberle al agente criminal. De manera que lo ha colocado en una esfera intermedia entre los homicidios dolosos y los culposos, puesto que guarda diferencias más o menos marcadas con las dos clases de homicidios; pero al propio tiempo toma características que lo hacen participar de ciertas semejanzas y, por lo tanto, su tratamiento punitivo es menor que el de los homicidios dolosos y mayor que el de los homicidios culposos.

Por el aspecto inicial, o sea en relación con el ánimo de dañar, guarda una marcada similitud con los homicidios dolosos, pues quien se propone causar una lesión personal a otro sujeto, lo ha querido voluntaria y libremente, es decir, el proceso psíquico ha tenido su total desarrollo y ha trascendido a la esfera exterior. Ahora, si hubiera existido equivalencia entre el propósito del delincuente y los resultados obtenidos, solamente respondería de la lesión que ocasionó, y hasta aquí estaríamos dentro del campo puramente doloso. Mas como se ha logrado un resultado que el agente no se proponía obtener,

(*) Apartes del Cap. II del libro en preparación "El homicidio preterintencional".

pero que en la realidad de los hechos se produjo, debe responder en un grado mayor a aquel en que hubiera podido ser responsable si su actividad solamente hubiera ocasionado la lesión que estuvo en su ánimo obtener.

En el Homicidio Preterintencional hay dos presupuestos sin los cuales no se configura este tipo especial de homicidio: un ánimo de dañar y una muerte.

El primero lo hace participar de los homicidios dolosos, y el segundo de los homicidios culposos. Esa muerte requiere necesariamente no haber sido prevista, aunque podía haberse previsto. Aquí se habla de previsibilidad de hechos normales y no de los excepcionales, es decir, de lo que suele suceder dentro de la vida común y corriente, que es a lo que están obligados los hombres en lo ordinario, ya que sería no sólo injusto sino arbitrario exigir una previsibilidad de acontecimientos extraordinarios. En otras palabras, es la previsibilidad de lo probable y no de lo posible.

Este dolo preterintencional no se debe confundir con el dolo indeterminado, porque en el homicidio con dolo indeterminado hay previsión en cuanto al exceso, o sea la muerte; en cambio en el Homicidio Preterintencional no ha habido previsión, aunque, como ya se dijo, sí se podía prever.

Al respecto hay algunos autores que identifican el dolo preterintencional de que habla Carrara con el dolo indeterminado, como lo afirma Ferri en su libro "Principios de Derecho Penal", al decir: "La distinción entre dolo determinado e **indeterminado** se refiere al contenido de la intención delictiva, según que el delincuente se proponga realizar una acción con resultados claramente definidos, o bien tenga una intención indeterminada de causar daño a otro o de infringir la ley, y los efectos sobrepasen los límites de una previsión concreta. ... Este es el caso de la preterintencionalidad. ...".

Hace, pues, Carrara una distinción bastante definida del Homicidio Preterintencional frente a las otras clases de homicidios, partiendo de la modalidad que lo caracteriza, a la cual, después de precisarla, hace valer frente al elemento subjetivo de los demás homicidios y respecto del dolo directo y del indirecto. Al efecto dice: "De manera que considerada la noción del homicidio preterintencional bajo la fórmula de la intención, no se puede afirmar genéricamente con exactitud que en él haya intención directa o indirecta. Hay intención directa en cuanto a la ofensa. Hay intención indirecta negativa, en cuanto a la muerte. Nunca hay en él la intención indirecta positiva: ni en cuanto a la ofensa, porque es directa (querida), ni en cuanto a la muerte, porque es negativa (no prevista)".

Entiende el precitado autor por intención indirecta negativa, aquello que habiendo podido ser previsto no lo previó el agente, y por intención indirecta positiva, aquello que fue previsto por el sujeto activo del hecho delictuoso. Por ejemplo, cuando un individuo dispara contra otra persona creyendo que por estar a determinada distancia no alcanzaba el arma. Aquí era previsible que podía ocasionar la muerte con el disparo; pero el autor no lo creyó, quizá por ignorar que la capacidad del arma era mayor. En este caso hay

intención indirecta negativa. Ahora bien, si en el ejemplo propuesto el agente del hecho delictuoso previó que el arma tenía alcance suficiente y sin embargo la dispara, hay intención indirecta positiva.

Comoquiera que el establecer en un momento dado qué clase de homicidio se ha cometido puede ofrecer serias dificultades, Carrara propone tener en cuenta dos premisas: a) que la persona tuviera ánimo de lesionar a la víctima; b) que no previera actualmente la consecuencia, si bien podía preverla.

Estos dos presupuestos son tan necesarios para configurar el Homicidio Preterintencional, que la ausencia de uno de ellos hace variar de tal modo el delito que se transforma en otra clase de homicidio. Así, si falta el primer elemento, ánimo de lesionar, el Homicidio Preterintencional se transforma en homicidio culposo; y si falta el segundo, se puede obtener un homicidio con dolo indeterminado o simplemente voluntario.

Para evitar imprecisiones, Carrara hace especial hincapié sobre el primer presupuesto, ánimo de dañar a la persona, el cual debe ser preestablecido cuando se trata de calificar un homicidio de Homicidio Preterintencional y que no se atribuya a mera culpa.

Para establecer el factor "ánimo de lesionar" se puede encontrar alguna dificultad, por tratarse de un elemento subjetivo; pero bien puede aparecer espontáneamente de la naturaleza misma del acto o de los medios empleados para causar la lesión o del lugar del cuerpo donde se dirigió el golpe, etc. En otras palabras, se aplican todas aquellas reglas que la doctrina ha dado para probar el elemento subjetivo en los homicidios simplemente voluntarios, ya que se trata de un factor de la misma calidad.

Dejando estudiado el modo de establecer el primer elemento del Homicidio Preterintencional, importa precisar la manera de demostrar el segundo elemento, esto es, no sólo la ausencia de la intención directa de matar sino también la no previsión, aunque previsible, del resultado. Sobre este aspecto de la previsión o no previsión se encuentran también dificultades que es necesario salvar; y puesto que dicho elemento no es susceptible de prueba directa y positiva, se hace indispensable recurrir a otros medios probatorios que, aunque poco precisos, sí ofrecen cierta facilidad para escudriñar la realidad de los hechos.

Tales medios son las presunciones, que, partiendo de hechos que se pueden establecer directa y positivamente, nos llevan a admitir como ciertos los que no se han podido demostrar directamente y a los cuales hicimos alusión al hablar de la prueba del primer presupuesto. Sobre el mérito que ofrecen estos medios indirectos probatorios, hay quienes les dan más valor a unos que a otros. Por ejemplo, algunos le restan mérito probatorio a la dirección del golpe, basándose en la gran frecuencia de no darlo en el sitio a donde se dirigió, especialmente tratándose de armas de fuego cuando no se es experto en el tiro y que es la regla general entre los hombres, a más de no encontrarse el individuo en un estado de ánimo normal. En cambio, hay otros tratadistas que le otorgan más mérito probatorio a la causa para delinquir, porque no se basa en leyes físicas sino en la ley lógica.

En todo caso, estas normas para establecer el elemento subjetivo en unos casos y la previsión en otros, deben ser valorados por el Juez en cada caso concreto mediante una sana crítica.

No obstante la dificultad de establecer los dos presupuestos, se puede afirmar que esa dificultad es mayor en el primero y casi nunca hay precisión sobre él. De ahí que la afirmación del autor de no haber querido ni previsto la muerte, la puede hacer tanto el que le lanzó a la víctima una piedra como el que le hizo un disparo. En cambio tratándose del segundo elemento la dificultad disminuye y hay casos muy frecuentes en los cuales puede demostrarse que el agente del hecho delictuoso sí lo previó, como sería el caso de un disparo en una parte noble del cuerpo. Lo mismo para establecer la no previsión; por ejemplo, cuando un individuo da muerte a otro de un puñetazo.

Esta tesis, que ha sido sostenida por los tratadistas de la Escuela Clásica, ha tenido sus impugnadores, entre los cuales se cuentan Luis Jiménez de Asúa, Carlos Fontán Balestra, Ricardo C. Núñez, Irureta Goyena, etc.

No comparten tales expositores el criterio de Carrara y sus seguidores sobre el denominado dolo preterintencional en el Homicidio Preterintencional, sino que lo consideran como una combinación de dolo y culpa.

Se le anota a la expresión "dolo preterintencional" una contradicción en los términos, porque siendo el dolo "intención", no se comprende cómo puede darse el caso de un dolo más allá de la intención. Pues aunque hay quienes sostienen que el dolo comprende intención-voluntad y otros que lo consideran como integrado de tres elementos: intención-voluntad-fin, siempre es la intención el elemento primordial en el dolo, y de ahí que en muchos artículos de las leyes penales se determine el dolo con la expresión: "El que con la intención de...". Por manera que en cualquiera de los conceptos que sobre el dolo se adopte, siempre es la intención el factor que lo caracteriza y determina. Por consiguiente, el dolo más allá de la intención envuelve una contradicción.

Ahora bien, cuando no se está dentro de la esfera de la intención, se coloca en el campo de la culpa por el obrar imprudente o negligente o bien en el de la no culpa, ya por estar el sujeto activo del hecho delictuoso en estado psíquico anormal, ya por sobrevenir el hecho por caso fortuito.

La realidad que se hace presente en esta clase de delito debe buscarse analizando el hecho mismo, para lo cual es necesario observar los dos fenómenos que en tesis general se realizan en todo hecho delictuoso: uno puramente subjetivo y otro externo u objetivo. Claro que estos elementos, al ser comunes a toda actividad criminosa, no excluyen el que existan, como en verdad existen, otras circunstancias que vienen a caracterizar cada delito en particular, dándose también el caso del mayor o menor predominio en cada hecho delictuoso de uno u otro de los elementos mencionados, sin que ello le reste importancia dentro del campo puramente doctrinario y dentro del legislativo positivo a la presencia en los delitos de los dos factores anotados.

Sostiene Carrara que el Homicidio Preterintencional es un homicidio do-

loso, por haber en el agente de éste ánimo de lesionar la persona de aquél a quien se ha matado. Lo cual nos está indicando que la intención sólo hace relación al daño, pero jamás a la muerte; luego su conclusión es inexacta, pues hace invadir la esfera objetiva por el dolo, el cual no podía ir hasta ese extremo por estar circunscrito estrictamente al hecho de la lesión, que fue lo que se quiso producir. Esto nos está demostrando que el dolo estuvo presente en la iniciación del hecho delictuoso pero no en su culminación. Ello vale decir que hay dolo en cuanto a la lesión que se deseaba ocasionar, pero no en relación con el resultado.

Si se aceptara la tesis de la Escuela Clásica nos sería permitido concluir que en el delito que nos ocupa no se configuraría un homicidio sino un delito de lesiones, que debería ser sancionado de acuerdo con la gravedad de las mismas, puesto que el agente delincuente solamente tuvo el propósito de causar esa clase de daño y no otro mayor.

El Maestro de Pisa cataloga al Homicidio Preterintencional como un homicidio doloso, opinión de la cual nos permitimos apartarnos por no encontrar correspondencia entre el elemento subjetivo del hecho delictuoso y el elemento objetivo que ha sido efecto de aquella actividad criminosa.

No obstante el deseo del precitado autor de mantener al Homicidio Preterintencional dentro de la familia de los homicidios dolosos, separándolo completamente de los homicidios culposos, permite cierta ingerencia de la culpa en este delito, y al efecto dice: "... Pero presupone (el Homicidio Preterintencional) que la muerte, además de no haber sido querida, no ha sido siquiera prevista, **aunque podía preverse**". Por lo tanto, al admitir que el efecto "podía preverse", nos está diciendo que hubo culpa. Porque casi todos los tratadistas de Derecho sostienen que la culpa no es otra cosa que falta de prudencia, diligencia o cuidado. Y si el resultado de tal conducta era previsible, como lo admite Carrara, hubo negligencia, imprudencia o descuido y por consiguiente culpa.

Corroborando la anterior aseveración la definición que de culpa da nuestro Código Penal en su artículo 12, inciso segundo: "... Hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto **habiendo podido preverlos**, o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlos". Luego pudiendo prever el autor del hecho delictuoso que su actividad podía ocasionar la muerte de la víctima y, sin embargo, no se abstuvo de tal conducta, fue necesariamente culpable del resultado.

No obstante, el doctrinante mencionado separa al Homicidio Preterintencional de los homicidios culposos, para catalogarlo como un homicidio doloso, tesis de la cual nos permitimos disentir.

EDUVINO MATEUS PORRAS
Doctor en Derecho de este Colegio
Mayor.