

LIBREROS DUQUE, DANIEL ALBERTO, "Las restricciones al homicidio preterintencional en el sistema penal colombiano. Comentario a la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 10 de febrero de 2021, radicado 52.857, M.P. Patricia Salazar Cuéllar", *Nuevo Foro Penal*, 99, (2022).

Las restricciones al homicidio preterintencional en el sistema penal colombiano. Comentario a la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 10 de febrero de 2021, radicado 52.857, M.P. Patricia Salazar Cuéllar¹

The felony murder restrictions in the Colombian criminal system. A commentary on the judgement of the Colombian Supreme Court of Justice of February 10, 2021, file 52.857, Judge Rapporteur Patricia Salazar Cuéllar

DANIEL ALBERTO LIBREROS DUQUE²

1 Este comentario jurisprudencial fue realizado en el marco de la investigación realizada como miembro del Semillero de Derecho Penal "Carlos Eduardo Mejía Escobar" de la Universidad del Rosario en el segundo semestre de 2021 y primer semestre de 2022, bajo la dirección de María Camila Correa Flórez y Luisa Fernanda Tellez Davila.

2 Estudiante de Noveno Semestre de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Miembro del Semillero de Derecho Penal "Carlos Eduardo Mejía Escobar". Correo electrónico: danielal.libreros@urosario.edu.co

1. Introducción

Este artículo analiza la sentencia de casación del 10 de febrero de 2021 en la que la Corte Suprema de Justicia decidió sobre los hechos ocurridos en el Club Militar de Suboficiales La Palmera del municipio de Melgar, Tolima, los cuales abrieron un debate sobre la tipicidad objetiva, puntualmente sobre la causalidad, la previsibilidad y la asunción del riesgo por parte de la víctima. Todo esto con el fin de determinar si los mismos eran típicos de un *homicidio preterintencional* o de *lesiones personales simples*, decidiéndose finalmente por el segundo punible.

El objetivo será visitar la citada sentencia y evaluar la decisión adoptada por la Corte Suprema de Justicia, para lo cual, tras exponer los hechos jurídicamente relevantes, los aspectos procesales más significativos y las respectivas intervenciones realizadas en el caso, se explicará la postura tradicional de la Corte sobre la figura de preterintención y el tratamiento que le ha dado, junto con un análisis jurisprudencial y doctrinal de los elementos relevantes al caso de la imputación objetiva para finalmente realizar un análisis crítico del razonamiento y la decisión de la Sala.

2. Hechos jurídicamente relevantes

Según se extrae de la sentencia, los hechos ocurrieron el 12 de octubre de 2007 a las 10:30 p.m. en el Club Militar de Suboficiales La Palmera del municipio de Melgar, Tolima en el marco de los juegos del magisterio. ANICETO ROJAS VILLAR llegó al recinto alrededor de las 10:00 a.m. e inició la ingesta de alcohol. Siendo las 10:30 p.m. NELSON GABRIEL MORALES ALMARIO se abalanzó sobre el hermano de la víctima, lo tiró al suelo y le dio puntapiés en el rostro, momento en el cual ANICETO ROJAS VILLAR intervino en la pelea, siendo golpeado en el rostro por MORALES ALMARIO y cayendo al suelo.

En esta caída el cráneo de ROJAS VILLAR rebotó sobre la superficie sufriendo así un *contragolpe* que lo dejó inconsciente por un minuto.³ Tras esto fue llevado a la Central de Urgencias Louis Pasteur de Melgar pero fue dado de alta el mismo día y se dirigió junto con otro de sus hermanos a una cantina en donde tomaron unas cervezas antes de dirigirse a sus casas.

A las 5:36 p.m. del siguiente día fue ingresado a la Clínica de Especialistas de Girardot, en donde fue atendido por Germán Hernando Triana Góngora quien determinó que ROJAS VILLAR presentaba hematomas en la cabeza y el rostro,

3 Hay disparidad en los relatos a lo largo de la sentencia. En ocasiones la Corte narra que el contragolpe se produjo con el suelo, pero en otras menciona que fue contra un muro.

pupilas anisocóricas y traumatismo cerebral focal, por lo que fue remitido a la Clínica Calambeo de Ibagué, en donde el especialista en neurología José Edgar Castaño Herrera prescribió la realización de una craneotomía, la cual le fue practicada el 14 de octubre.

Cabe anotar que ROJAS VILLAR tenía problemas de coagulación cuya enfermedad de origen fue discutida en el proceso. Esta circunstancia exigió el uso de transfusiones sanguíneas durante la operación y el periodo post operatorio.

En el primer día postoperatorio el médico cirujano anotó en la historia clínica que el ofendido presentaba una aceptable evolución neurológica, no obstante, su estado de salud decayó el 17 de octubre, falleciendo el 18 de octubre a las 10:29 a.m. La causa de muerte anotada en la necropsia fue la de *"shock neurogénico secundaria a laceración y contusión cerebral producida por mecanismo contundente en cráneo"*.

3. Aspectos de relevancia procesal

La audiencia de imputación se llevó a cabo el 4 de junio de 2008 en el Juzgado 1º Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Melgar, y pese a inicialmente haber sido declarada nula por el *a quo* previa petición del fiscal, el Juzgado 1º Penal del Circuito de Melgar dejó en firme la actuación tras haber sido impugnada la nulidad.

En dicha audiencia el juez de control de garantías declaró en contumacia a NELSON GABRIEL MORALES ALMARIO. Consecuentemente se realizó la imputación por el punible de *homicidio preterintencional* y se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en el lugar de residencia en presencia del defensor.

El escrito de acusación fue radicado el 9 de julio de 2008 ante el Juzgado 1º Penal del Circuito de Melgar. Tras ser avalado su impedimento por el Tribunal Superior de Ibagué, se formuló la acusación el 27 de octubre ante el Juzgado 2º Penal del Circuito de El Espinal. Consecuentemente se surtieron las audiencias preparatorias y de juicio oral ante este Juzgado.

En estas el *a quo* encontró probado que ROJAS VILLAR fue golpeado en el rostro por MORALES ALMARIO, pero determinó que esta situación no era suficiente para imputar con grado de certeza la responsabilidad del deceso. Por tanto el 11 de diciembre de 2015 dictó sentencia absolutoria por *duda*, con fundamento en la falta de autocuidado del ofendido debido a haber ingerido bebidas alcohólicas pese a su padecimiento sanguíneo, especialmente tras haber sufrido el golpe; el problema de coagulación sufrido en el post operatorio; y el no haber acreditado que Morales

Almaro pudiera prever que su golpe produjera el deceso al desconocer la patología y no ser previsible que un golpe moderado genere una hemorragia cerebral.

Ante el fallo, la Fiscalía 37 Seccional y la apoderada de víctima presentaron recurso de apelación que fue decidido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué mediante sentencia del 14 de marzo de 2016, en la cual revocó el fallo absolutorio de primera instancia y declaró *culpable* a MORALES ALMARIO por el delito de *homicidio preterintencional*.

Esta sentencia se fundamentó en la acreditación de que el golpe generó el derribo y causó la hemorragia craneal; la acreditación de *plaquetopenia* en lugar de *hemofilia* como padecimiento sanguíneo de ROJAS VILLAR; la acreditación del trauma inicial como causa de muerte en lugar del problema hematológico; la no presencia de los testigos de descargo en el momento del altercado; la intención de causar lesiones personales y la intensidad suficiente del golpe para haber causado un estado de inconsciencia por un minuto; el no haberse podido establecer el grado de embriaguez de la víctima debido a testimonios contradictorios; y la previsibilidad de derribar a la víctima y ocasionar que se golpeará en la cabeza debido a la diferencia de peso, altura y edad.

Contra esta sentencia condenatoria el defensor interpuso oportunamente el recurso de casación que fue decidido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante la sentencia objeto de estudio.

4. Demanda de casación

La demanda presentada por la defensa técnica de MORALES ALMARIO solicita casar la sentencia condenatoria y confirmar la absolutoria de primera instancia en aplicación del *in dubio pro reo*. Para esto formula un único cargo que denuncia al tribunal por haber incurrido en falso raciocinio en la apreciación de los testimonios de la médico legista, el perito especialista en neurocirugía presentado por la Fiscalía, el médico general que atendió el caso, el perito especialista en medicina presentado por la defensa y los testigos oculares.

En este sentido, la demanda esgrime distintos argumentos entrelazados entre sí que a continuación se presentan en un orden lógico pero que no necesariamente corresponde al orden que se encuentra en la sentencia o en la demanda.

Primero, la defensa hace un reproche del mérito otorgado al perito del fiscal delegado Larmont Antonio Aljuri López quien dictaminó que el ofendido no padecía la enfermedad de hemofilia como se creía y por la cual era tratado, sino que sufría de plaquetopenia. Frente a esto se alega que de este dictamen no se desprende la

responsabilidad directa del penado como erradamente entendió el *ad quem*.

En segundo lugar, afirma que se demostró que la víctima sí sufría de hemofilia, situación que fue desconocida por el Tribunal. Esto se desprende del dictamen del perito de descargo Germán Alfonso Vanegas quien atribuyó el resultado a la hemofilia del paciente, padecimiento que el galeno extrae del historial clínico, así como del testimonio del médico general Germán Hernando Triana Góngora, quien relata que cuando el ofendido fue ingresado al Centro Médico un familiar le comentó que este padecía de hemofilia y tomaba *fitomenadiona* para esta enfermedad. Adicionalmente, se sustenta en el análisis del testimonio de la médica legista Adriana Rojas Barrero, quien afirmó no haber encontrado enfermedad aguda ni crónica, sin embargo, también admitió no haber realizado pruebas de sangre.

Tercero y como consecuencia de lo anterior alega una autopuesta en peligro de ANICETO ROJAS VILLAR debido al consumo de cerveza por parte de la víctima en virtud de su problema sanguíneo, lo cual va de la mano con el dictamen del perito de descargo quien también atribuye el resultado fatal al haber dado de alta a ROJAS VILLAR antes de tiempo y a la imprudencia de este por haber ingerido alcohol tras la lesión. Además, rescata que el *ad quem* restó mérito a los testimonios de Carlos Alberto Bustos, Gabriel Morales y Ricardo Elías Morales que daban cuenta del estado de embriaguez de la víctima al momento de los hechos.

En cuarto lugar, argumenta que el Tribunal transgredió el principio lógico de identidad al no haber consonancia entre lo que los testimonios exhibieron y la conclusión a la que el juzgador llegó.

Finalmente, analiza los presupuestos y la estructura del tipo penal de homicidio preterintencional, haciendo mención a la previsibilidad y aduciendo a su incumplimiento debido a que el condenado desconocía la patología de la víctima. Así mismo se refiere a las teorías de la causa eficiente o causalidad adecuada y la relación del riesgo, las cuales estima que impiden la imputación jurídica del resultado fatal.

5. Consideraciones de la Corte Suprema de Justicia

Tras verificar el cumplimiento de los presupuestos de admisión de la casación, la Corte hace un recuento de los fundamentos fácticos y las actuaciones procesales, los cuales se acompañan con los narrados en los títulos 2 y 3 (Hechos jurídicamente relevantes y Aspectos de relevancia procesal), de los cuales solo cabe destacar que la Corte dentro de su narración se refiere al padecimiento hematológico como *plaquetopenia* y no como *hemofilia*, por lo que se intuye que bajo el concepto de la Corte esta es la enfermedad acreditada en el proceso.

Puntualmente frente al cargo la Corte hace tres análisis. El primero frente a la autopuesta en peligro en atención al argumento elevado por el demandante. En este sentido la CSJ recuerda los criterios que ha sentado jurisprudencialmente para que se configure una acción a propio riesgo, a saber; (i) que se trate de una actividad conjunta en la que el sujeto tiene el poder de decidir si asume el riesgo y el resultado; (ii) que el titular conozca y pueda discernir el alcance del riesgo; y (iii) que el actor no tenga la posición de garante.

A este respecto la Corporación anota que, si bien una pelea es una asunción de un riesgo, no es una organización conjunta ni un riesgo jurídicamente aprobado, además el peligro al bien jurídico tutelado se produjo no por la imprudencia del ofendido sino por la acción de MORALES ALMARIO, por lo que ROJAS VILLAR no tenía control sobre el alcance del riesgo, por lo que esta circunstancia de atipicidad objetiva no se configura.

El segundo análisis de la Corte corresponde a la interrupción del nexo causal bajo la pregunta sobre si el riesgo generado fue el mismo que concretó el resultado o si fue uno distinto y posterior no atribuible al penado. En este sentido la CSJ dice que, si bien su actuar complicó su estado de salud, la plaquetopenia que padecía ROJAS VILLAR incidió en el resultado, por lo que no se desvía ni supera el curso causal al no representar un aumento relevante del peligro ya originado.

De igual modo, anota la Corporación que no existe evidencia científica que respalde la noción de que el haber ingerido alcohol posterior a la lesión haya desencadenado el resultado ulterior. Podría alterarse el curso causal si se demostrara que faltó a medidas o tratamientos prescritos para neutralizar los riesgos, pero no existe prueba que aduzca esta circunstancia.

Frente al testimonio del perito de descargo Vanegas Cabezas que atribuía el resultado a la hemofilia, a la ingesta posterior de alcohol y al haber dado de alta inoportunamente a ROJAS VILLAR, la Sala anota que en el interrogatorio se desvirtuó esta opinión profesional al haber admitido impericia en hematología y neurocirugía, aunado con la inexistencia de pruebas científicas que confirmaran la hemofilia.

Ahora bien, pese a no desviarse el curso causal la Corte hace un análisis sobre la previsibilidad del resultado, previsibilidad que se desprende del tipo penal de homicidio preterintencional. Para esto afirma que MORALES ALMARIO no podría prever que producto del golpe que le propinó en el rostro a ROJAS VILLAR, este perdería su equilibrio e impactaría su cabeza contra una superficie dura, lo que le dejaría momentáneamente inconsciente y le provocaría una hemorragia cerebral.

Si bien la caída era en efecto previsible, para la CSJ las circunstancias particulares como lo fueron la forma en que cayó o el *contragolpe* sufrido en el lugar

más sensible no lo eran, más cuando a simple vista no se percibían desventajas que jugaran en contra de la víctima, ya fueran físicas o del terreno, como un balcón o unas escaleras por las que se pudiera haber caído. Así mismo, no podría conocer la patología hematológica que sufría y que agravó el riesgo causado tras la lesión.

Por lo que, siendo que la causa directa de la muerte fue este *contragolpe* y que este era imprevisible y por tanto no imputable a MORALES ALMARIO, sin la existencia de una conducta imprudente o dolosa la Corte casó la sentencia de segunda instancia, haciendo la adecuación típica en el delito base de *lesiones personales simples*, pero declarando nula la actuación por razón de la prescripción de la acción penal.

6. Comentario a la sentencia radicado N° 52.857

A. Preterintención

La preterintención, también llamada antiguamente ultraintención⁴, se refiere lingüísticamente a la intención que va más allá de sí misma o cuyo resultado rebasa al conocido y deseado. En materia penal es en esencia un tipo subjetivo “compuesto”⁵, es decir que comprende tanto los hechos de una conducta dolosa como los de un resultado típico de una infracción penal de carácter culposo (usualmente denominado como *segundo resultado*) al consumarse tanto el punible intencional como el no intencional.

Consiste entonces de un delito doloso base (o primer resultado) que se deberá configurar de forma conciente y un resultado más lesivo que le era previsible al autor y que se concreta con ocasión de una falta al deber de cuidado⁶, debiendo haber necesariamente un vínculo o conexidad entre la conducta base y el resultado más grave.

i. El homicidio preterintencional en la legislación colombiana

La preterintención se encuentra consagrada en el artículo 24 del Código Penal, Ley 599 del 2000 y reza:

4 Ambos términos serán usados en el texto indistintamente, al no haber una diferencia conceptual entre uno y otro más allá del actual desuso jurisprudencial del segundo.

5 CASTRO, SANDRA JEANNETTE. *Lecciones de Derecho Penal Parte General. Tipo subjetivo*. Segunda edición. 2011, cit., 221-247

6 JESCHEK, HANS-HEINRICH & WEIGEND, THOMAS. *Tratado de Derecho Penal Parte general*. Trad. Olmedo, M., 2002, cit., 613-617.

“La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente.”

Mientras que el homicidio preterintencional se encuentra en artículo 105 que establece:

“Homicidio preterintencional. El que preterintencionalmente matare a otro, incurrirá en la pena imponible de acuerdo con los dos artículos anteriores disminuida de una tercera parte a la mitad.”

Aquí se encuentra la definición básica y superficial de la preterintención, según la cual una conducta será de carácter ultraintencional cuando el resultado exceda la intención originaria del agente. Ahora bien, ambas normas no ofrecen suficientes luces sobre los componentes necesarios para la comisión de este punible, por lo que hace falta recurrir a otros elementos que se han desarrollado alrededor del tipo subjetivo de la preterintención.

ii. Elementos de la preterintención con relación al homicidio preterintencional

La doctrina⁷ y la jurisprudencia⁸ han desarrollado una serie de requisitos y criterios para poder catalogar una conducta como preterintencional, a saber:

a) La expresa tipificación penal de la conducta preterintencional.

Esto en tanto el ordenamiento colombiano ha optado por la figura de *numerus clausus*, es decir que solo podrá imputarse preterintención por la conjunción de dolo y culpa cuando la ley penal expresamente lo contemple así. Es entonces que en el caso colombiano solo se presenta este tipo subjetivo compuesto en los eventos del homicidio preterintencional (art. 105 del Código Penal) y del aborto preterintencional (artículo 115).

b) Una conducta base de carácter doloso.

7 Estas varían en número, alcance de algunas características o resultados punitivos acorde a legislaciones pertinentes. Algunos postulados doctrinales analizados en el texto son; Cfr. Ibañez Guzmán, Augusto, 1998, como se cita en CASTRO, SANDRA JEANNETTE. *Lecciones de Derecho Penal Parte General. Tipo subjetivo.*; Cfr. TRUJILLO VÁSQUEZ, LAURA, *El homicidio preterintencional: concepto y análisis jurisprudencial en Colombia.*; Cfr. GONZÁLEZ, A. ET. AL. *Preterintención: un periódico de ayer.*; COBO, MANUEL. <<Praeter intentionem>> y principio de culpabilidad.

8 CSJ SP, rad. 406389 del 13 de abril de 1984. MP Dante Luis Fiorillo Porras; CSJ SP, rad. 52857 del 10 de febrero de 2021. MP. Patricia Salazar Cuéllar; CSJ SP, rad. 47063 del 28 de julio de 2021. MP José Francisco Acuña Vizcaya;

Como ya se dijo, el agente debe buscar un resultado menor de carácter doloso⁹, pero dicha conducta base debe comportar en sí misma una infracción penal típica menos lesiva o que vulnere un bien jurídico de menor valor que el que lesione el resultado excesivo. Entonces, será menester analizar preliminarmente la configuración del delito base antes de entrar a juzgar la culpa del segundo resultado, que en el caso del homicidio preterintencional serán las lesiones dolosas, pues de no cumplirse con los elementos propios del delito doloso inicial no podría haber lugar a la preterintención.

Cabe decir que, si bien no hay menciones sobre la viabilidad de emplear alguno de los tipos penales de lesiones complejos, estos resultarían en su mayoría inútiles o innecesarios en el análisis de la configuración de la preterintención, pues elementos como la incapacidad superior a la de la pena básica o perturbación psíquica o funcional y la pérdida funcional serían imposibles en caso de muerte y la deformidad sería irrelevante. No obstante, la pérdida anatómica puede abrir un debate sobre culpa y dolo, dado que una acción tendiente a remover dolosamente un miembro del cuerpo que además causa la muerte puede enmarcarse en una conducta idónea para matar, por lo que esta se subsumiría en un homicidio doloso. Sin embargo, si bien sería difícil la configuración de la preterintención con lesiones que causen una pérdida anatómica como delito base, nada obstaría para que se hiciera el análisis de preterintención a raíz de este, más allá de que últimamente no fuera fructífero.

c) Que el resultado exceda la intención del agente.

En primer lugar, es evidente que se requerirá del resultado, dado que de este se desprende el exceso de la intención lo que a su vez imposibilita la existencia de una tentativa¹⁰. Ahora bien, en esta institución se trata de un doble resultado¹¹ puesto que tanto la conducta dolosa como el exceso culposo exigen que se consume la respectiva consecuencia producto de la infracción penal.

Entonces, al tratarse de una dualidad, el segundo resultado será diferente al

9 TRUJILLO VÁSQUEZ, LAURA. *El homicidio preterintencional: concepto y análisis jurisprudencial en Colombia*. Artículo realizado como requisito para optar por el título de abogada. Medellín, Universidad EAFIT, 2014, pp. 14-17.

10 GÓMEZ LÓPEZ, J, 2006, como se cita en TRUJILLO VÁSQUEZ, LAURA. *El homicidio preterintencional: concepto y análisis jurisprudencial en Colombia*. Artículo realizado como requisito para optar por el título de abogada. Medellín, Universidad EAFIT, 2014, pp. 29-30.

11 TRUJILLO VÁSQUEZ, LAURA. *El homicidio preterintencional: concepto y análisis jurisprudencial en Colombia*. Artículo realizado como requisito para optar por el título de abogada. Medellín, Universidad EAFIT, 2014, pp. 15-16.

que la conducta buscaba originalmente pero a su vez tendrá que ser un resultado más grave al que se habría causado de haberse cumplido con el propósito inicial¹². En el caso del homicidio preterintencional se tratará de unas lesiones efectivamente producidas seguidas de una muerte que surge de un daño mayor al esperado.

d) Identidad entre el objeto sobre el cual recae la conducta y el objeto sobre el cual recae el resultado.

Si bien usualmente la doctrina nombra este requisito como objeto material, en la mayoría de los casos se incluye en el mismo la identidad del bien jurídico, también llamado objeto jurídico¹³, por lo que identidad de objeto en su forma genérica resulta más apropiado para referirse a este elemento de la preterintención, aunque bien podrían mencionarse como dos elementos separados.

El objeto material hace referencia a *“aquella persona, cosa, animal o fenómeno, hacia el cual se dirige el obrar humano representado en el núcleo rector objeto en concreto”*¹⁴, entendiéndose la cosa sobre la cual recae la conducta. Puntualmente, esta identidad exige que tanto el delito base de modalidad dolosa como el resultado de modalidad culposa recaigan sobre el mismo objeto o cosa en concreto y de igual forma vulneren un mismo bien jurídico al cual se ha aumentado el daño o la lesividad a este mismo¹⁵. En el caso colombiano se trataría del bien jurídico *“vida e integridad personal”* consagrado en el Título I, en el cual se encuentran tanto el homicidio preterintencional como las lesiones personales dolosas.

e) Que el resultado sea previsible para el autor

Como bien se dijo, el resultado culposo a raíz de la conducta base debe ser una consecuencia previsible para el autor, es decir, que se podría esperar que cualquier persona en su posición y circunstancias podría precaverlo¹⁶. Cabe anotar que dicha previsión no exige que el autor la haya hecho, circunstancia que ha alarmado a

12 CSJ SP, rad. 406389 del 13 de abril de 1984. MP Dante Luis Fiorillo Porras.

13 BARBOSA CASTILLO, GERARDO. *Lecciones de Derecho Penal Parte General. Teoría del delito. Tipo objetivo*. Segunda edición. 2011, cit., 211-220.

14 CANCINO MORENO, ANTONIO. *El objeto material del delito*. Bogotá, Universidad Externado. 1979,

15 GÓMEZ LÓPEZ, J, 2006, como se cita en Trujillo Vásquez, Laura. *El homicidio preterintencional: concepto y análisis jurisprudencial en Colombia*. Artículo realizado como requisito para optar por el título de abogada. Medellín, Universidad EAFIT, 2014, pp. 14-17.

16 JESCHEK, HANS-HEINRICH & WEIGEND, THOMAS. *Tratado de Derecho Penal Parte general*. Trad. Olmedo, M., 2002, cit., 611-613.

parte de la doctrina en relación con el cumplimiento del principio de culpabilidad¹⁷ al atribuirse una conducta culposa fuera del margen de libre decisión del agente frente al resultado final, sin embargo, esto ha sido solventado por la propia jurisprudencia que se ha referido a este requisito como *estar en la capacidad de prever*¹⁸, entonces no se vulneraría la culpabilidad por la falta de esta circunstancia inteligible puesto que sería atribuible a la imprudencia o impericia del agente.

f) Que haya un nexo causal entre la conducta dolosa y el resultado culposo.

El vínculo requerido no se trata de la mera causalidad, ya que esto daría paso a la responsabilidad objetiva e iría en contravía de los artículos 9 y 12 del Código Penal que proscriben ambas circunstancias. Entonces, el nexo deberá corresponder no solo a una relación causal sino a elementos jurídicos derivados de la imputación objetiva, constatando entonces la introducción de un riesgo jurídicamente desaprobado que haya puesto en peligro al objeto protegido y que se haya configurado en un resultado típico¹⁹.

iii. Concurso entre conductas dolosas y culposas con un nexo causal.

Partiendo de la base de que la preterintención significa una unidad punitiva de dos hechos y que además la identidad de objetos significa una subsunción, es imposible el concurso de dos conductas que compongan una ultraintención.

No obstante, de presentarse una hipótesis en que esta figura no se configure pero sí se presencie un nexo causal que sería propio de esta institución se debería acudir al concurso como lo han hecho tradicionalmente otros ordenamientos que no cuentan con la figura de preterintención, tales como el alemán²⁰, en donde se hacen especialmente relevantes para nuestro objeto de estudio las combinaciones de dolo y culpa en "*delitos cualificados por el resultado*" que en esencia son la formulación ya conocida de la preterintención en la que una conducta provoca por imprudencia

17 TRUJILLO VÁSQUEZ, LAURA. *El homicidio preterintencional: concepto y análisis jurisprudencial en Colombia*. Artículo realizado como requisito para optar por el título de abogada. Medellín, Universidad EAFIT, 2014, pp. 17-20.

18 CSJ SP, rad. 52857 del 10 de febrero de 2021. MP. Patricia Salazar Cuéllar.

19 JESCHEK, HANS-HEINRICH & WEIGEND, THOMAS. *Tratado de Derecho Penal Parte general*. Trad. Olmedo, M., 2002, pp. 307-310.

20 *Ibíd.*, pp. 611-617.

un resultado con una pena superior al delito base.

Sin embargo, de esta formulación surge la preocupación por el respeto al principio de culpabilidad, dado que atribuir un resultado culposo producto de una conducta dolosa podría contrariar la libertad de decisión que el agente tenía sobre el segundo resultado, por lo que la fórmula establecida ha sido la de únicamente configurar un concurso y atribuir las consecuencias jurídicas de este en los casos de “*temeridad grave*”, es decir “*cuando el autor no ha tenido en cuenta lo que en el supuesto concreto debió ser evidente para cualquiera*”²¹, lo que lleva a un segundo requisito que también es propio de la preterintención, la previsibilidad del resultado más grave a raíz de la conducta desplegada.

Ahora bien, no se podrían imputar resultados culposos que desprendan de la mera causalidad puesto que existirían circunstancias de imputación objetiva que romperían el nexo causal e impedirían la atribución de un resultado no buscado que inicialmente parecería producto de la conducta base²², por lo que es dudosa la posibilidad de la configuración de un concurso bajo estas circunstancias, sin embargo, la normativa no impediría que de darse el improbable caso se configurara un concurso.

iv. Análisis casuístico del homicidio preterintencional en la jurisprudencia colombiana.

Ahora es menester estudiar la posición de la Corte Suprema de Justicia respecto del delito, para lo cual se revisarán una serie de sentencias, partiendo por los casos más antiguos encontrados en el repositorio de la Corte y comparándolos con sentencias recientes.

a. Sentencia de Casación 412875 del 14 de julio de 1949 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. *Magistrado Ponente Francisco Bruno*

La previa configuración de las lesiones y la responsabilidad objetiva.

Si bien la primera sentencia condenatoria por homicidio preterintencional registrada en el repositorio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia es la *Sentencia de Casación Penal 412347 del 20 de febrero de 1942 del Magistrado Ponente Absalón Fernández de Soto*, esta providencia del 14 de julio de 1949 configura el

21 Ibíd. cit. pp. 613.

22 ZAFFARONI, E. R., ET AL. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Segunda edición. 2007. pp. 441-442.

primer análisis registrado de preterintención por parte de la Corporación.

De esta se puede extraer superficialmente que el primer análisis debe ser necesariamente sobre la configuración de lesiones personales dolosas, puesto que de lo contrario el problema jurídico planteado y su argumentación no corresponderían a los de un homicidio preterintencional sino a los de un homicidio doloso. No obstante, del breve análisis resalta que el segundo paso, es decir el provocar la muerte con objeto de las lesiones causadas, se trataba a la luz de la responsabilidad objetiva. Esto quiere decir que bastaba con que se comprobara el dolo de lesionar y se produjera la muerte para condenar por preterintención, sin necesidad de un análisis sobre los elementos que puedan existir en medio de ambas situaciones.

b. Sentencia de Casación 406389 del 13 de abril de 1984 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente *Dante Luis Fiorillo Porras*.

Las modalidades del resultado y la prohibición de responsabilidad objetiva.

Cabe aclarar que esta sentencia no corresponde a una sentencia de homicidio preterintencional sino de aborto preterintencional, sin embargo, incluye un elemento clave a raíz de la promulgación del Decreto Ley 100 de 1980 que introdujo un nuevo Código Penal.

En esta providencia la Corte establece que a raíz de la nueva prohibición expresa de la responsabilidad penal objetiva este segundo paso consecuentemente no puede corresponder a la mera constatación de una muerte, sino que será necesario corroborar que el resultado pudo ser considerado como posible y previsible por parte del agente por lo que se establece una nueva regla jurídica.

También es relevante mencionar que la Corte acogía la tesis bajo la cual el segundo resultado podía darse por dolo indirecto, dolo eventual o culpa. En este sentido resulta relevante el salvamento de voto de los magistrados Luis Enrique Aldana Roza, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez y Alfonso Reyes Echandía, en el que afirman que necesariamente debe tratarse de una culpa pues de aceptar la tesis que el segundo resultado se encuentra en el estadio del dolo la regulación de la preterintención sería redundante e innecesaria al no diferenciarse de forma alguna de un homicidio doloso.

Y razón no podía faltar, en tanto esta formulación ha sido descartada tiempo atrás, siendo que actualmente la jurisprudencia de la Corte reconoce la preterintención como una conducta mixta entre dolo y culpa²³, por lo que este resultado más lesivo en efecto excede la intención, pues en la conducta culposa no hay intencionalidad

23 CSJ SP, rad. 52857 del 10 de febrero de 2021. MP. Patricia Salazar Cuéllar.

de generar el daño causado.

c. Sentencia de Casación 15663 del 14 de marzo de 2002 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. MP Julio Cesar Villalba González

Diferencias entre la preterintención y el dolo eventual.

La respuesta teórica a la diferenciación entre estas dos figuras es sencilla, puesto que en la primera el resultado no es deseado, sino que es producto de un exceso en la conducta, mientras que en el segundo la conducta conlleva un riesgo de causar el resultado y ante esta probabilidad el agente deja el resultado librado al azar, sin que exceda el propósito original. Es decir que la diferencia reside en la psique del autor.

Adicionalmente, la Corte anota que en la previsibilidad radica una diferencia fundamental, puesto que en la preterintención siendo previsible el resultado el agente no lo precavió, mientras que en el dolo eventual siendo previsible el resultado, el agente en efecto se percató de la posibilidad y aun así obró.

Es entonces claro que ambas conductas se encuentran más cerca de lo que parece, tanto así que autores como Trujillo Vásquez afirman que la diferenciación en la práctica se limita a la valoración probatoria, abriendo la puerta a que una misma conducta pueda ser calificada de ambas formas al no haber una línea divisoria lo suficientemente clara.

d. Sentencia de Casación 20756 del 22 de mayo de 2003 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. *Magistrada Ponente Marina Pulido de Barón.*

La disyuntiva entre diferentes causas de muerte.

La famosa sentencia que condenó a Diomedes Díaz Maestre por homicidio preterintencional contiene un elemento que se relaciona con la sentencia principal de análisis, la discusión sobre las posibles causas de muerte.

En las hipótesis en que la muerte suscita debates médicos sobre su origen, el esclarecimiento de la causa particular demuestra ser fundamental para imputar una conducta u otra, tanto así que en esta sentencia del 22 de mayo de 2003 existe un vaivén entre homicidio culposo y homicidio preterintencional al contraponerse una muerte por hipoxia con ocasión del consumo de estupefacientes que implicaría una falta al deber objetivo de cuidado y una muerte por hipoxia por consumo de estupefacientes en conjunto con la obstrucción violenta de boca y nariz enmarcada en unas lesiones personales dolosas.

En este caso la hipótesis probada fue la segunda, lo que dio paso a que la

sentencia siguiera la primera regla extraída anteriormente, es decir analizar la configuración de lesiones personales como primer paso lógico. Sin embargo, esta se lleva a medias debido a que no hay un estudio profundo sobre el dolo de las lesiones, que de no concretarse configuraría en cambio un homicidio culposo. No obstante, no considero que esta livianeza del análisis configure una regla jurídica, sino que con seguridad se debe a un debate en las etapas procesales anteriores o un eje argumentativo distinto al carácter de las lesiones, en este caso el análisis médico.

Por otra parte, sobre la segunda regla cabe decir que, si bien no hay un examen profundo del vínculo entre la introducción de un riesgo jurídicamente desaprobado y el resultado a la luz de la imputación del tipo objetivo, sí se percibe un mayor interés por comprobar el nexo entre ambos pasos y no una simple mención que, a primera vista, haga parecer que son componentes meramente causales.

Por lo que pese a ser una providencia de un delito distinto, es una sentencia hito de la que se extraen dos elementos nucleares de la preterintención que son (i) la previsibilidad del segundo resultado por parte del agente y, (ii) el homicidio cometido dentro del estadio de la culpa.

e. Sentencia de Casación 52263 del 26 de septiembre de 2018 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. *Magistrado Ponente Eyder Patiño Cabrera*

La preterintención y la legítima defensa.

Si bien en esta providencia se inadmite la demanda, la Corporación recoge valoraciones del *ad quo* y el *ad quem* respecto a la relación entre la legítima defensa y el homicidio preterintencional, dos instituciones con acciones similares, pero fundamentos y propósitos diferentes. Ahora bien, cabe aclarar que una discusión similar se produce en la *Sentencia de Casación Penal 404430 de 1963 del Magistrado Ponente Simón Montero Torres*, pero pese a ser argumentos afines y una misma conclusión resulta más fructífero analizarlos a la luz de la normativa vigente.

Ahora bien, aunque la demandante solo aduce la legitimidad de la defensa, de allí se desprende la discusión en torno a la compatibilidad entre el homicidio preterintencional y el atenuante por exceso en la legítima defensa, pues la intención primaria podría contrariar el dolo inicial requerido para que se configure una ultraintención. Esto pues al comparar el exceso en la legítima defensa que resulta en la muerte del agresor y el homicidio preterintencional hay una diferencia fundamental que separa ambas situaciones. Mientras que en la legítima defensa requerimos del ánimo de defender un derecho propio o ajeno, en el homicidio preterintencional se

conoce y quiere un resultado delictivo, puntualmente el de las lesiones personales. No obstante, al momento de exceder la proporcionalidad el agente puede llegar a estar en la capacidad de prever el resultado "muerte" y de constatarse esto dentro del marco fáctico particular es posible configurar una preterintención.

No obstante, la conclusión a la que llegan tanto *ad quo* como *ad quem* y que la Corte rescata brevemente, es que el sobrepasar la proporcionalidad en efecto es compatible con la imputación de homicidio preterintencional con la correspondiente atenuante por exceso en legítima defensa.

f. Reglas jurídicas

De este recorrido jurisprudencial podemos extraer las siguientes reglas para configurar un homicidio preterintencional, las cuales se acompañan con los elementos propios de la preterintención:

a) Se debe configurar previamente un delito de lesiones personales dolosas, para lo que se deberá hacer un análisis típico de este punible en atención a sus elementos propios. Esto no significa que la argumentación deba partir de acá, sino que se debe hacer la adecuación típica.

b) Se deberá producir el resultado *muerte*, pero la mera causalidad no será suficiente al estar prohibida la responsabilidad objetiva. Por tanto, se deberá acudir a elementos de imputación objetiva para corroborar la relación entre la conducta base y el resultado final. Dentro de esta regla se subsumen los debates médicos que se susciten sobre la causa de muerte, pues la respuesta puede configurar una circunstancia de curso causal desviado, imprevisibilidad o puede dar pie a una valoración típica distinta.

c) Será homicidio preterintencional cuando pudiendo haber previsto el agente no lo haya hecho. Será homicidio doloso en tercer grado o por dolo eventual cuando en efecto se haya previsto el resultado e igualmente se haya actuado causando la consecuencia lesiva.

d) El resultado final deberá ser de carácter culposo, de lo contrario se estará ante un homicidio doloso que subsume a las lesiones.

e) Si bien el exceso de la legítima defensa y la preterintención son figuras similares, la segunda no es una consecuencia lógica de la primera. Es viable que un exceso configure un homicidio preterintencional, sin embargo, se deberán revisar igualmente los elementos de dolo base y culpa en el resultado.

g) Uso de estas reglas jurídicas en la sentencia rad. 52857

a) La Corte concluye su argumentación con la adecuación típica del delito de lesiones personales, encajando la conducta típica a la forma menos lesiva consagrada en el artículo 112 del Código penal, inciso 1, debido a la falta de material probatorio sobre la incapacidad médica que las lesiones habrían causado.

b) El resultado “muerte” está probado y la Sala se detiene a analizar el vínculo entre las lesiones causadas y el resultado final, usando elementos de imputación objetiva que serán analizados a continuación. Igualmente se produce un debate probatorio sobre la enfermedad que agravó la condición médica lo cual, según la defensa, podría haber conllevado una autopuesta en peligro al haberse juntado con la ingesta de licor. Situaciones desestimadas por la Sala que, además, estableció finalmente esta como una *plaquetopenia*.

c) Existe todo un análisis respecto de la previsión, aunque cabe anotar que nunca estuvo presente la posibilidad de configurarse un dolo eventual. Esto se podría explicar en que por *non bis in ídem* la Corte no podría haber agravado la condena, aunado con que no se cumplía con la previsibilidad. Además, no todos los debates de una de estas figuras contienen la pregunta por la configuración de una u otra.

Si bien el carácter de la muerte habría sido la de un resultado culposo por estar fuera del límite de la intención de MORALES ALMARIO, al no haber nexo causal la adecuación típica resulta en unas lesiones dolosas.

No es aplicable al caso, en tanto ROJAS VILLAR era quien se encontraba en legítima defensa contra la agresión de MORALES ALMARIO.

B. Análisis de tipicidad objetiva

Ya se anotó que el nexo de causalidad entre la conducta dolosa y el resultado culposo debe corresponder a los elementos jurídicos de la imputación al tipo objetivo, por lo que resulta relevante analizar algunas causales de atipicidad que han sido desarrolladas por la doctrina en relación con el caso objeto de estudio.

v. Causalidad

La relación causal entre el riesgo introducido y el resultado es el supuesto básico y tradicional mediante el cual se conectan estas dos instancias y se imputan las consecuencias penales al autor de dicha conducta cuando esta contribuye a la lesión al bien jurídico²⁴.

24 JESCHEK, HANS-HEINRICH & WEIGEND, THOMAS. *Tratado de Derecho Penal Parte general*. Trad. Olmedo, M., 2002, pp. 295-304.

En este sentido, se advierte fácilmente que el golpe propinado por MORALES ALMARIO fue una causa necesaria para que se produjera el *shock neurogénico* y la *contusión cerebral* que ocasionaron la muerte de ROJAS VILLAR, puesto que este produjo una caída hacia atrás, un segundo golpe de la víctima contra el suelo en la parte posterior de su cabeza y por consiguiente la contusión y el cuadro neurológico, sin embargo, esta relación causal no es suficiente para que se concrete la tipicidad de la conducta pues de lo contrario estaríamos nuevamente en el escenario de la imputación objetiva que existía previo al Código Penal de 1980, en donde bastaba con la configuración del resultado muerte y de las lesiones como causa de este para atribuir una conducta preterintencional.

Entonces, harán falta elementos jurídicos adicionales a la causalidad que analicen el vínculo entre el riesgo y el resultado y la imputación de este último al autor de la conducta. Razón por la cual, la causalidad es un mero objeto de relato por parte de la Corte al existir elementos de mayor relevancia en la configuración del punible.

vi. Previsibilidad

La previsibilidad es en sí un elemento de la figura de preterintención que, como bien se ha dicho, encuentra su sustento en la misma imputación objetiva en el nexo que hay entre la introducción de un riesgo jurídicamente desaprobado y la consumación de dicho riesgo en un resultado típico. Esto pues el vínculo entre riesgo y resultado debe ser estrechísima y carecer de cualquier circunstancia ajena al hecho o posterior que desvíe, aumente o influya gravemente en el acaecimiento del resultado, puesto que daría lugar a un curso causal que sería imprevisible e implicaría la atipicidad de la conducta o una variación de su valoración típica²⁵, como pasar de homicidio a tentativa o de homicidio preterintencional a lesiones personales.

Es precisamente este segundo caso el que se nos presenta en la decisión de la Corte en atención a la contusión cerebral y el cuadro neurológico producidos que se agravaron por la *plaquetopenia* sufrida por ROJAS VILLAR, situaciones que según la Sala no podrían haber sido previstas.

Ante esto, cabe un breve salvamento sobre los hechos que eran previsibles, ya que se afirma que la caída hacia atrás también comprendía un hecho imprevisible para MORALES ALMARIO, valoración que es errada en tanto es posible conocer con suficiencia que un golpe en la cara asestado con suficiente fuerza y ubicación puede

25 ORÉ SOSA, ARSENIÓ. *Autopuesta en peligro y exclusión de comportamientos penalmente relevantes*. s.f. p. 3.

provocar que una persona caiga. Ahora bien, esto no compone un problema en tanto resulta irrelevante e intrascendente en la decisión final.

Dicho esto, resulta en efecto imprevisible que dicha caída desencadene en un golpe sensible en la cabeza que provoque una contusión cerebral de gravedad y aún más imprevisible era la agudización del estado neurológico producto de una enfermedad sanguínea desconocida por el agente, la cual dificultaba gravemente la coagulación de la sangre y por tanto la intervención quirúrgica exitosa.

vii. Temporalidad

La relación temporal entre la causa y el resultado es una situación que a primera vista puede generar duda, pues una distancia temporal significativa entre la conducta y el resultado podría relacionarse con el curso causal y la posible ruptura del mismo, sin embargo, no hay suficiente claridad sobre si la misma resulta un elemento esencial a la hora de desvirtuar la tipicidad ya que no es una discusión a la que se le haya dado importancia en la jurisprudencia nacional.

Una respuesta negativa a esta duda se podría evidenciar en los casos de cursos causales imprevisibles posteriores a la ejecución de la conducta en donde el resultado se agrava, pero se da no en virtud del paso del tiempo sino de situaciones o circunstancias sobrevinientes que no podían ser previstas por el sujeto, como el choque de la ambulancia que transporta al herido o la *mala praxis* médica que deviene en la muerte del paciente.

A esta línea argumental se sumaría la existencia de condenas por homicidio preterintencional en casos en los que la víctima ha muerto días después de haber sido lesionado, por lo que la temporalidad por sí sola no habría afectado el vínculo entre conducta y resultado. Sin ir más lejos, en segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué condenó a ROJAS VILLAR por homicidio preterintencional pese a haber transcurrido casi una semana entre la conducta dolosa y el resultado culposo y esta situación no fue reprochada por la Corte, siendo que la modificación de la adecuación típica fue modificada por la Corte sin atender ni mencionar el número de días que habían pasado, limitándose a los motivos de imprevisibilidad ya mencionados.

viii. Autopuesta en peligro

En el caso en que la víctima sea quien se ponga en riesgo a sí misma y asuma

las consecuencias de su actuar²⁶, el resultado lesivo le será imputable a sí mismo por haber favorecido la autolesión.

La Corte Suprema de Justicia ha establecido los siguientes criterios jurisprudenciales para la configuración de esta figura; (i) que se trate de una actividad conjunta de una o más personas y el sujeto tenga la libertad de asumir o no el riesgo y su resultado; (ii) que conozca o pueda conocer el alcance del riesgo que puede conllevar su actuar; y, (iii) que la otra parte no tuviera una posición de garante respecto a ella²⁷. Además, si bien no lo enumera como un requisito se intuye que también es necesario que el resultado sea producto de la imprudencia de la víctima y no de la acción del agresor, pues es ella quién introduce el riesgo jurídicamente desaprobado²⁸.

En el caso particular, esta causal de atipicidad objetiva fue esgrimida por la defensa de MORALES ALMARIO en tanto la causa de muerte guardó directa relación con el padecimiento clínico de la víctima, el cual agravó el daño causado por las lesiones infligidas.

De este modo, siendo que la víctima conocía su propia enfermedad, estaría poniéndose en peligro ingresando en una riña, sin embargo, la Corte desestima este argumento pues encuentra que no se cumplen los criterios mencionados, valoración que considero apropiada al no haber control sobre el resultado de una riña ni las acciones de la contraparte, aunado con que sería peligroso argumentar que quien entra a un pleito para separarlo o defender un derecho ajeno está consintiendo su posible muerte, ya que aparte de ser una conclusión extrema e infundada, dejaría por precedente una regla que desanimaría el ejercicio de la legítima defensa en favor de otra persona y diezmaría el principio de solidaridad que se esconde tras la defensa del derecho ajeno.

C. La interpretación restrictiva

Existe la noción común de que la preterintención es una figura poco empleada o poco recurrente en el ordenamiento jurídico colombiano, la cual tiene su mérito

26 ORÉ SOSA, ARSENIÓ. *Autopuesta en peligro y exclusión de comportamientos penalmente relevantes*. s.f. pp. 4-6.

27 CSJ SP, rad. 52857 del 10 de febrero de 2021. MP. Patricia Salazar Cuéllar en consonancia con las sentencias CSJ SP, del 20 mayo de 2003, rad. 16636; CSJ SP, del 27 de noviembre de 2013, rad. 36842; CSJ SP-1291-2018, del 25 de abril de 2018, rad. 49680.

28 JESCHEK, HANS-HEINRICH & WEIGEND, THOMAS. *Tratado de Derecho Penal Parte general*. Trad. Olmedo, M., 2002, pp. 307-310.

en tanto puede corroborarse el no tan extenso repertorio de jurisprudencia nacional al respecto. No obstante, esto se debe a tres situaciones que vale la pena rescatar.

En primer lugar, el hecho de que existiendo solo dos formulaciones típicas el número de casos evidentemente será mucho menor comparado con las otras dos figuras del tipo subjetivo que tienen un abanico de tipos penales mucho mayor. En segundo lugar, se trata de casos compuestos y complejos que en la práctica no es común que se presenten al requerirse muchas circunstancias que propicien algo tan fuera de lo ordinario como es, por ejemplo, causarle la muerte a otra persona producto de inducirle una lesión.

Finalmente, un punto jurídico esencial que se encuentra implícito en la figura de la preterintención y del garantismo penal. Este es la interpretación restrictiva de la preterintención por ser una institución penal que amplía las consecuencias de una conducta sin modificar la conducta en sí misma, es decir, le da un alcance de mayor punibilidad a una conducta menor.

El garantismo penal constituye un modelo de protección de derechos y garantías que propende por la prevención tanto de los injustos delitos como de las injustas penas²⁹. Es bajo esta concepción que resulta relevante referirse a los principios de necesidad de la pena y de mínima intervención penal en una circunstancia en la que se le está anexando un segundo resultado a una conducta que se dirigía a un resultado ya típico.

Sin embargo, la preterintención surge de reconocer que en efecto existe un componente volitivo dirigido a cometer un delito, el cual no sería lógico subsumir en otro tipo subjetivo que es excluyente, es decir, no tendría sentido incluir la culpa que provoca la muerte dentro del dolo de lesionar. Por tanto, es una figura útil para sobrellevar los casos en que esta dualidad se presenta.

Es así que, aceptando que en efecto se amplía el rango punitivo de la conducta y le atribuye consecuencias por fuera del tipo base, es necesario aplicar esta figura de forma restrictiva, estableciendo límites estrictos para que tal circunstancia más gravosa se corresponda con los casos en que lo amerite, más cuando esta figura está a solo un paso argumentativo del dolo eventual, lo que agravaría enormemente la pena.

Esta restricción se vislumbra en la argumentación de la Corte en tanto hace uso breve de los elementos de la preterintención para verificar que en efecto se cumplan con los requisitos bases no solo del tipo penal, sino de la misma ultraintención. La

29 Ferrajoli, 1997, como se cita en LEAL SUÁREZ, L. GARCÍA PIRELA, A. *Criminología Crítica y garantismo penal*. 2005. p. 437

Sala acude a diversos elementos de imputación al tipo objetivo, especialmente al elemento de la previsibilidad en donde incluso valora como imprevisibles situaciones que fácilmente se podrían precaver, aunque en el caso particular resultan en un error intrascendente. Análisis que termina por modificar una condena de segunda instancia por homicidio preterintencional.

7. Conclusión

La condena por lesiones personales de NELSON GABRIEL MORALES ALMARIO es una muestra de las restricciones innominadas que existen alrededor de la figura de preterintención, puesto que evidencian las barreras y límites en forma de elementos y características de esta institución penal. Innominadas en tanto no son un elemento expreso de la preterintención, pero de los principios rectores del derecho penal se puede entender que una figura como esta debe ser tratada de forma estricta.

Igualmente, la menor aplicación de la preterintención con relación a los demás tipos subjetivos no es entonces un problema sino una consecuencia lógica de sus características particulares, aunado con este tratamiento restringido. No obstante, al ser una circunstancia implícita, la aplicación de la figura y el uso de esta interpretación no es uniforme y permite errores mucho más lesivos como la conversión a dolo eventual, puesto que su cercanía práctica y la livianeza en su diferencia conceptual permiten que casos semejantes sean tratados como una u otra institución, lo cual constituye un grave problema en materia de seguridad jurídica, así como de punibilidad al haber una diferencia significativa en la pena de cada una.

Por esto, resultaría útil que este tratamiento restringido que se evidencia implícitamente en la extensión de las condiciones de la ultraintención, así como en su tratamiento jurisprudencial, fuera más evidente y se extendiera al sendero entre el dolo eventual y la preterintención, para que esta diferencia que en la práctica se limita a la valoración probatoria implicara una mayor carga argumentativa en caso de que se llegara a intentar convertir una conducta aparentemente preterintencional en dolosa en tercer grado.

Bibliografía

Doctrina

- BARBOSA CASTILLO, GERARDO. *Lecciones de Derecho Penal Parte General. Teoría del delito. Tipo objetivo*. Segunda edición. 2011.
- CANCINO MORENO, ANTONIO. *El objeto material del delito*. Bogotá, Universidad Externado. 1979.
- CASTRO, SANDRA JEANNETTE. *Lecciones de Derecho Penal Parte General. Tipo subjetivo*. Segunda edición. 2011.
- COBO, MANUEL. <<*Praeter intentionem*>> y principio de culpabilidad. s.f.
- GONZÁLEZ, A. ET. AL. Preterintención: un periódico de ayer.
- JESCHEK, HANS-HEINRICH & WEIGEND, THOMAS. *Tratado de Derecho Penal Parte general*. Trad. Olmedo, M., 2002.
- LEAL SUÁREZ, L. GARCÍA PIRELA, A. *Criminología Crítica y garantismo penal*. 2005.
- ORÉ SOSA, ARSENIÓ. *Autopuesta en peligro y exclusión de comportamientos penalmente relevantes*. s.f.
- ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A., SLOKAR, A. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Segunda edición. 2007.

Jurisprudencia

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 406389 del 13 de abril de 1984. MP Dante Luis Fiorillo Porras
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 412347 del 20 de febrero de 1942. MP Absalón Fernández de Soto.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 412875 del 14 de julio de 1949 1949. MP Francisco Bruno.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 404430 del 7 de octubre de 1963. MP Simón Montero Torres
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 406389 del 13 de abril de 1984. MP Dante Luis Fiorillo Porras.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 15663 del 14 de marzo de 2002. MP Julio Cesar Villalba González
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 20756 del 22 de mayo de 2003. MP Marina Pulido de Barón.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 52263 del 26 de septiembre de 2018. MP Eyder Patiño Cabrera

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 47063 del 28 de julio de 2021. MP José Francisco Acuña Vizcaya.