



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
ESCUELA DE POSTGRADO

DELITOS PRETERINTENCIONALES

Autor: Pamela Andrea Jiménez Sepúlveda
Rut: 15.160.053-0
Profesor guía: Germán Ovalle
Santiago-Chile
2013

Los delitos preterintencionales son aquellos que se caracterizan porque la acción desplegada por el sujeto activo es causal de un resultado punible que sobrepasa su intención, por lo tanto, el problema comienza cuando las consecuencias de su acción van más allá de su intención.

El objetivo de este trabajo es realizar un análisis a fondo de estos delitos, desde un punto de vista general y especial.

Para ello, estudiaremos estos delitos como parte de una de las figuras que constituyen el rubro genérico de la preterintencionalidad, comparándolo así con las demás figuras que también se encuadran dentro de ella.

Nos avocaremos a sus elementos, tanto externos como internos, necesarios para entender que estamos dentro de este tipo de delitos preterintencionales.

Ahondaremos en las posiciones doctrinarias, jurisprudenciales y legales que señalan la forma correcta de sancionarlos, para lo cual también veremos los delitos especiales preterintencionales y las posiciones que se dan en cada caso concreto, posturas que nos llevarán a la conclusión que en general son 3 las tendencias más importantes que se han manifestado, inclinándose la mayoría por la teoría de la mixtura.

Palabras claves: Preterintencionalidad, concurso de delitos, dolo, culpa, culpabilidad.

INDICE

CAPÍTULO I: SOBRE LA PRETERINTENCIONALIDAD Y LOS DELITOS PRETERINTENCIONALES

1. Concepto delitos preterintencionales	1
2. Otras figuras que forman parte de los casos de preterintencionalidad	2
2.1 Delitos calificados por el resultado	2
2.2 Versari in re illicita	5
3. ¿Cómo se castiga un delito preterintencional?	6
3.1 Delitos preterintencionales en la doctrina	6
3.2 Delitos preterintencionales en la jurisprudencia	8
3.3 Delitos preterintencionales en la legislación	10
3.3.1 En la legislación nacional	10
3.3.2 En la legislación extranjera	13
4. Elementos del delito preterintencional	17
4.1 Elementos externos:	17
4.1.1 Delito base	17
4.1.2 Resultado preterintencional	19
4.1.3 Relación de causalidad	19
4.2 Elementos internos:	20

4.2.1 La culpabilidad	20
5. Prueba de la preterintencionalidad:	21
5.1 Previsibilidad y Previsión	21
5.2 El medio empleado	23
5.3 Las concausas	25
CAPÍTULO II: PRINCIPALES DELITOS PRETERINTENCIONALES	
1. Homicidio preterintencional:	26
1.1 Posturas existentes para solucionar el homicidio preterintencional	28
1.2 Requisitos para la existencia de un homicidio preterintencional	31
1.3 Homicidio preterintencional y homicidio concausal	34
1.4 Homicidio preterintencional y lesiones seguidas de muerte	35
2. Lesiones preterintencionales	38
3. Aborto preterintencional	42
4. Aborto seguido de muerte de la mujer embarazada	47
CONCLUSIONES	52
BIBLIOGRAFÍA	57

CAPÍTULO I: SOBRE LA PRETERINTENCIONALIDAD Y LOS DELITOS PRETERINTENCIONALES

1. Concepto delitos preterintencionales:

Se denomina “preterintencionalidad” al rubro genérico que alude a los casos en que la acción desplegada por un sujeto genera un resultado no esperado por éste, pues ese resultado traspasa su intención, entendiéndose, por lo tanto, que en este caso dicho resultado excedió el elemento culpabilidad de todo delito.

Dentro de estos casos encontramos los delitos preterintencionales, y además a los delitos calificados por el resultado y al *versari in re illicita*, respecto de los cuales nos referiremos brevemente más adelante.

En resumen, se puede decir que “en un sentido amplio, existe ultraintencionalidad¹ toda vez que a un antecedente querido (delito base) se sigue un consecuente no querido².”

Los delitos preterintencionales entonces, vienen en consideración en los casos en que el dolo del sujeto se extiende de ciertos límites, casos en que el sujeto ejecuta un acción produciendo un resultado típico y antijurídico cubierto por su dolo, pero a la vez produce otro resultado típico y antijurídico que es más grave que el querido y termina sobrepasando su dolo. El ejemplo típico que se menciona es el del sujeto que actúa con ánimo de lesionar pero como resultado produce la muerte de su víctima.

No ha sido pacífica la conceptualización de los delitos preterintencionales en la doctrina, pues existe debate respecto de la naturaleza íntima de su elemento subjetivo³. Para algunos este elemento esta constituido por el dolo del agente, para

¹Ultraintencionalidad o preterintencionalidad se utilizan como sinónimos, siendo, por lo tanto, cualquiera de los dos conceptos correctos. Así por ejemplo el Código Noruego define la preterintencionalidad en el art. 18 señalando el hecho como ultraintencional “cuando el resultado excede de la intención, siempre que tal resultado haya podido ser previsto”.

²VELASCO B., Carmen. *La Preterintención en el Código Penal chileno*. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la U. de Chile. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1962, p. 9.

³NAKANISHI C., Georgina. *La preterintención en la doctrina, en la legislación y en la jurisprudencia*. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. En: RAMÓN PINOCHET, GEORGINA

otros es la culpa y también hay quienes consideran que existe una mezcla entre ambos: dolo en la intención, culpa en el resultado⁴.

2. Otras figuras que forman parte de los casos de preterintencionalidad:

2.1 Delitos calificados por el resultado:

Al igual como sucede en los delitos preterintencionales, en estos casos el sujeto busca realizar en forma dolosa una conducta delictiva determinada, sin embargo resulta un evento distinto y más grave que el querido, caso en el cual la ley carga en cuenta del agente dicho resultado, pero en los delitos calificados por el resultado no se va a considerar si esto el sujeto lo previó o no.

Por lo tanto, se entiende que este elemento (la previsibilidad) es el que se exige por la mayoría de la doctrina como requisito esencial de los delitos preterintencionales y lo que lo diferencia de los delitos calificados por el resultado, donde la previsibilidad no es necesaria y solo va a bastar que exista, para sancionar dicho delito, un nexo causal entre la acción desplegada por el autor y el resultado producido, con esto es suficiente para hacer responsable al sujeto del mayor evento producido⁵. Sin embargo, si este daño mayor fue querido por el sujeto (aun con dolo eventual) ya no estamos frente a esta figura, sino que se sancionará directamente por la figura dolosa que corresponda⁶.

Señala Etcheberry que para un gran sector de nuestra doctrina todo resultado es previsible, pues aducen a la existencia de un elemento que denominan “potencialidad de causación” de toda acción desarrollada que impediría lo imprevisible, lo que

NAKANISHI, MIGUEL SAPIAIN, RICARDO SANTANDER, *Memorias de licenciados de derecho penal, Vol. XVII, T.I.* Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1951, p. 179.

⁴NAKANISHI C., Georgina, op. cit., p. 179. Etcheberry además señala que para algunos autores existe “una forma especial de culpabilidad distinta del dolo y la culpa”. (Etcheberry, Alfredo. *Derecho Penal*, parte general, T.I. 3ra ed., Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 324.)

⁵NAKANISHI C., op., cit., p.179 y ss.

⁶ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte General, T.I. 3ra ed.*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 326.

significa que, para ellos, no existen, entre nosotros, casos de delitos calificados por el resultado, entendiéndose todos éstos como delitos preterintencionales⁷.

Sigue esta idea Uribe Arce quien señala que son numerosos los preceptos del Código Penal que de una manera u otra expresan “referencia a resultados”, como por ejemplo el art. 141:”El que sin derecho encerrare o detuviere a otro privándole de su libertad, será castigado...”

Si el encierro o detención se prolongare por más de 90 días o si de ellos resultare un daño grave en la persona o intereses del encerrado o detenido, la pena será...”

Entiende que todo sujeto que comete este ilícito debe tener en cuenta que de este hecho puede derivar otro de mayor gravedad y es por esto que la ley exige del sujeto el debido cuidado para así evitar esas consecuencias más graves. Con este fin la ley establece la previsibilidad de esas “circunstancias agravantes” justificando así este deber de cuidado y pudiendo, de esta forma, imputarle el resultado más grave a título de culpa. Por lo tanto este criterio de la “previsibilidad del resultado” permite imputar penalmente al sujeto que debió prever porque la naturaleza de las cosas conjugadas en el ordenamiento jurídico así lo exigía y sin embargo el sujeto no previó.

En palabras de Carrara es “un vicio de la voluntad violatoria de la idea del deber moral que a todo hombre le incumbe de emplear inteligencia en prever las consecuencias de los propios hechos” (Opúsculo, “Culpa”⁸).

Es por ello que para Uribe los delitos calificados por el resultado no son una excepción al principio “no hay pena sin culpabilidad”, aduciendo a que si se reconoce la existencia de dolo en la figura básica también hay que aceptar la presencia de culpa

⁷ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal, Parte General, T.I*, op. cit., p. 326.

⁸URIBE A., Armando. *De los delitos calificados por el resultado*. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Santiago, Chile. Facultad de ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile, 1957, pp. 42 y ss. También sigue esta idea Eduardo Novoa (NOVOA M., Eduardo. *Curso de derecho penal chileno. Parte General, T.I*, 3° edición, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 557)

respecto al exceso o resultado excesivo, culpa que se justificaría en base a esta “previsibilidad del resultado”⁹.

Para Etcheberry no es aceptable el argumento de Uribe respecto a que la existencia de una “potencialidad de causación” sería suficiente para afirmar que siempre en estos casos habría al menos culpa respecto al resultado mayor producido, ya que para él la culpa no solo se integra de una previsibilidad objetiva (o causalidad) sino que también de una previsibilidad subjetiva del agente; de otro modo, habría que afirmar que siempre que hay causalidad habría culpa¹⁰.

Para este autor sí existe indudablemente en nuestro ordenamiento casos de delitos calificados por el resultado dando como ejemplos los arts. 141, 142 n° 1 (sustracción de menores durante la cual se cometen actos deshonestos con el menor), 150 (aplicación indebida de tormentos de lo que resulta muerte o lesiones) y otros.

Señala que acá a veces el resultado más grave habrá sido previsible, pero en otros no y aquí la penalidad sería totalmente rechazable pues violaría el principio “no hay pena sin culpa”, sin embargo, mientras no se modifique la ley, hay que admitir que todavía se aplica en estos casos de excepción¹¹.

Para Politoff, Matus y Ramírez, admitir estos casos como supuestos de delitos calificados por el resultado, excluyendo su vinculación subjetiva con el autor, implica una violación del principio de culpabilidad por lo que es necesario admitir una interpretación de dichos tipos que contemple dicha vinculación subjetiva del autor con los resultados que se prevén en la ley, o sea, que se reafirme el principio de que “solo se responde hasta donde abarque la culpabilidad¹².”

⁹URIBE A., Armando, op. cit., pp. 42 y ss.

¹⁰ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte General, T.I*, op. cit., p. 327 y ss.

¹¹ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte General, T.I*, op. cit., p. 327 y ss.

¹²POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de derecho penal chileno. Parte General*. Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 251 y 252.

2.2 *Versari in re illicita: Versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto* (al que se ocupa de cosas prohibidas se le imputa todo aquello que del delito resulta)¹³.

Son casos claros de responsabilidad objetiva, pues su fundamento es que “el que está en cosa ilícita debe responder de todas las consecuencias de lo que provoca”, lo que implica una ruptura más radical con el principio de culpabilidad, ya que su responsabilidad se basa netamente en el resultado final que esa conducta produce independiente de la intención.

No es necesario que esa “cosa ilícita” en la que se ve involucrado el sujeto sea la comisión misma de un delito ni tampoco es fundamental que el resultado producido haya sido previsible o un verdadero caso fortuito¹⁴.

Este principio fue desarrollado especialmente por los canonistas en relación con las irregularidades eclesíásticas y fundamentaban su justificación en el reproche: “si hubieras cumplido con tu deber este resultado no habría ocurrido.”

Especialmente a través de Covarrubias (que se inspiró en Santo Tomás de Aquino) se trató de buscar una vinculación subjetiva entre la actividad ilícita y el resultado acudiendo a teorías como las de la voluntad de peligro o *dolus indirectus*¹⁵. También se trató de demostrar que el resultado no podía ser absolutamente fortuito y que siempre existiría un factor de previsibilidad, de lo contrario se podría llegar a extremos absurdos.

En nuestro ordenamiento jurídico el *versari in re illicita* no tiene ninguna aplicación¹⁶.

¹³POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, op. cit., p. 249.

¹⁴ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte General, T.I*, op. cit., pp. 328 y ss.

¹⁵ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte General, T.I*, op. cit., pp. 328 y 329.

¹⁶ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte General, T.I*, op. cit., pp. 328 y ss. Respecto a los canonistas el autor cita a Pereda, S.J., Julia, *El versari in re illicita*, ed. Reus, Madrid, 1948, Bunster Marcela, *El versari in re illicita*, Ed. Universitaria, Santiago; Huerta Ferrer, op. cit., pp. 221 y ss.

Este principio ha desaparecido del derecho vigente, sin embargo hay que reconocer que los criterios en que se inspira suelen sobrevivir residualmente en la ley y en la praxis de los tribunales. Así, en el Derecho Inglés se encuentran aún huellas del *versari* como en el “caso Jarmain”, donde se lee: “El que con su revólver va a robar y tiene el arma bajo la nariz de su víctima, se hace culpable de asesinato aun si el disparo escapó por “equivocación” o “por casualidad¹⁷”.

3. ¿Cómo se castiga un delito preterintencional?

Como ya lo hemos señalado en los casos de delitos preterintencionales la variación del mal se traduce en que el hecho logra un resultado mayor que el querido por el agente, por ello la forma cómo castigar estos delitos no es pacífica y menos aún en nuestra legislación que no regula expresamente qué criterios seguir.

3.1 Delitos preterintencionales en la doctrina:

Principalmente la doctrina discute si en estos casos los jueces deberán atender a la intención que tenía el sujeto al momento de actuar, lo que se traduciría en castigar solo por el delito base cometido sin considerar el mayor resultado previsible pero no previsto (la intención era de lesionar no de matar) o si por el contrario, se deberá atender solo al resultado mayor producido, independientemente si esa era o no la intención, lo que nos llevaría a la otra figura que forma parte de la preterintencionalidad, esto es, a los delitos calificados por el resultado¹⁸.

Para algunos en estos casos concurre una especie particular de culpabilidad distinta del dolo y de la culpa que denominan preterintencionalidad.

Para otros, como Florián y Gómez, el delito preterintencional es una forma especial de delito doloso. La solución en estos casos es “atender a la intención,

¹⁷WEGNER, p. 135, citado por Sergio Politoff, Jean Pierre Matus, María Cecilia Ramírez, op. cit., p. 250.

¹⁸NAKANISHI C. Georgina, op. cit., p. 180.

sancionar por ello y además agravar la sanción en razón de la mayor consecuencia dañosa¹⁹.”

También hay quienes ven en los delitos preterintencionales un delito culposo calificado por un particular contenido doloso en la conducta causal del sujeto.

Para Alfredo Etcheberry en estos casos se debe sancionar como un concurso entre el delito base (el realizado con dolo) y el delito culposo producido (el que sobrepasa la intención del sujeto, pero que debió prever porque era previsible), en todos aquellos casos en que la pena sea superior a eso se estaría violando el principio “no hay pena sin culpa”, ya que la pena estaría sobrepasando la culpabilidad. Esto, salvo en los casos en que la propia ley les asigne alguna sanción especial, como sucede con el art. 343 del Código Penal, así, no se violaría el principio antedicho pues acá la pena resultaría proporcionada a la culpabilidad²⁰.

Los que se oponen a esta solución aducen a la contradicción que existe al admitir que al mismo tiempo concurren el dolo y la culpa, dos estados psicológicos totalmente distintos, frente a esto se ha señalado que en estos casos ambos estados recaen sobre “hechos distintos” y jamás en “un mismo hecho”²¹, así, Garrido Montt señala que “se trata de la valoración de 2 situaciones distintas: doloso es lo pretendido por el sujeto, y la culpa incide en la falta de cuidado que puso al ejecutar esa acción que se materializó en un resultado más grave. Por lo tanto no se apreciaría doblemente una misma situación, sino dos distintas, no habiendo por ello violación al principio *ne bis in idem*²².” Lo mismo piensa Novoa quien señala que hay que partir del supuesto de que del hecho cometido por el sujeto surgieron 2 resultados distintos, donde uno fue el querido por él y el otro no lo fue, y aunque ambos fueron causados por la misma

¹⁹NAKANISHI C. Georgina, op. cit., p. 180.

²⁰ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte General, T.I*, op. cit., p. 325 y ss.

²¹ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte General, T.I*, op. cit., p. 325. Novoa es también partidario de esta solución (NOVOA M., Eduardo. *Curso de derecho penal chileno. Parte General, T.I*, 3° edición, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2005, p.516 y ss).

²²GARRIDO M., Mario. *Derecho Penal, Parte General, T.II. Nociones fundamentales de la teoría del delito*. 4° edición, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 230 y ss.

persona, no existe inconveniente para que puedan dirigirse por disposiciones anímicas diversas, referidas a cada una de ellas²³.

Carrara también sigue esta idea, señalando que la figura preterintencional es “una forma mixta de dolo y culpa” admitiendo en todo momento un concurso ideal (conurrencia formal, lo llama él) de dolo y culpa²⁴. Además señala que cuando no existe relación de previsibilidad entre el hecho antecedente y el hecho consecuente, éste último no sería imputable, pues sería un caso fortuito.

En resumen, los más, entre ellos, Finzi como iniciador y luego Maggiore, Bethiol, Irureta Goyena y Jiménez de Asúa estiman que el delito preterintencional contiene, en lo subjetivo, esta mixtura de dolo y culpa y que ambas especies de culpabilidad no pierden en esta mezcla sus características propias como para dar origen a una tercera especie distinta a ellas. También para Novoa esta es la tesis acertada²⁵.

3.2. Delitos preterintencionales en la jurisprudencia:

Nuestra jurisprudencia al sancionar el delito preterintencional no es uniforme. En los casos de aborto preterintencional algunas veces sanciona solo el delito base (el de aborto) y en otros casos sanciona el delito base y su mayor consecuencia a título de cuasidelito de homicidio.

Respecto al homicidio preterintencional, se ha inferido por cierta jurisprudencia, que como el art. 391 CP no menciona la intención de matar, solo importaría el resultado, por lo tanto la misma pena debiera aplicarse tanto al que comete un

²³NOVOA M., Eduardo. *Curso de derecho penal chileno. Parte General, T.I*, 3° edición, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 517.

²⁴CARRARA, Francesco. *Programa del curso de derecho criminal, Apéndice: Opúsculos. “Sobre el caso fortuito”, “culpa”, “dolo”,* citado por Uribe Arce, Armando. *De los delitos calificados por el resultado*. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1957, p.56 y 57.

²⁵NOVOA M., Eduardo. *Curso de derecho penal chileno, Parte General, T.I*, op. cit., p. 516.

homicidio voluntario como al que comete uno preterintencional, pues la voz “voluntaria” que utiliza el art. 1 CP al definir delito, no comprendería la intención²⁶.

Así, en el caso en que “el agente en una pelea con la víctima la tira al suelo y le da puntapiés, a consecuencia de lo cual muere”, ha resuelto que “la muerte de una persona importa delito de homicidio cuando se ha establecido que existió entre la acción del agente y el efecto producido la necesaria relación o nexo de causalidad, no apareciendo que otros hechos excluyan la aludida relación²⁷.” Esto quiere decir que se considera al homicidio como un delito calificado por el resultado pues la base de la responsabilidad sería solo esta relación de causalidad, sin considerar ningún otro elemento más.

Para Georgina Nakanishi esta interpretación es inadmisibles, a menos que se presumiera de derecho la voluntariedad de la acción u omisión, pues solo así el homicidio se sancionaría en base al resultado. Sin embargo esta presunción es legal y por ende puede destruirse probando lo contrario. Además que no puede haber pena sin culpabilidad, “la intención de matar (*animus necandi*) es requisito esencial del delito de homicidio”. Por lo tanto, para la autora la ley presupone que el homicidio se cometió con intención de matar, pero admite que el autor pruebe lo contrario, así, la prueba de algo negativo (no intención de matar) debe traducirse en la prueba de algo positivo: la existencia de culpa (frente a lo cual habría un cuasidelito de homicidio) o de un caso fortuito (no hay delito), o que solo existió la intención de lesionar pero no de matar (la

²⁶NAKANISHI C., Georgina, op. cit., pp. 209 y ss. Frente a esto Jiménez de Asúa señala que “no solo la interpretación histórica, sino la sistemática, abonan la equiparación del dolo al término voluntario, aplicado a los actos por el Código Penal. En efecto... hay dos definiciones en nuestro texto codificado: la de los delitos dolosos y la de los culposos. Pues bien, al definir éstos, que se denominan “imprudencia temeraria”... se dice que los actos constitutivos de tal imprudencia, si *mediare malicia*, serían constitutivos de *delito*, con lo que se atribuye as éste el título malicioso o doloso, haciendo una tácita interpretación contextual del término *voluntario*, con que se califica a las acciones y omisiones en el art. 1º”. (Jiménez de Asúa, citado por Sergio POLITOFF, Jean Pierre MATUS, María Cecilia RAMÍREZ, EN: Lecciones de derecho penal chileno. Parte General. Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 247).

²⁷Juzgado de Ovalle. Sentencia 23 de septiembre 1943. Sentencia confirmada por la C de A de La Serena, sentencia 23 de febrero de 1944, Gaceta 1944, T. I, sentencia nº 25, p. 169. Citado por NAKANISHI EN: NAKANISHI C., Georgina, op. cit., p. 210.

regla general es que se sancione como un delito de lesiones y excepcionalmente como un cuasidelito de homicidio²⁸.)

En general la jurisprudencia ha seguido en materia de homicidio preterintencional las siguientes normas:

- Es errado afirmar que al delincuente que obró sin intención se aplique la pena asignada al homicidio voluntario, como es erróneo afirmar que se estime como igualmente peligroso a uno y otro delincuente²⁹.

- La regla general es que se sancione al homicidio preterintencional como delito de lesiones y excepcionalmente como cuasidelito de homicidio.

- Le da gran importancia a las concausas considerándolas como atenuantes y constitutivas de plena prueba de la falta de intención de matar³⁰.

3.3. Delitos preterintencionales en la legislación:

3.3.1 En la legislación nacional:

Nuestro Código Penal no menciona este delito y tampoco existen normas o principios que permitan resolver los problemas que surgen con esta figura jurídica, todo lo cual suscita toda clase de discusiones, jurisprudencia encontrada y dificultades. Para Novoa, a falta de disposición expresa que resuelva su tratamiento jurídico, lo más razonable es sancionarlo como un concurso según la regla del art. 75 Código Penal y en los casos en que la ley quiera dar una regla especial, la pena del delito preterintencional debe ser más grave que la que correspondería a la comisión dolosa del resultado propuesto, pero menor que la que habría de aplicarse por la intencional producción del resultado más grave³¹.

²⁸NAKANISHI C., Georgina, op. cit., p. 211.

²⁹Corte Suprema. Sentencia 22 octubre 1937. Gaceta, 1937, T.II, sentencia n° 126, p. 529.

³⁰NAKANISHI C., Georgina, op. cit., pp. 209 y ss.

³¹NOVOA M., Eduardo. *Curso de derecho penal chileno, Parte General, T.I*, op. cit., pp. 518 y ss.

No obstante, señala este autor, hay artículos en nuestro Código Penal donde se encuentran previstos hechos que corresponden a casos de delito preterintencional:

-Art. 343 (el que con violencia ocasionare un aborto, aun cuando no haya sido su propósito... siempre que el estado de embarazo sea notorio o le constare...)

Acá existe una acción voluntaria (dolosa) de la cual deriva el aborto, lo que el hechor no se propuso, pero que pudo prever como consecuencia de su ataque.

Existe homogeneidad de los bienes jurídicos afectados pues el acto inicial va dirigido contra la integridad corporal de la embarazada y de él resulta la destrucción del embrión o feto, que ella lleva en su seno, puesto que para este autor el delito de aborto debe ser considerado como un atentado contra la vida del germen humano.

Enrique Cury sostiene que el art. 343 es un caso de cuasidelito de aborto, opinión que Novoa no comparte³². Más adelante al tratar los casos concretos de delitos preterintencionales ahondaremos en esta discusión.

-Art. 479: castiga al que con la intención de quemar un objeto determinado le prende fuego, sin embargo el fuego se propaga (propagación que se podía prever) razón por la cual se queman otros objetos y la destrucción de ellos tiene mayor sanción.

Labatut cree que acá hay solo dolo directo, porque el resultado mayor “pudo y debió ser, necesariamente previsto”, Novoa entiende que el dolo no se caracteriza por la posibilidad de prever el resultado, sino que debe existir una previsión real y efectiva del hecho por el sujeto, la que en este caso ha sido descartada por ley, puesto que el hechor solo está buscando el resultado menor (podría excepcionalmente admitirse dolo eventual respecto del resultado más grave, pero la aplicación más frecuente de este artículo es de delito preterintencional³³.)

³²NOVOA M., Eduardo. *Curso de derecho penal chileno, Parte General, T.I*, op. cit., pp. 518 y ss. Sobre los argumentos en que funda esta afirmación, CURY, Enrique. *Interpretación del art. 343 del Código Penal en R.C.P, T. XVII*, n° 3, 1958, pp. 86 y ss

³³NOVOA M., Eduardo. *Curso de derecho penal chileno, Parte General, T.I*, op. cit., pp. 518 y ss.

Para Novoa estos artículos son una demostración de que nuestro ordenamiento acepta la combinación en una sola conducta, que abarca 2 ó más resultados, del dolo y la culpa, por lo cual corresponde entonces aplicar el art. 75 pues éste se pone en el caso de un hecho que constituye 2 ó más delitos, señalando que no habría inconveniente para que pueda superponerse en una misma conducta tipos dolosos y culposos, siguiendo así la teoría de la mixtura de que habló Finzi³⁴.

Por su parte, Carmen Velasco opina que la preterintencionalidad no tiene cabida dentro de la parte general de nuestro Código, lo que no obsta a que se pueden dar perfectamente algunos casos en la parte especial. Ella habla de las hipótesis de preterintención puras, clasificando ésta en perfectas e imperfectas:

Las “hipótesis de preterintención pura” son aquellos casos en que el resultado que excedió la intención del sujeto es un resultado que por sí solo se encuadra dentro de un tipo penal específico, el cual podría eventualmente considerarse para sancionar al sujeto, siempre y cuando ese resultado haya sido querido por él, sin embargo, la pena intermedia de la figura preterintencional (delito base más exceso no querido) nos muestra que este exceso se debe a culpa. Menciona entre los casos de “preterintención puras perfectas”, que se encuentran en nuestro Código Penal, por ejemplo al art. 348 del Código Penal (abandono de un niño al que se le siguen su muerte o lesiones), ya que el delito base (abandono) y el exceso en el resultado (lesiones o muerte) se han fundido formando una figura independiente, lo que significa también una independencia en su penalidad. Nuestro Código considera en estos casos siempre “el mayor evento” como preterintencional, pues las penas que señala para estos casos son siempre inferiores a las penas que corresponderían si el resultado hubiera sido querido. Esto permite concluir que en este exceso necesariamente existe culpa, por lo tanto, para Velasco (al igual que para Novoa), nuestro Código acoge como naturaleza jurídica de la preterintención la teoría que ve en ella una mixtura de dolo y culpa³⁵.

³⁴NOVOA M., Eduardo. *Curso de derecho penal chileno, Parte General, T.I*, op. cit., pp. 518 y ss.

³⁵VELASCO B., Carmen, op. cit., p. 18 y pp. 80 y ss.

Por otra parte, señala como un caso de “preterintención pura imperfecta” el art. 343 Código Penal (aborto provocado por violencias ejercidas en una mujer embarazada), pues acá el delito base (lesiones) y la agravación en el resultado (aborto) no se funden en una nueva y diferenciada figura, sin embargo para que exista el aborto preterintencional es necesario relacionarlo con las violencias consideradas como lesiones dolosas, o sea se debe agregar al delito doloso de lesiones el cuasidelito de aborto.

Lo que se castiga aquí es la imprudencia del hechor, que actúa a pesar de conocer el estado de embarazo de la mujer. Y el castigo que se dé a las figuras preterintencionales debe ser menor que aquél que corresponde al resultado dolosamente buscado, pero tampoco puede ser menor del que merece el delito base. Por lo tanto, si no relacionáramos el art. 343 con las lesiones dolosas llegaríamos al absurdo de que si a la lesión de una mujer embarazada no se siguiera un aborto, se penaría más severamente que en el caso de que dicho aborto se produjera, no obstante que en este caso habría un resultado más grave.

Para la autora este sistema de sanción señalado por el art. 343 (sumar la pena del delito base con la del cuasidelito) debe ser el aplicable a todas aquellas hipótesis de preterintención que no se encuentran tipificadas en nuestro Código³⁶.

Como podemos ver todas estas soluciones a las que se han arribado respecto de los delitos preterintencionales solo son obra de conclusiones sacadas por nuestra doctrina, ya que como dijimos, nuestro Código Penal no trata este delito como tal ni tampoco establece su regulación.

3.3.2 En la legislación extranjera:

A diferencia de nuestra legislación, otras legislaciones sí tratan expresamente los delitos preterintencionales, así, por ejemplo, el artículo 43 del Código Penal Italiano

³⁶VELASCO B., Carmen, op. cit., pp. 80 y ss.

declara que hay delito preterintencional “cuando de la acción u omisión se deriva algún resultado dañoso o peligroso, más grave que el deseado por el agente³⁷.”

Para Georgina Nakanishi entre los sistemas seguidos por los Códigos Penales, el mejor es el que sigue el Código Noruego que define la preterintencionalidad en la parte general y en la parte especial contempla sus figuras principales. De este modo, en el art. 18 define el hecho como ultraintencional “cuando el resultado excede de la intención, siempre que tal resultado haya podido ser previsto”, y en el art. 319 señala que “si del hecho se derivare la muerte de la persona agredida o una lesión más grave que la que se pretendía inferir, la pena será la de homicidio o lesión disminuida de un tercio a la mitad³⁸.”

En otras legislaciones se les da un tratamiento distinto, como en varios Códigos latinoamericanos que utilizan la preterintencionalidad como una circunstancia atenuante entendiendo ésta por el hecho de “no haber tenido el delincuente intención de producir tanto mal como el que produjo”, por lo que el delito preterintencional se sancionaría en base al resultado que se produjo a título doloso, pero se aplicaría dicha atenuante para así reducir la severidad de la pena. Esta atenuante la contenía el antiguo Código Penal Español en su art. 9 N° 4, pero finalmente fue eliminada por el Código Penal de 1995. Para entender esto, es necesario hacer un poco de historia y señalar que en España el tratamiento penal de la preterintencionalidad hasta antes de la reforma del ACP de 1983 se sometía al principio de la responsabilidad objetiva, por lo tanto el autor respondería a título de dolo por algo que había causado sin quererlo (dolo más culpa) y quizás, incluso, sin saberlo prever (dolo más caso fortuito), en ambos casos respondería el autor a título de dolo aun cuando, aplicando determinadas reglas se redujera la pena³⁹.

³⁷NOVOA M., Eduardo. *Curso de derecho penal chileno, Parte general, T.I*, op. cit., p. 517 y 518.

³⁸NAKANISHI C., Georgina, op. cit., pp. 209 y ss.

³⁹QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Curso de Derecho Penal. Parte General (acorde con el nuevo Código Penal de 1995)*. Barcelona. Cedecs Editorial S.L. 1996, p. 295.

Pero el ACP fue profundamente modificado en esta materia a partir de 1983. El art. 1.3 ACP, antes de la reforma decía:

“El que cometiere voluntariamente un delito o falta incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal causado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar.”

Y el art. 50 ACP, antes de la reforma señalaba: “En los casos en que el delito ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar el culpable, se impondrá a éste la pena correspondiente al delito de menor gravedad en su grado máximo.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no tendrá lugar cuando los actos ejecutados por el culpable constituyeran tentativa o frustración de otro hecho si la ley castigare estos actos con mayor pena, en cuyo caso se impondrá la correspondiente a la tentativa o al delito frustrado^{40 41}.”

Respecto a la calificación actual de los hechos preterintencionales, Quintero Olivares señala que la estructura fáctica de éstos es una combinación de hechos o bien un hecho, como tal, objetivamente único, ligado por la causalidad, “pero en el que

⁴⁰QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, op. cit., p. 295.

⁴¹Existía en doctrina una discusión para delimitar la esfera de aplicación de ambos artículos, prevaleciendo en esto la interpretación de Silvela (SILVELA, *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España, II*. Madrid, 1879, p. 137. Citado por CEREZO MIR, JOSÉ. *Problemas fundamentales del derecho penal*. España. Editorial Tecnos S.A. 1982, pp. 61 y ss.) Silvela señalaba que la atenuante se aplicaba cuando el mal causado por el agente es mayor que el que se había propuesto causar, pero el delito ejecutado es el mismo que se había propuesto cometer. Y el artículo 50 se aplicaría cuando el delito correspondiente al resultado causado y el que se había propuesto ejecutar el autor sean distintos. Así por ejemplo, la atenuante se aplica cuando las lesiones causadas eran más graves que las que se había propuesto ejecutar, y el art. 50, cuando, queriendo el autor causar lesiones, produce involuntariamente la muerte de la víctima. O sea, el campo de aplicación del artículo 9 se reduce a los delitos cuyos resultados sean susceptibles de graduación.

Sin embargo, Cerezo Mir destaca que el TS no aceptaba esta interpretación, pues señalaba que en los delitos contra las personas, el art. 50 debía aplicarse solo en los casos en que el sujeto pasivo era una persona distinta de la que quiso lesionar el culpable (error in persona, aberratio ictus) y en los demás casos podía aplicarse la atenuante de preterintencionalidad. En esta misma línea, señalaba Cuello Calón que, si el mal recae sobre la misma persona a quien se quiso agraviar, aun cuando el resultado constituya un delito distinto del propuesto por el culpable, el hecho constituirá el delito integrado por el resultado no querido “de acuerdo con la norma del párrafo final del art. 1º y con la máxima de derecho “ el que es causa de la causa es causa del mal causado”, con estimación de la atenuante 4º del art. 9. Señalaba que es también preciso que el resultado más grave no sea previsible. Así, indica Cuello Calón, el TS ha declarado culpable de homicidio, estimando la atenuante, al que sin ánimo de matar, golpea o maltrata a una persona causando su muerte (1894, 28 de marzo 1917, 5 de enero 1944, 27 de junio 1953, 8 noviembre 1957. Citado por CUELLO CALÓN, EUGENIO. *Derecho Penal. Parte General. I, Vol. Primero*. Barcelona. Bosch, Casa Editorial S.A. 1980, p. 486 y ss.)

se puede trazar una división entre la parte del mismo que el autor conoció y quiso y aquella otra que no previó, aunque hubiera podido y debido preverla, o bien que ni siquiera era previsible para nadie.” Este es el planteamiento fáctico al que hay que dar la respuesta legal adecuada en el derecho positivo (CP de 1995).

Así, el Código Penal de 1995 eliminó la atenuante del artículo 9 N° 4 del ACP que, a juicio del autor, solo había creado trastornos interpretativos, pues daba una imagen de reconocimiento legal de la vieja solución objetivista de la preterintencionalidad.

Por lo tanto este autor también soluciona los casos de preterintencionalidad siguiendo la teoría de la mixtura, pues entiende que existiría un concurso de delitos entre el comportamiento doloso inicial del sujeto y el resultado excesivo el cual supone fue cometido imprudentemente, ya que lo debió prever, a menos que haya sido totalmente imprevisible, caso en el cual dicho resultado se considerará fortuito y por ende no podrá generar ningún tipo de responsabilidad.⁴²

Nuestro Código jamás aceptó la atenuante mencionada, señalándose en la sesión 8va de la Comisión redactora como razones la dificultad de determinar la verdadera intención del delincuente, aunque de todos modos a éste debería corresponder la prueba de su intención y por las muchas dificultades prácticas que traería es que finalmente se decidió suprimir⁴³.

Para Carmen Velasco en la práctica no es aconsejable solucionar este problema estableciéndose una atenuante, ya que nuestro sistema de aplicación de penas traería como resultado que de todas formas se castigue más por el delito realmente ocasionado que por el delito intentado, ya que al momento en que dicha atenuante se aplique se tendrá como base la pena señalada para el delito efectivamente causado, o sea, el delito en que se materializa el resultado más grave, lo que en ningún caso

⁴²QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, op. cit., pp. 295 y ss.

⁴³ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte General*, T.I, op. cit., p. 25.

lograría el objetivo de la preterintención de castigar más por el delito intentado y menos por el realmente ocasionado⁴⁴.

Para ella la preterintención puede regularse en los Códigos penales de 3 formas: como una atenuante, como una tercera forma de culpabilidad (Código de Italia y de Uruguay, solución que nuestro Código no sigue pues esta posición es nueva y solo tiene cabida en los cuerpos legales más modernos), o acogida en las disposiciones referentes al concurso ideal⁴⁵.

4. Elementos del delito preterintencional.

4.1. Elementos externos:

4.1.1 Delito base: (delito principal, delito menor, primer delito.)

Es diferente en cada figura preterintencional y debe reunir todos los requisitos específicos que señala la ley. Así, en el homicidio preterintencional, el delito base está constituido por el delito de lesiones, sin atender a su gravedad; en el delito de lesiones preterintencionales, está representado por uno de lesiones de menos gravedad, en el aborto preterintencional, por un delito de lesiones; en el aborto seguido de muerte, por el delito de aborto, etc.

⁴⁴VELASCO B., Carmen, op. cit., p.10

⁴⁵VELASCO B., Carmen, op. cit., p.10

Lo esencial es que el hecho sea cometido con dolo. No puede hablarse de cuasidelito preterintencional porque en el cuasidelito no se quiere ni aun el resultado menor producido⁴⁶.

Se ha discutido si la preterintención puede presentarse en todos los delitos o solo en algunos. En general, por imposibilidad o incompatibilidad con su naturaleza solo se presenta en algunos casos de infracciones contra las cosas y en la mayor parte de los delitos contra la vida e o integridad personal⁴⁷.

También se ha discutido si es o no necesario que los bienes jurídicos afectados por el delito base y por la mayor consecuencia dañosa sean de la misma naturaleza. Esta discusión es muy importante ya que autores como Carmen Velasco señalan que existen casos que a primera vista parecen tratarse de figuras preterintencionales, sin embargo solo se tratan de figuras culposas, y para saber diferenciar una figura de otra es esencial considerar que para que exista preterintención es necesario que la agravación en el resultado se proyecte sobre bienes de igual o análoga naturaleza jurídica. Así, si al cuasidelito de aborto lo referimos a las lesiones siempre estamos actuando sobre bienes jurídicos análogos y de orden individual, privado: integridad corporal y vida⁴⁸.

Siguiendo la misma línea, Garrido Montt señala que todo resultado de mayor gravedad debe recaer sobre un bien jurídico único para ambas figuras o en otro de naturaleza análoga. El segundo resultado debe emerger como consecuencia de una misma cadena causal⁴⁹.

Por ello, dice Cousiño⁵⁰, “no hay delito preterintencional en el que lanza una piedra para destruir una vitrina, pero hiere a un transeúnte, en este caso hay concurso entre tentativa de delito de daños doloso y consumado de lesiones culposo”.

⁴⁶NAKANISHI C., Georgina, op. cit., p. 184.

⁴⁷NAHANISHI C., Georgina, op. cit., p. 180.

⁴⁸VELASCO B., Carmen, op. cit., pp. 18 y ss., y pp. 80 y ss.

⁴⁹GARRIDO M., Mario. *Derecho Penal, Parte General, T. II*, op. cit., p. 229.

⁵⁰COUSIÑO M., Luis. *Derecho Penal Chileno, Parte General, T.I.* Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1975, pp. 554 y 555.

Concuerda con esto el autor argentino Eusebio Gómez, pues opina que “no existe delito preterintencional cuando el resultado producido afecta un interés objetivo de naturaleza distinta de aquél que se quería dañar, y da como ejemplo el caso el individuo que queriendo dañar un objeto material, lanza una sustancia corrosiva que cae sobre una persona, señalando que en este caso la lesión producida constituiría un cuasidelito y no tendría cabida la preterintención⁵¹.”

Pero también hay autores que opinan lo contrario, como el cubano Evelio Tabío quien señala que “hay preterintención en el acto del individuo que queriendo lesionar el patrimonio material ajeno, un bien mueble, por ejemplo hiere o mata a una persona⁵².” Sin embargo acá no existe preterintención pues falta en el agente el ánimo inicial de dañar a la persona.

4.1.2 Un resultado preterintencional:

También es diferente en cada figura preterintencional. En general es un hecho previsto por la ley como delito, es decir que si hubiera sido ejecutado voluntariamente constituiría un delito⁵³. Para la mayoría de los autores (como ya lo vimos anteriormente) respecto de este resultado preterintencional debe existir culpa.

4.1.3 Relación de causalidad:

El delito base y el resultado preterintencional deben estar en relación de causa a efecto, o sea que el resultado preterintencional surja de una subsistencia de la misma cadena causal que originó el delito base y también deben constituir lesión de un mismo bien jurídico o de bienes jurídicos de la misma naturaleza⁵⁴.

⁵¹GÓMEZ, Eusebio. *Tratado de derecho penal*, T.II, Buenos Aires. Editorial Ediar –Bs As, 1939, p. 444.

⁵²TABÍO, Evelio. *Temas de derecho penal*. La Habana. J. Montero, editor, 1945, p. 58.

⁵³NAKANISHI C., op. cit., p. 184.

⁵⁴NOVOA M., Eduardo. *Curso de derecho penal, Parte General, T.I*, op. cit., p. 517 y 518. Para ahondar más sobre este tema es muy útil lo señalado al respecto por Nakanishi Campos, Georgina, op. cit., pp. 185 a 191.

4.2. Elemento interno:

4.2.1 La culpabilidad:

Novoa señala que la base de la culpabilidad se resume en que todo sujeto tiene el “deber” de evitar el acto injusto (pues así lo exige el ordenamiento jurídico y el sujeto lo conoce) y en “poder” abstenerse de él (proviene de la autonomía de la voluntad del sujeto, por ende no deben existir circunstancias especiales que limiten su libertad de decidir. De esta posibilidad de evitación proviene que el derecho le pueda exigir una conducta diversa⁵⁵).

Las reglas jurídicas aplicadas por muchos pueblos primitivos e incluso por naciones más evolucionadas, admitían la pena aun cuando no concurriera el elemento subjetivo en el individuo, sin embargo en la actualidad el elemento subjetivo ha adquirido mucha importancia, tanto teórica como práctica y es por ello que hoy se afirma que “no hay pena sin culpabilidad⁵⁶,” (no obstante las excepciones ha este principio que ya estudiamos anteriormente).

Respecto de la culpabilidad históricamente han existido 2 teorías:

-Teoría psicológica: La culpabilidad consiste en relación subjetiva que vincula la psiquis del sujeto con el hecho. Comprobado el nexo psicológico entre la mente del sujeto y el hecho por él realizado, en forma que haya existido dolo o culpa, procede declarar sin más el elemento subjetivo^{57 58}.

- Teoría normativa: No basta con afirmar la vinculación psicológica entre el sujeto y su acto (dolo o culpa) sino que es preciso indagar los motivos que llevaron al sujeto a realizar el acto analizando todas las circunstancias del caso. En suma, además del vínculo psicológico, para pronunciar el juicio de culpabilidad se requiere que la

⁵⁵NOVOA M., Eduardo. *Curso de derecho penal, Parte General, T.I*, op. cit., pp. 404 y ss.

⁵⁶NOVOA M., Eduardo. *Curso de derecho penal, Parte General, T.I*, op. cit., pp. 405 y ss.

⁵⁷NOVOA M., Eduardo. *Curso de derecho penal, Parte General, T.I*, op. cit., pp. 411 y ss.

⁵⁸Esta teoría fue sustentada inicialmente por Von Liszt y es la que imperó entre los clásicos que tendían asimilar la responsabilidad jurídica a la responsabilidad moral y es la que prevalece en los países latinos. Recientemente la defiende Soler, pero reestructurada.

conducta conforme a derecho se le haya podido “exigir” al sujeto que obró. La culpabilidad viene en último término a ser la “reprochabilidad” de una conducta antijurídica, dada sobre 3 factores:

- Imputabilidad (capacidad penal)

- Vínculo psicológico (dolo o culpa): Es la voluntad lo que caracteriza al dolo y lo diferencia de la culpa; el sujeto que actúa con culpa no ha querido el resultado dañoso producido, pero puede haberlo previsto, pues se puede prever un evento sin quererlo, presentándose así la culpa con representación o previsión. No es entonces, la previsión lo que separa el dolo de la culpa, sino la voluntariedad.

- Motivación normal (exigibilidad) ⁵⁹ ⁶⁰.

De todos estos elementos de la culpabilidad, el que a nosotros nos interesa para estudiar los delitos preterintencionales es el elemento subjetivo, toda vez que, como ya lo hemos señalado, ningún delito puede sancionarse sin que medie dolo o culpa de parte del hechor. Es por ello que, sea cual sea la posición que se sigue para sancionar esta clase de delitos, es necesario considerar que todas coinciden en que la base para su sanción es que exista este elemento subjetivo, existiendo solo divergencia respecto de cuál de ellos (dolo, culpa o ambos) es el que concurre en estos delitos.

Así, es importante considerar que todo delito que se sancione sin la existencia de este elemento subjetivo, es un delito que se sanciona en base a una responsabilidad objetiva, lo que claramente va en contra del principio de culpabilidad.

5. Prueba de la preterintención.

5.1. Previsibilidad y previsión:

Estos elementos son importantes para establecer si el resultado mayor producido en un delito preterintencional era o no previsible, y si siéndolo fue o no previsto por su

⁵⁹ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal, Parte General, T.I*, op. cit., pp. 271 y ss.

⁶⁰Para los finalistas como Welzel y Maurach el dolo y la culpa quedarían excluidos de la culpabilidad, ya que formarían parte del tipo, por lo tanto la culpabilidad se valoraría sobre la base de 3 elementos: Imputabilidad, Conciencia de la antijuridicidad, Motivación normal o exigibilidad.

autor. Como podemos ver ambos conceptos son distintos, aunque derivados: así, un resultado es “previsible” cuando existe posibilidad de prever por el agente; y un resultado ha sido “previsto” cuando, siendo previsible, el agente efectivamente lo prevé en el momento de actuar.

Por lo tanto, la previsión supone necesariamente previsibilidad.

Para Georgina Nakanishi la previsibilidad debe establecerse siguiendo criterios objetivos y la previsión siguiendo criterios subjetivos. Así, la previsibilidad del resultado se puede determinar por ejemplo atendiendo al nexo de causalidad y al medio empleado y la previsión se determinará apreciando la personalidad del sujeto, su estado psíquico, etc., por lo tanto su concurrencia dará lugar a la formación del dolo o la culpa. Como no es fácil penetrar en el ánimo del sujeto es necesario conjuntamente considerar el hecho y las circunstancias en que obró.

Es importante tener claro que lo fácil de la previsibilidad no necesariamente significa que el hecho haya sido previsto por el sujeto, ya que perfectamente el sujeto puede probar lo contrario⁶¹.

Sigue esta misma idea de los criterios objetivos y subjetivos Labatut, indicando que desde un punto de vista objetivo hay que seguir lo que dice Pessina quien señala que “las consecuencias ordinarias y directas de nuestras acciones son siempre previsible, y que no lo son aquellas que se apartan del curso regular de los hechos y surgen por la concurrencia de otras causas.”⁶²

Sin embargo el mismo autor reconoce que seguir solo este criterio no es suficiente y sostiene la necesidad de tener en cuenta, además, las circunstancias subjetivas que concurren en cada caso: las condiciones intelectuales y culturales del sujeto, su capacidad de reacción, su edad, su patrimonio de experiencias adquiridas en la vida y demás condiciones personales, entre ellas ciertos defectos físicos, como la miopía y la sordera. En resumen, se debe apreciar cada caso en particular⁶³.

⁶¹NAKANISHI C., Georgina, op. cit., pp. 213 y ss.

⁶²LABATUT G., Gustavo, *Derecho Penal, T.I.* 9° edición actualizada por el profesor Julio Zenteno Vargas, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2005, p.125.

⁶³LABATUT G., Gustavo, *Derecho Penal, T.I, op. cit.*, p.125.

5.2. El medio empleado:

Este elemento nos puede servir de indicativo para determinar el verdadero ánimo del sujeto, pero entendiendo que solo nos servirá de base, pero jamás nos dará una certeza total. Esto, pues hay casos en que el medio puede ser muy adecuado para producir el resultado mayor y sin embargo el agente no lo ha previsto (si el sujeto emplea un arma de fuego en contra de su víctima claramente la muerte de ésta pudo ser previsible, pero es perfectamente posible que el sujeto no haya querido ni previsto dicho resultado, ya que puede ser que el sujeto disparó totalmente a ciegas) o pueden haber casos en que el medio utilizado haya sido relativamente inadecuado, sin embargo esto tampoco va a descartar por sí sola la previsión (el sujeto para producir la muerte utiliza un cortaplumas, donde perfectamente los golpes pudieron ser dirigidos a propósito a partes vitales.)

En base a lo que señala el art. 1° inciso 2° del Código Penal: “Las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario”, se puede deducir que la regla general es que el resultado haya sido querido y previsto, pero como esta es una presunción legal se puede demostrar lo contrario por el sujeto⁶⁴.

Existe una discusión respecto de la expresión “voluntaria” que utiliza este art. 1° en su inciso 2°, en cuanto a si dicha expresión comprende o no el elemento intención; al respecto, algunos creen que el término “voluntaria” es sinónimo de dolo, y señalan que una vez establecida la voluntariedad del acto también quedaría establecida la del resultado. Por su parte, otros creen que la voluntad se refiere solo a la acción y no al resultado, por lo que el resultado puede o no ser intencional.

Frente a esto, la jurisprudencia ha aceptado ambas teorías; en algunos casos ha establecido que la presunción legal constituye la regla, estableciendo para todos los casos la voluntariedad plena, tanto del acto como del resultado, por lo que correspondería al agente desvirtuar dicha presunción⁶⁵. En otros casos ha señalado

⁶⁴NAKANISHI, op., cit., p. 215 y ss.

⁶⁵Corte Suprema, Sentencia 14 de enero 1942. Gaceta 1942, T.I. sentencia n° 21, p. 165.

que la presunción del art. 1° solo se refiere a la voluntariedad de la acción u omisión, pero no respecto a la previsión del resultado de dicha acción u omisión^{66 67}.

En cuanto a la prueba de la previsión del mayor resultado la jurisprudencia ha tomado en cuenta no solo como indicativo el medio empleado por el sujeto sino que también ha tomado en cuenta otros factores señalados por la doctrina, entre ellos Carrara, quien ha nombrado como criterios útiles los siguientes: la índole del acusado, sus anteriores manifestaciones de ánimo, la causa que tuvo para cometer el delito (siempre se ha considerado como de suma influencia el estado precedente de los ánimos, o sea, la amistad o enemistad entre el homicida y su víctima), la naturaleza de las armas empleadas, el número y dirección de los golpes o tiros, cuando esa dirección fue dependiente de la voluntad⁶⁸.

Señala Carrara que “la afirmación del sujeto de no haber querido ni previsto el exceso en el resultado, puede hacerla, tanto el que empleó contra su enemigo arma de fuego o arma blanca, como el que le dio un puñetazo. Pero, teniendo en cuenta que, con dificultad se admitirá que quien le dio una puñalada a su enemigo en parte noble del cuerpo, no haya previsto la muerte que ha ocasionado, pues, en el orden natural de las cosas, es muy estrecho el nexo entre esa puñalada y la muerte. De modo que el juez podrá decirle al reo: “te concedo que no hayas querido dar muerte, pero estoy cierto que previste que podías darla, y como, a pesar de esa previsión actual, quisiste obrar de esa manera, te considero responsable del efecto producido por tu mano, como querido por ti”. Pero cuando tal afirmación se hace respecto al hombre que dio muerte de un puñetazo, entonces el juez no podrá estar igualmente cierto del concurso actual de esa previsión, pues es muy frecuente que con esos medios se produzca levísimo daño, y es muy fácil que el que los haya empleado no haya previsto realmente la posibilidad de dar muerte; por esto, en tales circunstancias no es posible impugnar inflexiblemente dicha afirmación, ni dejar de tenerla en cuenta⁶⁹.”

⁶⁶Corte de Apelaciones de Talca. Sentencia 25 de junio 1935. Gaceta 1935, T.I, Sentencia n° 94, p.464).

⁶⁷NAKANISHI, op. cit., pp. 216 y ss.

⁶⁸CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Parte especial, Vol. I.* 4° edición revisada. Colombia, Editorial Temis Librería, Bogotá-Colombia, 1979, p. 88 y 89 parágrafo 1104.

⁶⁹CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Parte especial, Vol. I.* 4° edición revisada. Colombia, Editorial Temis Librería, Bogotá-Colombia, 1979, p. 90, parágrafo 1105.

5.3. Las concausas:

Este es un factor que la jurisprudencia ha tomado en consideración con el fin de probar el elemento subjetivo, por ello ha considerado muy importante para estos efectos tanto a las concausas preexistentes desconocidas del hechor como a las sobrevinientes independientes de su hecho. Así, ha establecido en varias sentencias que la muerte es imprevisible cuando tales concausas concurren, imprevisibilidad que es más evidente cuando el reo es analfabeto o gañán⁷⁰.

Sin embargo, se debe tener claro que las concausas solo nos sirven para indagar cuál era la verdadera intención del sujeto y si hubo o no previsión, por lo que su concurrencia no probaría por sí sola la falta de dolo, ya que perfectamente puede existir intención del sujeto de cometer un delito y al mismo tiempo concurrir una concausa⁷¹.

⁷⁰Corte de Apelaciones de Talca. Sentencia 25 de junio 1935. Gaceta 1935, T.I, Sentencia n° 94, p.464.

⁷¹NAKANISHI C., Georgina, op. cit., pp. 215 y ss.

CAPÍTULO II: PRINCIPALES DELITOS PRETERINTENCIONALES

En este capítulo analizaremos detalladamente cada uno de los casos más comunes de delitos preterintencionales que conocemos, junto a lo cual señalaremos las soluciones doctrinarias, jurisprudenciales y legislativas que se han dado a cada uno de ellos.

Ninguna de estas figuras se tipifican en nuestro Código Penal, (no obstante el art. 343 del Código Penal que regula el aborto preterintencional, aunque no lo mencione expresamente como tal) pues, como ya señaláramos anteriormente, los delitos preterintencionales, en general, no son regulados por nuestra legislación, todo lo cual no excluye admitir su existencia.

En resumen, los delitos preterintencionales que veremos a continuación son:

- Homicidio preterintencional
- Lesiones preterintencionales
- Aborto preterintencional
- Aborto seguido de muerte de la mujer embarazada

1. Homicidio preterintencional:

Se produce cuando el sujeto activo realiza una acción con la sola intención de lesionar a la víctima, sin embargo el resultado de esa acción excede su intención pues termina en la muerte de la víctima, estando ésta causalmente relacionada con aquella. La preterintención supone que el sujeto (siendo la muerte previsible) no haya querido matar, sino solo lesionar. Dicho resultado fatal debió ser previsible por el sujeto, de lo contrario estaríamos frente a un caso fortuito y por ende la inexistencia de un delito de homicidio.

Nuestra jurisprudencia reconoce la existencia del homicidio preterintencional como también la importancia para que ésta se configure que el resultado final haya sido previsible y previsto por el autor. Así, por ejemplo en el caso en que una persona empuja a otra, que se encuentra en estado de ebriedad, empujón producto de lo cual

esta persona fallece (además del hecho de que la víctima sufrió un ataque de epilepsia por padecer esta enfermedad), la Corte Suprema ha resuelto, vía recurso de casación en el fondo, la no configuración del homicidio preterintencional pues “el resultado letal fue imprevisible para el autor y, por ende, tampoco, puede imputársele a título de culpa para apreciar el respectivo cuasidelito de homicidio, lo cual, a su vez, fuerza a desestimar la mentada preterintencionalidad...⁷²” Por lo tanto en este caso no se le imputa al autor el delito de homicidio, ni como preterintencional ni como cuasidelito, al no existir, respecto del autor, ni siquiera culpa en el resultado de muerte.

Han existido otras sentencias donde también se ha resuelto la inexistencia del homicidio preterintencional, pero sí de homicidio culposo, así por ejemplo tenemos el caso del “participante de una riña, con intervención de otros individuos, que propinó a la víctima un violento puntapié en el pecho, lanzándolo sobre el pavimento de la calzada, donde se golpeó la cabeza, sufriendo una lesión mortal, se ha resuelto por nuestra jurisprudencia que es improbable que el sujeto se haya podido representar el resultado de muerte como probable, lo que excluye su dolo directo o eventual en dicho resultado. Tal conducta, ejecutada empero con imprudencia temeraria, debe calificarse como cuasidelito de homicidio⁷³.”

Y por último también han existido fallos donde se ha resuelto la inexistencia del homicidio preterintencional, sancionando por delito de homicidio al existir circunstancias que permiten demostrar que el autor se pudo representar las consecuencias de su acción existiendo de parte de él dolo de matar y no de lesionar. Un ejemplo de este tipo lo encontramos en una sentencia resuelta por la Corte Suprema, vía recurso de casación en el fondo el cual fue rechazado pues se señaló que “no puede calificarse la conducta del procesado como delito preterintencional por cuanto de los antecedentes de autos aparece que su voluntad homicida se exteriorizó en forma manifiesta ya que golpeó a la víctima (de 60 años de edad) con inusitada violencia, repetidamente hasta dejarlo inconsciente y con traumatismo

⁷²Corte Suprema, Recurso de Casación de oficio, 27 de enero de 1998, GT 211, p. 124.

⁷³Corte de Apelaciones de Santiago, Consulta, 18 de octubre de 1999, GT 232, p. 167.

craneoencefálico.”, por tanto se confirma la sentencia de segunda instancia (que confirma a la primera) sancionándose como autor de delito de homicidio⁷⁴.

Carrara señala que el homicidio preterintencional forma parte de la familia de los homicidios dolosos, puesto que presupone necesariamente el ánimo de causar daño a la persona a quien se le ha dado muerte; pero también hay que considerar que la muerte provocada no fue voluntaria ni prevista, aunque hubiera podido preverse; y esto lo distingue del homicidio por dolo indeterminado (pues falta la previsión del exceso) y hace de él una especie intermedia entre los homicidios completamente dolosos y los simplemente culposos.

Representaría el grado máximo de la culpa informada por dolo, y un grado inferior al dolo indeterminado⁷⁵.

1.1. Posturas existentes para solucionar el homicidio preterintencional:

En ausencia de una solución de texto para estos casos, la doctrina ha propuesto diversas fórmulas:

a) Combinación de dolo y culpa: Textualmente expresa Carrara que en la preterintención “se mezcla el dolo y la culpa: dolo en cuanto al antecedente previsto, culpa en cuanto al consecuente no previsto⁷⁶.”

Jiménez de Asúa sigue la misma idea: “No nos cabe duda alguna de que la *praeterintencionem* es un caso mixto de dolo y culpa. Dolo en cuanto al hecho lesivo que se pretende realizar con intención (*minus delictum*) y culpa en orden al resultado más grave que se produce (*majus delictum*). Imputar éste por el mero resultado sería caer en la superada fórmula de la responsabilidad objetiva⁷⁷.”

En nuestro país son variados los autores que siguen esta tesis de la mixtura.

⁷⁴Corte Suprema, Recurso de Casación en el fondo, 30 de septiembre de 1997, GT 207, p. 131.

⁷⁵CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Parte especial, Vol. I.* 4ª edición revisada. Colombia, Editorial Temis Librería, Bogotá-Colombia, 1979, p. 67, parágrafo 1094, p. 83 y 84, parágrafo 1101.

⁷⁶CARRARA, Francesco, *Opúsculo sobre el caso fortuito*, p. 7; además *Programa, T.I.*, parágrafo 271 y T.III parágrafos 1106 ss.

⁷⁷JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, T. IV. Buenos Aires, 1956-70, p. 149.

Así, para Politoff, Matus y Ramírez es absolutamente dominante entre nosotros la tesis de que, probada la falta de dolo homicida –prueba de suyo difícil- no puede atribuirse al autor el homicidio a título doloso sino a lo más culposo, siempre que, como ya dijimos, dicho resultado era previsible. Y puesto que en tales casos un mismo hecho constituye 2 ó más delitos (lesiones dolosas más muerte culposa), se ha estimado que debe castigarse al autor según la regla del art. 75 del Código Penal⁷⁸.

Lo mismo opina Garrido M., quien señala que actualmente existe consenso de que su naturaleza es la de un concurso ideal de delitos entre el delito de lesiones dolosas y el de homicidio culposo, por lo que procedería en este caso la aplicación del art. 75, ya que se trataría de un solo hecho que constituye 2 delitos⁷⁹.

Pero hay quienes impugnan esta tesis de la mixtura basándose principalmente en que el dolo y la culpa son 2 estados psicológicos contradictorios y por ende no pueden subsistir en forma paralela. Para estos autores las soluciones a estos casos son otras.

b) Culpa calificada: Se concibe la totalidad de la figura preterintencional como culposa. Respecto a esta postura Politoff, Bustos y Grisolia mencionan a Vannini quien sostiene que “son dos delitos, en suma, uno doloso y otro culposo”. Solo que en la fusión los dos delitos pierden su autonomía, para dar lugar a un delito complejo “en que concurren subjetivamente dolo y culpa”, si bien la parte prevaleciente que asigna al conjunto el *nomen juris* es la muerte dada involuntariamente (culpa) y en este sentido “es lógico definir el homicidio preterintencional como un homicidio culposo calificado por el particular contenido doloso del comportamiento causal del reo”. En Chile, señalan estos autores, parece pronunciarse por esta idea Raimundo Del Río y alguna jurisprudencia. Esta tesis mira al resultado muerte y a la vinculación subjetiva que

⁷⁸POLITOFF L. Sergio; MATUS A. Jean Pierre; RAMÍREZ G. María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte especial, Volumen II*. 2° ed. Actualizada, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 49 y 50. Señalan estos autores que la misma posición siguieron los redactores de nuestro Código al declarar en la Sesión 66 de 15 de noviembre de 1871 que todas aquellas situaciones en que se produjera un resultado mayor que el buscado habría que aplicar las disposiciones del art. 75.

⁷⁹GARRIDO M., Mario. *Derecho Penal, Parte Especial, T.III*. 4° edición actualizada, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 50 y 51.

existe con ese resultado (culpa), absorbiendo en ese resultado el ánimo que apuntaba a otro resultado que no se produjo en la realidad⁸⁰.

c) Solo delito doloso: Se concibe la totalidad de la figura preterintencional como dolosa. Por esta postura se ha inclinado alguna jurisprudencia nacional al señalar: “el dolo inicial comprende las consecuencias previsibles del acto, de manera que no puede considerarse circunscrito al acto mismo y si este acto fue voluntario y hubo intención de herir, la previsibilidad del resultado muerte como consecuencia regular del hecho basta para imputar la totalidad de la acción como homicida⁸¹.”

Personalmente, creo que en base ha todo lo que se ha estudiado hasta el momento acerca de los delitos preterintencionales, la posición que más se acerca a la realidad de los hechos es la teoría de la mixtura, puesto que esta teoría reconoce la existencia de 2 delitos (constituidos por un mismo hecho), entendiendo que en uno de ellos existe dolo y culpa en el otro. Las demás teorías dejan de lado la existencia del segundo delito, no obstante que la teoría de la culpa calificada reconoce que existen dos delitos y que en ambos coexisten dolo y culpa, inexplicablemente termina señalando que ambos delitos se fusionan sancionando solo por uno, pero considerando dentro de esa sanción tanto la culpa como el dolo (pues sanciona por homicidio culposo calificado por el contenido doloso del comportamiento causal), es ahí donde denoto inconsecuencia ya que al considerarse dentro del elemento subjetivo ambos estados psicológicos, necesariamente se estaría reconociendo que en estos casos existen 2 delitos y no una fusión entre ellos, ya que de no ser así tendríamos que concluir que un mismo delito se estaría sancionando en base a dos estados psicológicos totalmente distintos.

Por otro lado, concebir toda la figura como dolosa (tal cual señala la tercera teoría) tampoco parece ser la postura más acertada, toda vez que la base de los delitos preterintencionales es la producción de un resultado que va más allá de la

⁸⁰POLITOFF, Sergio; BUSTOS, Juan y GRISOLÍA, Francisco. *Derecho Penal Chileno, Parte Especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, V.I. Chile, 1971, p. 97.

⁸¹Corte Suprema, 1962, RDJ, XLIX, p. 314. Sentencia citada por POLITOFF, BUSTOS Y GRISOLÍA, op. cit., p. 98.

intención del sujeto, lo que nos indica que al momento de actuar el dolo que cubría la intención del hechor era respecto de un resultado menor al que finalmente se produjo, por ello concebir toda la figura como dolosa iría en contra del principio de culpabilidad, pues no se puede sancionar más allá de su intención.

Por su parte, hay legislaciones que contemplan expresamente este delito, como por ejemplo el Código Penal de Costa Rica en su art. 186 cuando señala: “Se impondrá prisión... 2° al que con evidente propósito de causar solo un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona”, y el Código de Argentina en su art. 81 n° 1 letra b, al señalar: “Se impondrá reclusión... b) al que con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte”.

Hay otros Códigos Penales como los de Bolivia, Colombia, Ecuador, Panamá y Venezuela que, a juicio de Georgina Nakanishi, no configuran un verdadero caso de homicidio preterintencional, ya que no hacen referencia a la previsibilidad del mayor resultado, por lo que realmente ellos contemplarían casos de delitos calificados por el resultado. Esto, a diferencia de los Códigos de Costa Rica y Argentina que sí hacen referencia a esta previsibilidad; el de Costa Rica al señalar “evidente propósito de causar solo un daño” lo que exigiría que el agente no hubiera previsto la muerte, y el de Argentina al referirse a los “medios empleados” estaría requiriendo que el agente no haya previsto el mayor resultado⁸².

1.2. Requisitos para la existencia de un homicidio preterintencional:

Para que exista un homicidio preterintencional se requiere, además de que se haya provocado la muerte de una persona, las siguientes condiciones:

a) El propósito de causar daño a una persona, pero no de matarlo. Por lo tanto, debe existir un comportamiento inicial de causar daño que debe ser doloso, por lo que este comportamiento inicial no puede ser ni negligente ni imprudente⁸³.

⁸²NAKANISHI C., Georgina, op. cit., p.199.

⁸³GARRIDO M., Mario. *El homicidio y sus figuras penales*. Chile, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1994, pp. 84 y 85.

Señala Carrara “el que, al golpear a otro por pura imprudencia le ocasiona la muerte, nunca podrá ser considerado como responsable de homicidio preterintencional, porque falta toda clase de dolo que informe su culpa, ni siquiera quien, por imprudencia, ocasiona la muerte de otro al cometer un acto incriminoso, podrá ser considerado como homicida preterintencional, si la crimosidad de ese acto no está configurada de modo preciso en la intención de lesionar a la víctima en su persona”.

Por lo tanto, señala, “esta intención de lesionar ha de ser preestablecida siempre que se trate de imputar, no mera culpa, sino preterintencionalidad. Y esa intención debe brotar espontáneamente de la naturaleza del acto, si este, por su condición ordinaria, ya lleva en si la intención de causar daño, como por ejemplo un garrotazo; o deberá constituirse por medio de conjeturas, cuando el acto aparezca equívoco en sí mismo, como por ejemplo un empujón, que puede darse por chanza pesada o inadvertencia⁸⁴.”

Por su parte, Labatut señala que este ánimo de lesionar es lo que distingue a esta figura del homicidio concausal, (más adelante veremos en detalle sus diferencias).

No hay duda que frente a este tema es muy importante centrarnos en un factor que es muy importante:

El *animus necandi*: Algunos autores declaran que el elemento interno del homicidio está representado por esta voluntad de matar y por su parte, hay algunas legislaciones, como el Código Francés (art. 295), el Código Belga (art. 393) y otros, que mencionan expresamente el propósito homicida en la definición del delito.

Es la regla general, pues lo común es que el homicidio se realice con dolo directo, que consiste en la coincidencia entre el resultado producido y la representación y el querer del agente. Así, este *animus necandi* nos permite diferenciar el homicidio preterintencional del voluntario, del cuasidelito de homicidio, del producido por caso fortuito y entre el delito de homicidio frustrado del delito de lesiones consumadas.

⁸⁴CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Parte especial, Vol. I.* 4° edición revisada. Colombia, Editorial Temis Librería, Bogotá-Colombia, 1979, p. 86 y 87, parágrafo 1102.

Como esta voluntad homicida es un hecho interno, pero que se exterioriza por hechos físicos, tocará al juez apreciar estos hechos en cada caso concreto⁸⁵.

En la práctica determinar si en el caso concreto existió o no dolo homicida por parte del sujeto no es fácil, y es una cuestión que el tribunal deberá apreciar atendiendo preferentemente a los hechos objetivos probados en la causa, (al respecto es muy importante la referencia hecha en el Capítulo I titulada “La prueba de la preterintención”).

Así, se ha señalado por nuestros tribunales que, “si dos sujetos en estado de ebriedad se trezan a golpes de puños y uno de ellos cae y muere producto del golpe en la cabeza que sufre al golpearse contra el suelo, la ocasión y el medio empleado demuestran que no hubo dolo homicida, pero sí que era previsible un resultado mortal⁸⁶.”

b) Que el resultado en exceso (la muerte de la víctima) a que dio lugar ese comportamiento inicial doloso haya sido previsible (más detalle acerca de las diferencias entre previsión y previsibilidad en el Cap. I) lo que margina de la preterintención el principio del *versari in re illicita* (también estudiado en el Cap I).

c) Que ese resultado mortal previsible no haya sido previsto por el sujeto, lo que lo diferencia del homicidio cometido con dolo eventual, pues en este caso el sujeto prevé como posible que su comportamiento ocasionaría la muerte de la víctima y, no obstante esa posibilidad, actuó, por lo que aceptó el resultado. En cambio, en el homicidio preterintencional el sujeto no tuvo esa previsión o si la tuvo, actuó en el convencimiento de que en la forma como se haría lo propuesto quedaba descartada la eventualidad fatal, adoptando las seguridades del caso para evitarla⁸⁷.

⁸⁵LABATUT, *Derecho Penal, T.I.*, 9° edición actualizada por el profesor Julio Zenteno Vargas. Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 161.

⁸⁶Sentencia de Corte de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda 24.06.1981 RDJ LXXVIII, p. 186.

⁸⁷GARRIDO M., Mario. *El homicidio y sus figuras penales*. Chile, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1994, pp. 84 y 85.

1.3. Homicidio preterintencional y homicidio concausal:

Ambos han sido producto de confusiones, por ello dedicaremos unas palabras para dejar claras sus diferencias.

Señala Garrido Montt que en el homicidio preterintencional el sujeto actúa buscando un resultado menor del que termina cometiendo, por lo tanto, no obstante que haya sido apta la acción realizada por él para llegar a ese resultado mayor, lo que acá falta es el querer ese resultado. En cambio, en el homicidio concausal, existe subjetivamente coincidencia con el resultado logrado, ya que él quería ese resultado, pero el medio empleado por el sujeto no fue lo suficientemente idóneo para alcanzarlo, por lo que tuvo que mediar la cooperación de circunstancias extrañas a su comportamiento con las cuales éste no contaba para que el resultado querido se produjera⁸⁸.

Indica Labatut que “en el homicidio preterintencional el sujeto tuvo la intención de lesionar y termina produciendo la muerte, en cambio, en el homicidio concausal su intención era la de matar, pero la muerte no fue el resultado inmediato y directo de su acción, sino de la concurrencia copulativa de ésta y de determinados factores o concausas, ajenos a su voluntad⁸⁹.”

Por su parte Politoff, Bustos y Grisolia dan un ejemplo para dejar claro que se trata de situaciones diversas: “El que dispara contra un jinete, sin dar en el blanco, pero con intención de matar, puede ser inculcado por tentativa de homicidio pero no por homicidio consumado, aunque la víctima haya perecido al caer del caballo encabritado por el ruido de la detonación. El resultado mortal no se carga en cuenta del agente por ser atípica la acción en su conexión con esa clase de resultado. Pero no es la falta de intención de matar, que la hubo, lo que determina que no se castigue por homicidio consumado. Por la inversa, en el homicidio preterintencional, está ausente el dolo de matar, pese a que sí había dolo de lesionar⁹⁰.”

⁸⁸GARRIDO M., Mario. *El homicidio y sus figuras penales*, op. cit., p. 56.

⁸⁹LABATUT G., Gustavo, op. cit., p.163.

⁹⁰POLITOFF, BUSTOS, GRISOLÍA, op. cit., p. 94

Así, la Corte de Apelaciones de La Serena ha resuelto: “si está acreditado que como consecuencia de los golpes que el reo propinó a la víctima ésta cayó al suelo y resultó muerta y no habiéndose acreditado que dicho acontecimiento se debió a alguna particularidad o estado especial inherente al occiso, debe tenerse al reo como responsable de la muerte en calidad de autor del delito de homicidio⁹¹.”

1.4 Homicidio preterintencional y lesiones seguidas de muerte.

Carrara diferencia ambas figuras tomando en consideración si la acción cometida por el hechor fue o no causa inmediata de la muerte de la víctima; así, señala que cuando dicha acción fue causa inmediata estamos ante un homicidio preterintencional, si por el contrario, la causa fue mediata u ocasional se constituye un caso de lesiones seguidas de muerte.

En cuanto al elemento intencional, aduce a que en el homicidio preterintencional, para ser tal, es necesario que el agente no haya querido ni previsto la muerte, sino que solo su intención era hacer daño. No obstante, en el caso de las lesiones seguidas de muerte no es necesario hacer esta exclusión positiva de la voluntad ni de la previsión de la muerte y se basa en que el acusador no haya dado pruebas positivas de la relación entre causa y efecto.⁹²

Señala este autor que en la práctica Toscana se habla de las lesiones seguidas de muerte, y en los *Amnali di Giurisprudenza* se lee una docta acusación del ilustre representante del ministerio público Cesare CapoQuadri, en la que se resume toda la teoría Toscana: “En nuestra jurisprudencia –dice- se admiten las lesiones seguidas de muerte siempre que ocurran las particularidades siguientes: 1- que la herida no sea absoluta e irreparablemente mortal, 2- que no se siga la muerte como efecto inmediato de circunstancias o causas posteriores al herimiento, 3- que estas causas no sean referibles ni imputables al heridor, sino al hecho al herido, o a una tercera persona, 4- que entre estas causas, el herimiento y la muerte, exista un nexo necesario y directo, de modo que ellas no hubieran ocurrido o no hubieran producido la muerte, sin el herimiento, así como éste tampoco la hubiera producido sin ellas. Solo entonces, es

⁹¹Corte de Apelaciones de La Serena, GT, 1944- I, 25-169.

⁹²CARRARA, Francesco, Vol. I, op. cit., párrafo 1109, p. 94 y párrafo 1090, p. 59

decir, cuando concurren estas particularidades, la jurisprudencia no le imputa al heridor ni el homicidio ni el solo herimiento, sino un delito de género medio, titulado de lesiones seguidas de muerte, y lo castiga agravando la pena establecida para las heridas, pero sin infligir la ejemplar e infamante de los trabajos públicos⁹³.”

Etcheberry también sigue la idea de diferenciar ambas figuras considerando si existió o no “causa inmediata” entre las lesiones y la muerte. Por ello entiende que en el caso de las lesiones seguida de muerte existió en el agente un dolo de lesionar produciendo efectivamente este resultado esperado, pero sin embargo, en forma posterior “algún tiempo más tarde”, producto de esas mismas lesiones sobrevino la muerte de la víctima. Para este autor, deben pensarse las lesiones dolosas efectivamente causadas y el homicidio resultante debe considerarse culposo, tratándose por ende, de un concurso de delitos entre lesiones y cuasidelito de homicidio.

En el 2do caso (homicidio preterintencional) se presume solo el dolo de lesiones con el resultado de homicidio, entendiendo que esta muerte ocurrió “en el acto” sin exigirse, por lo tanto, que resulten primero lesiones y posteriormente ocurra la muerte. Se entiende que acá solo resultó homicidio (como el caso del que asesta un bofetón a otro, que cae, se fractura el cráneo contra el suelo y fallece en el acto) por lo que en el hecho no resultaron lesiones y en este caso el homicidio debe calificarse de culposo y las lesiones deben considerarse frustradas por lo que habría un concurso de delito de lesiones dolosas frustradas y un cuasidelito de homicidio⁹⁴. Politoff, Bustos y Grisolia no concuerdan con esto, pues señalan que, medie o no una distancia temporal, las lesiones no se frustran. Por lo tanto lo que ocurre, para ellos, es que se agrega un plus que exagera, pero no borra, el pleno logro de la acción dolosa. En síntesis, salvo las lesiones ínfimas (en sentido médico) que pueden quedar absorbidas en el homicidio culposo, la regla general será, para toda hipótesis de homicidio preterintencional, un concurso ideal de lesiones dolosas consumadas y cuasidelito de homicidio⁹⁵.

⁹³CARRARA, Francesco, Vol. I, op. cit., parágrafo 1109, p. 94 y parágrafo 1090, p. 59.

⁹⁴ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal, Parte Especial, T. III*. 3° edición revisada y actualizada. Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pp. 48 y 49.

⁹⁵POLITOFF, BUSTOS, GRISOLÍA, op. cit., p. 101 y 102.

Garrido M. no concuerda con Etcheberry respecto a la distinción que él hace entre lesiones seguidas de muerte y homicidio preterintencional, ni en cuanto a si las lesiones se consumaron o no, pues, para él, todas esas posibilidades las cubre el homicidio preterintencional. Explica que el ejemplo que da Etcheberry que demostraría que no podrían distinguirse las lesiones de la muerte, es dudoso y no presentaría ninguna diferencia con las lesiones seguidas de muerte, pues para él puede perfectamente separarse el puñetazo de la caída y la fractura craneana posterior. Incluso, señala, aunque esto no fuera posible (distinguir entre la lesión y muerte, en cuanto al tiempo que los separa), ello no impediría diferenciarlos y para lograr esto no es necesario entrar en el terreno de lo que “razonablemente” pudo ocurrir y calificar las lesiones como frustradas, ya que si las lesiones son de poca importancia, quedarán subsumidas en el cuasidelito de homicidio y si no lo fueron, deberán sancionarse como corresponda.⁹⁶

Para él esta tesis tendría interés en casos especiales donde la lesión no alcanza a inferirse y queda en la etapa de tentativa o frustración producto de que el resultado muerte no previsto sobrevino antes. Para ilustrar esta situación el autor cita un ejemplo de Maggiore: “el caso del hombre que sigue a un tercero con el fin de golpearlo y llegan a una terraza, donde éste principia a retroceder, choca con la baranda que cede y cae al vacío falleciendo al estrellarse. En este caso, señala, no ha habido lesiones con muerte subsiguiente, aunque solo se pretendió lesionar, pero no hay por qué diferenciarlos de los casos de preterintencionalidad, pues el propósito se da tanto en la tentativa de lesiones como en las lesiones consumadas.” Esta idea disiente de la afirmación de Politoff, Bustos y Grisolia en el sentido de que la regla general será “para toda hipótesis de homicidio preterintencional, de lesiones dolosas consumadas y cuasidelito de homicidio”, pues para Garrido M., puede darse también el caso de lesiones tentadas con cuasidelito de homicidio⁹⁷.

⁹⁶GARRIDO M., *El homicidio y sus figuras penales*, op. cit., pp. 86 y ss.

⁹⁷GARRIDO M., *El homicidio y sus figuras penales*, op. cit., pp. 86 y ss.

2. Lesiones preterintencionales:

En estos casos el sujeto activo pretende causar dolosamente una lesión de menor gravedad que aquella lesión que realmente termina provocando en la víctima, siempre y cuando esta lesión más grave que finalmente causó haya sido previsible, pero no efectivamente prevista por el hechor. Es por ello que este resultado más grave se va a castigar a título de culpa, siempre y cuando se encuentre en una línea de progresión con el mal que él pretendía causar⁹⁸.

Al respecto señala Carrara “del mismo modo que el homicidio es preterintencional cuando hubo voluntad de ofender a una persona, pero no hubo voluntad ni previsión de darle muerte, así también las lesiones tomarán la forma de preterintencionales, cuando hubo, por una parte, voluntad de ofender a la persona, pero sin haber previsto actualmente que podía causársele tanto mal como el que de hecho se le causó, aunque al agente le hubiera sido posible preverlo⁹⁹.”

Georgina Nakanishi indica que en la prueba de la previsión de las lesiones preterintencionales se aplicarán los mismos criterios aceptados en materia de homicidio preterintencional: el medio empleado, la dirección del golpe, región golpeada, etc., además las concausas juegan igual papel que en el homicidio preterintencional y su consideración influirá para establecer si la lesión más grave era o no previsible y si fue o no efectivamente prevista.¹⁰⁰

Contempla este delito, por ejemplo el Código Penal de Uruguay en su art. 319 y lo trata conjuntamente con el homicidio preterintencional señalando: “Si del hecho derivare... una lesión más grave que la que se pretendía inferir, la pena será¹⁰¹...”

En cuanto al dolo del delito base, éste solo puede ser determinado (a diferencia del homicidio preterintencional que puede ser determinado o indeterminado¹⁰²), de no ser

⁹⁸GARRIDO M., Mario. *Derecho Penal, Parte Especial, T.III*. 4° edición actualizada, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 172.

⁹⁹CARRARA Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial, Vol. II*. 4° edición revisada. Colombia, Editorial Temis Librería. Bogotá-Colombia, 1981, pp. 66, parágrafo 1409.

¹⁰⁰NAKANISHI C., Georgina, op. cit., pp. 202 y 203

¹⁰¹NAKANISHI C., Georgina, op. cit., pp. 202 y 203.

así, habría que entender entonces que en estos casos no hay delito preterintencional, pues se entiende que el sujeto actuó con la intención de producir cualquier tipo de daño, por ende la lesión que resulte de su actuar debe quedar comprendida dentro de su intención y no en un estado de culpa. Lógicamente dicha determinación se refiere a la gravedad de la lesión, no a la individualización precisa de la lesión que se quiere inferir, ya que de otro modo el dolo en esta materia, salvo pocos casos, sería siempre indeterminado¹⁰³.

Por su parte, señala Carrara que las lesiones preterintencionales solo puede tener lugar en alguna de sus especies ya que no es posible que se den, por ejemplo, casos de lesiones preterintencionales leves ya que las ofensas leves son el ínfimo grado de ofensa al que se puede llegar, por ende esto no puede separarse del dolo y diferenciar entre lo que el sujeto previó y el resultado producido. Por la relación que existe entre la gravedad de unas lesiones con otras, tampoco es fácil su aplicación en las otras especies de lesiones, ya que no es fácil determinar la intención del agente al desplegar su acción “así, podrá decirse que hubo el deseo de lesionar levemente, pero no el deseo ni la previsión de lesionar gravemente o podrá decirse que hubo el deseo de lesionar gravemente, pero no el deseo o la previsión de lesionar gravísimamente, por lo tanto, si por ejemplo se causa una herida que ocasiona en la víctima la pérdida permanente de algún sentido, esto hará la lesión gravísima, pero el juez solo podrá declararla preterintencional cuando esté convencido de que únicamente se quiso o se previó una lesión grave, sin querer ni prever actualmente esa permanencia del daño que eleva el título al máximo, por el aspecto de la cantidad natural, aunque al agente le hubiera sido posible prever ese resultado¹⁰⁴.”

¹⁰²El dolo indeterminado es aquel en que la voluntad del agente no se proyecta hacia un resultado exclusivo, sino indiferente, hacia diversos eventos, de mayor o menor gravedad, como sucede por ejemplo en la riña o pelea. Este dolo deja entregado el resultado al desencadenamiento causal, ya que como dice Salvagno Campos “si en la mayoría de los casos el propio agente no sabría decir sustancialmente lo que quiso hacer, porque admitió todo en general y no buscó nada en particular, entonces hay que atenerse al resultado”.

Citado por LABATUT G., Gustavo. *Derecho Penal, T.I.* 9ª edición actualizada por el profesor Julio Zenteno Vargas, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2005, p.

¹⁰³NAKANISHI C., Georgina, op. cit., pp. 202 y 203.

¹⁰⁴CARRARA Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial, Vol. II*, op. cit., pp. 66 y 67, parágrafo 1409.

Frente a este problema de determinar la intención del sujeto al cometer una lesión u otra, Politoff, Bustos y Grisolía dicen que si bien determinar el aspecto subjetivo de la conducta del sujeto no es fácil, esto no impide que sí se pueda llegar a captar con nitidez la discordancia entre intención y resultado. Con ese fin señalan que el aspecto subjetivo en las lesiones graves debe enfocarse de acuerdo al siguiente esquema:

-Intención de solo castigar físicamente (jurídicamente, dolo siquiera eventual de lesiones menos graves) y resultado de lesiones gravísimas, es igual a un delito preterintencional de lesiones gravísimas.

-Intención de castigar “sin mediar las consecuencias” (jurídicamente dolo de lesiones simplemente graves y por lo menos eventual de lesiones gravísimas) y resultado de lesiones gravísimas, es igual a delito doloso de lesiones gravísimas.

-Intención de causar lesiones gravísimas (dolo directo) y resultado de lesiones gravísimas es igual a delito doloso de lesiones gravísimas¹⁰⁵.

En cuanto a su sanción la mayoría de la doctrina coincide en que las lesiones preterintencionales se sancionan de acuerdo a lo dispuesto por el art. 75 del Código Penal, como concurso ideal entre la lesión dolosa menos grave y la lesión culposa de mayor gravedad, entre ellos tenemos a Garrido M.¹⁰⁶, y a Etcheberry¹⁰⁷.

Velasco dice que si bien hay sentencias que reconocen doctrinariamente la existencia de las lesiones preterintencionales, en la práctica los tribunales han seguido el criterio de castigar por el resultado materialmente causado y no por esta figura preterintencional¹⁰⁸.

Georgina Nakanishi, nos da un claro ejemplo de una sentencia que resolvió un caso que reúne todos los requisitos de una figura preterintencional, no obstante esto, (a pesar que el tribunal reconocía que se pueda producir una lesión de mayor gravedad

¹⁰⁵POLITOFF, BUSTOS, GRISOLÍA, op. cit., pp. 305 y 306.

¹⁰⁶GARRIDO M., Mario. *Derecho Penal, Parte Especial, T.III*. 4° edición actualizada. Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 172 y 173.

¹⁰⁷ETCHEBERRY Alfredo. *Derecho Penal, Parte Especial, T.III*. 3° edición revisada y actualizada, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 127.

¹⁰⁸VELASCO B., Carmen, op. cit., p. 76 y 77.

que la querida por el reo) injustificadamente el tribunal no califica esta figura como delito preterintencional, sino que como un cuasidelito. Esta sentencia es de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de 8 de mayo de 1946¹⁰⁹, que cuenta el caso de un sujeto que en una discusión da una bofetada a otro en la cara y a consecuencia de ésta el sujeto pierde un ojo. El tribunal de primera instancia consideró el ánimo de lesionar (señalando que en el agente concurría un dolo indeterminado) y el resultado producido por lo que estimó que se trataba de un delito de lesiones graves.

Sin embargo el tribunal de segunda instancia estimó que el sujeto actúo con dolo determinado, pero solo respecto de una lesión leve, pero no de la gravísima que finalmente produjo, respecto de la cual habría culpa, considerando que el reo estuvo en la posibilidad de prever esas consecuencias más dañosas. Todo esto en atención a las circunstancias de su irreprochable conducta anterior, de sus relaciones cordiales con la víctima, a que un golpe de puño ordinariamente es inadecuado para producir la ruptura de un ojo, etc.

Pero, no obstante aparecer reunidos, para este tribunal, todos los requisitos de la figura preterintencional, no lo terminó condenando por este delito sino por cuasidelito de lesiones graves, lo que parece incorrecto por el dolo inicial existente¹¹⁰.

Las lesiones preterintencionales, al igual que el homicidio preterintencional, son perfectamente concebibles en la medida que se dé la situación que la lesión que finalmente se produjo era mucho mayor que la que efectivamente el sujeto quería causar, situación que era previsible y que el sujeto no previó, en este sentido creo que es muy práctica la distinción que realizan Politoff, Bustos y Grisolia respecto al aspecto subjetivo que concurre respecto del hechor, lo que nos permite determinar si en el caso concreto existe un delito preterintencional o un delito doloso de lesiones gravísimas.

Ahora, de determinarse la existencia de delitos preterintencionales, nuevamente creo que la postura correcta para sancionarlos es siguiendo la teoría de la mixtura, por ende se sancionaría según las reglas del concurso del art. 75 del Código Penal.

¹⁰⁹Corte de Apelaciones de Valparaíso. GT 1946, T.I, sentencia n° 31, p. 219), citado por Nakanishi, op. cit., pp. 202 y 203.

¹¹⁰NAKANISHI C., Georgina, op. cit., pp. 202 y 203.

3. Aborto preterintencional:

Se produce cuando el agente, con ánimo dirigido solo a dañar o lesionar la integridad física de la mujer embarazada, le causa un aborto sin quererlo ni preverlo, pero siendo, sin embargo, previsible. Por lo tanto, su delito base es un ataque a la integridad corporal acompañado del ánimo de lesionar y el resultado preterintencional se constituye por el aborto.

Lo contemplan varios Códigos Penales, como los de Argentina (art. 87), Cuba (art. 440), Perú (art. 164) y también nuestro Código en su art. 343 que señala: “Será castigado... el que con violencias ocasionare un aborto, aun cuando no haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hechor”.

Eva Friedmann dice que el vocablo “violencias” que utiliza nuestro Código contempla tanto la violencia física como la moral (sugestión hipnótica, una sorpresa, etc¹¹¹.)

No concuerda con esto Garrido M., quien entiende que la expresión “con violencia” aludiría solo a la fuerza física, pero no a la intimidación, pues este artículo solo se refiere a comportamientos del autor consistentes en malos tratos de obra o lesiones realizados dolosamente, que no perseguían provocar el aborto¹¹².

Georgina Nakanishi señala que médicamente el aborto consiste en la interrupción del embarazo, producto de la cual se produce una expulsión del feto, el cual al no ser viable desencadena en su muerte. Por lo tanto, estima que si las violencias del hechor solo produjeren la aceleración del parto, donde el niño nace y sobrevive, no se configura el delito de aborto preterintencional y solo se podría sancionar por el delito de lesiones.

¹¹¹FRIEDMANN Bordan, Eva. *El delito preterintencional*. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en la facultad de Leyes y Ciencias Políticas Universidad de Chile. Impresiones Lazcano. Santiago- Chile, 1936, p. 59.

¹¹²GARRIDO M., Mario. *Derecho Penal, Parte Especial, T.III, op. cit.*, p. 110.

Respecto a la previsibilidad del resultado, ésta la señala la ley expresamente: el aborto es previsible cuando el embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hechor. Por lo tanto, al encontrarse esto ya establecido de antemano, la tarea ahora es determinar si el sujeto lo previó o no. Si lo previó el aborto sería doloso, sino lo previó el aborto es culposo y junto con el dolo inicial de lesionar se configuraría el delito preterintencional. Sin embargo hay autores que solo consideran la culpa y señalan que en este caso hay cuasidelito de aborto¹¹³. Politoff, Matus y Ramírez no están de acuerdo en considerarlo un delito culposo, pues en base a lo que señalan los arts. 2 y 10 n° 13 del Código Penal, las violencias que exige la ley han de ser dolosas, pues la ley no hace referencia a la negligencia o imprudencia (así quien atropella negligentemente a una mujer embarazada, por mucho que sea notorio su estado, no comete este delito). Tampoco se trata, para ellos, de un puro delito preterintencional, pues la ley tampoco ha limitado el resultado de aborto a uno puramente culposo, sino también a uno eventual al establecer como exigencia que el estado de embarazo le conste al hechor o sea notorio, o sea que el resultado de aborto (no la circunstancia del embarazo) sea previsible.

En cuanto a los problemas concursales, solo las lesiones menos graves podrían considerarse absorbidas, por consunción, en este delito, en tanto que todas las otras de mayor gravedad cobran significación autónoma y deben, por tanto, estimarse en concurso ideal con esta figura¹¹⁴.

Politoff, Bustos y Grisolíá coinciden en cuanto a que el resultado aborto puede existir tanto con dolo eventual como con culpa producto de esta exigencia legal del conocimiento del embarazo por parte del autor y esta exigencia puede darse tanto en casos de culpa como de dolo eventual.

Ahora, respecto de la acción de ejercer violencia, ésta debe ser siempre dolosa.¹¹⁵ Por lo tanto, para ellos (al igual que para Politoff, Bustos y Grisolíá) estos supuestos son una combinación entre el dolo con violencias y dolo eventual o culpa en el resultado de aborto.

¹¹³NAKANISHI C., Georgina, op. cit., pp. 203 y ss.

¹¹⁴POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, op. cit., pp. 108 y 109.

¹¹⁵POLITOFF, BUSTOS, GRISOLÍA, op. cit., pp. 214, 215 y pp. 158 y ss.

También sigue esta idea Garrido M., pues entiende que el sujeto activo puede estar respecto del resultado aborto en situación de haber actuado con dolo eventual (prevé como posible el aborto, pero queda en situación de indiferencia respecto de ese resultado) o con culpa (consciente –lo previó como posible, pero obró en el entendido de que no iba a provocarlo- o inconsciente- no se representó la posibilidad del aborto, aunque era previsible¹¹⁶.)

Señala además que esta descripción típica constituye una especie delictiva excepcional ya que se sanciona una modalidad culposa de aborto, pues en general el aborto culposo es atípico al no comprenderlo el art. 490, que se refiere exclusivamente a los delitos contra las personas, y el nasciturus no lo es.

El tipo objetivo de esta figura del art. 343 consiste en malos tratos de obra o en lesiones que el sujeto infiere en la víctima, que provocan, junto con la interrupción del embarazo, la muerte del producto de esa concepción. Se presenta así un concurso de delitos de lesiones y aborto, pero las lesiones quedan subsumidas en el art. 343, siempre que no superen las de mediana gravedad¹¹⁷.

Labatut también coincide en esta idea de que este hecho no puede calificarse de cuasidelito porque no se encuadra dentro de lo que señala el art. 490, ya que el embrión o feto no es persona. No obstante entiende que esto podría tratarse de un caso en que por expresa disposición legal se sanciona un cuasidelito que no es contra las personas y denomina este hecho aborto preterintencional donde se castiga la imprudencia del sujeto que actúa a pesar de conocer el estado de embarazo, estableciendo que es indispensable que la violencia ejercida por el sujeto sea alguna de las lesiones dolosas que castiga el Código, pues esto cumpliría con el requisito de toda figura preterintencional que es la existencia de un delito doloso superado por un resultado¹¹⁸. En conclusión este autor reduce estos casos a supuestos de delito preterintencional y en el mismo sentido lo hace Novoa¹¹⁹.

¹¹⁶GARRIDO M., Mario. *Derecho Penal, Parte Especial, T.III*, op. cit., p. 110

¹¹⁷GARRIDO M., Mario. *Derecho Penal, Parte Especial, T.III*, op. cit., p. 110.

¹¹⁸LABATUT G., Gustavo. *Derecho Penal, T.I*, op. cit., p. 129 y 130.

¹¹⁹NOVOA, *Curso de derecho penal chileno, Parte General, T.I*. 2° edición, Santiago-Chile. 1960, p. 556.

Etcheberry estima que el art. 343 se aplicaría tanto en los casos de abortos violentos causados con dolo eventual (como cuando el hechor pretende castigar a la mujer previendo la posibilidad del aborto, lo acepta y lo deja indiferente), con culpa consciente (el hechor pretende castigar a la mujer y prevé la posibilidad del aborto, pero confía en poder evitarlo, por ej., no golpeándola en el vientre o con excesiva fuerza) o con culpa inconsciente (el hechor pretende castigar a la mujer, el aborto es previsible, pero en el ímpetu del momento el sujeto ni siquiera piensa en la posibilidad de que éste se produzca), pues en todos estos casos se cumplen los requisitos que exige la ley: falta de propósito y previsibilidad del aborto, requisitos que, a su entender, solo sirven para excluir el caso fortuito.¹²⁰ También entiende que en estos casos se puede configurar un delito preterintencional, para lo cual habrá que distinguir los siguientes casos:

-Si ha existido dolo eventual con respecto al resultado aborto, no hay preterintencionalidad ya que el dolo, aunque sea eventual, se extiende también al resultado más grave.

- Si ha existido culpa respecto de ese resultado (consciente o inconsciente) habrá preterintención. En este caso si las lesiones (delito base doloso) no pasan de menos graves, debe aplicarse el art. 343, pero si son graves, habrá que sancionar en concurso el delito de lesiones graves con el cuasidelito de aborto, pero también aplicando el art. 343, pues para él este artículo abarca tanto los casos de aborto preterintencional como los que no lo son. Él concluye que el n° 1 del art. 342 castiga el aborto violento con dolo directo, por lo que el art. 343 castigaría el aborto violento con dolo eventual, caso en el cual la figura no sería preterintencional¹²¹.

Politoff, Matus y Ramírez señalan que esta interpretación de Etcheberry ha motivado algunas críticas por la desproporción de las penas que conduce, ya que el aborto con dolo eventual sin violencia tendría mayor pena que el aborto con dolo eventual con violencia, y esta desarmonía proviene de la negativa de este autor a

¹²⁰ETCHEBERRY, A., *Derecho Penal, Parte Especial, T.III*, op. cit., pp. 99 y 100.

¹²¹ETCHEBERRY, A., *Derecho Penal, Parte Especial, T.III*, op. cit., pp. 99 y 100.

reconocer que las 3 y no solo la primera de las hipótesis del art. 342 requieren de dolo directo¹²².

Por otra parte Enrique Cury dice que en este caso estamos ante una hipótesis de cuasidelito de aborto, pues en todo delito preterintencional se requiere de un delito base, requisito que en las hipótesis del art. 343 no se cumple, pues no existe el tipo de causar violencias y no está de acuerdo en entender estas violencias como lesiones, pues de ser así se llegaría al absurdo de que las lesiones gravísimas, las simplemente graves y las mutilaciones, seguidas del resultado de aborto, llevarían consigo una pena menor que la prevista para ellas considerándolas solo como lesiones sin este resultado mayor. Además ni siquiera es requerida la intencionalidad respecto de la violencia pues basta que el agente “haya realizado actos cuya consecuencia causal es dicha violencia”, pudiendo o debiendo preverla¹²³.

También para Bustos “el caso que señala el art. 412 del Código Penal español (que es el mismo que tipifica nuestro Código en el art. 343) que se refiere al aborto no de propósito causado por un tercero, es un caso de aborto culposo, siendo indiferente que se trate de culpa consciente o inconsciente, pues a ello no se opone el elemento subjetivo situacional, que está referido al embarazo y no al resultado mortal para el feto o embrión. Además, como él sostiene que el dolo eventual tiene la misma estructura de la culpa, también cabe aquí el dolo eventual¹²⁴.”

Al contrario, el autor Argentino Eusebio Gómez sostiene que este es un caso de aborto doloso, con dolo indirecto, dada la voluntariedad de las lesiones¹²⁵.

Si bien la figura del aborto preterintencional es la única que se encuentra expresamente tipificada en nuestra legislación, debo reconocer que es la figura

¹²²POLITOFF, BUSTOS, GRISOLÍA, op. cit., p. 215.

¹²³CURY, Enrique. *Interpretación del artículo 343 del Código Penal, en RCP. T. XVII*, pp. 86 y 33.

¹²⁴BUSTOS R., Juan. *Manual de Derecho Penal, Parte Especial. 2º edición aumentada, corregida y puesta al día*. Editorial Ariel S.A. Barcelona, 1991, p. 49.

¹²⁵GÓMEZ, E. *Tratado de Derecho Penal, T.II*. Argentina. Ediar Editores, Buenos Aires, 1939, p. 143.

respecto de la cual más encuentro dudas para reconocerla como un delito preterintencional. El motivo de esto se basa principalmente en el hecho de que es muy difícil concebir que un sujeto, al que le consta el estado de embarazo de una mujer, ya sea porque lo sabe a ciencia cierta o porque éste es muy notorio, no la golpee sin prever la posibilidad de que esta conducta pueda ocasionar en ella un aborto. Es sabido que toda mujer embarazada se encuentra en un estado muy delicado, pero también es claro que no cualquier violencia dirigida en su contra es capaz de producir en ella un aborto, lo que nos permite concluir que si esto ocurre es porque precisamente el grado de violencia hacia ella superó algún límite importante. Es por ello que me es muy dificultoso concebir la existencia de culpa en el resultado de aborto, pues creo que en estos casos a lo menos existe dolo eventual de parte del hechor. Además, de concebir acá la existencia de un delito preterintencional, necesariamente debemos aceptar que el aborto se sancionaría en situaciones en que se actúa con culpa, lo que en general es atípico al no estar incluido dentro de los casos que señala el artículo 490 del Código Penal, toda vez que, como señalan Garrido Montt y Labatut, este artículo se refiere exclusivamente a los delitos contra las personas, requisito que el embrión o feto no cumple. Por ello, la única alternativa que nos quedaría sería la de concebir esta figura del artículo 343 del Código Penal como un caso totalmente excepcional.

4. Aborto seguido de muerte de la mujer embarazada:

En este caso el delito base se constituye por el aborto doloso ejecutado, ya sea mediante violencia o no, con o sin el consentimiento de la mujer, y el resultado preterintencional se representa por la muerte de la mujer, muerte que obviamente debe encontrarse en relación de causalidad con el hecho del agente. Además dicho resultado debió ser previsible, pero no previsto por el hechor y para determinar esta previsión se tendrán en cuenta circunstancias como si el agente tiene o no conocimientos médicos, los medios empleados para provocar el aborto, las condiciones de higiene, etc. Si se determina que el resultado de muerte de la mujer fue

efectivamente previsto por el hechor, dicha conducta ya no se sancionará como delito preterintencional sino que se configura la figura de homicidio.¹²⁶

El Código Penal Peruano contempla este tipo en su art. 160: “El tiempo de la pena puede extenderse... si el aborto o procedimiento empleado para él, causare la muerte de la mujer y si el delincuente pudo prever este resultado¹²⁷”.

Nuestro Código no contempla este delito por lo que la resolución de estos casos queda al solo arbitrio de los jueces, en general, nuestra jurisprudencia considera que en estos casos el resultado muerte constituye un cuasidelito de homicidio y exige la previsibilidad del resultado, por lo tanto, admite la preterintención.¹²⁸

Carmen Velasco nos menciona un ejemplo a través de una sentencia de la Corte Suprema¹²⁹ la cual señalaba que “se condenaba a las reas como autoras de delito de aborto consumado y de cuasidelito de homicidio, porque ha quedado establecido que la víctima solicitó sus servicios para que le practicaran un aborto; que una de las inculpadas era una matrona, que ambas estaban dedicada hacía algunos meses a cometer esta clase de operaciones y que terminada la intervención como notaron decaída a la paciente la trataron de hacer reaccionar e incluso llamaron a la Asistencia Pública, pero ésta llegó cuando la víctima ya había fallecido.

De estos hechos aparece que cuando las reas decidieron practicar el aborto solo tuvieron en vista el resultado y no la posibilidad del fallecimiento de la paciente, deceso que se estima no previsible, pues ocurre solo en un número limitado de abortos que se llevan a cabo con consentimiento y a lo que se agrega que cuando se dieron cuenta que la víctima corría el riesgo de perder la vida, hicieron lo posible por evitar el resultado.

Descartada por la forma en que ocurrieron los hechos, la hipótesis de que la muerte hubiera sido el fin que las reas tuvieron en vista al realizar las maniobras

¹²⁶NAKANISHI C., Georgina, op. cit., pp. 205 y ss.

¹²⁷NAKANISHI C., Georgina, op. cit., pp. 205 y ss.

¹²⁸NAKANISHI C., Georgina, op. cit., p. 208.

¹²⁹Corte Suprema, Casación en el fondo, 19 de octubre de 1955, contra Teresa Riveros Bravo y otras, citado por VELASCO B., Carmen, op. cit., pp. 73 y ss.

abortivas, debe necesariamente aceptarse que el fallecimiento es el resultado no buscado dolosamente de un delito preterintencional¹³⁰...”

Para Labatut en estos casos no existe preterintencionalidad pues entiende que en cuanto al resultado mayor el sujeto no actúa con culpa sino con dolo eventual. Señala que nuestro legislador no consideró expresamente esta figura, pues la Comisión Redactora (Sesión 66) eliminó el caso enunciado en el art. 352 del Código Belga, relativo “al que, procurando el aborto, causa la muerte de la embarazada”, por estimarlo “comprendido en la regla general que castiga con la pena del delito mayor en su grado máximo todo hecho que pueda considerarse como dos delitos a la vez”. Sin embargo, para él, la Comisión incurrió en un error al estimar que el aborto seguido de muerte constituye un concurso ideal de delitos, porque todo concurso ideal supone que una acción única se vincula causalmente a un resultado único, sin embargo en estos casos concurre un doble resultado: el aborto, producto de un dolo directo; y la muerte de la abortante, derivada de un dolo eventual. Por lo tanto, entiende, acá no habría delito preterintencional, sino que habrían 2 delitos distintos en concurso material y ambos dolosos: el aborto (con dolo directo) y el homicidio (con dolo eventual). Sin embargo considera que este tratamiento penal es muy drástico y para evitar esto acepta como solución práctica lo que los tribunales han adoptado en muchos casos, o sea, atribuir el resultado muerte a imprudencia temeraria: “el aborto seguido de muerte, constituye además, cuasidelito de homicidio”¹³¹, por lo que, en síntesis, Labatut considera este evento como un concurso entre un delito de aborto con cuasidelito de homicidio¹³².

Al contrario de esta opinión, para Etcheberry, el criterio que siguió la Comisión Redactora es acertado, es decir, efectivamente “se trataría de 1 solo hecho, aunque el resultado sea múltiple; a veces, porque físicamente no habrá más que un movimiento (por ejemplo una puñalada en el vientre de la madre), otras, porque existiendo multiplicidad de actos, todos ellos están unificados en 1 sola acción por la finalidad

¹³⁰VELASCO B., Carmen, op. cit., pp. 73 y ss.

¹³¹Corte de Apelaciones de Temuco, G, 1941, 2° semestre, n° 112, p. 449, citado por LABATUT G., Gustavo, op. cit., p. 130 y 131.

¹³²LABATUT G., Gustavo, op. cit., p. 130 y 131.

única que los anima: el aborto. Si esta misma acción, sin ninguna intervención adicional, provoca también la muerte de la mujer, se tendrá 1 solo hecho con un doble resultado delictivo, tal como pensó la Comisión. Este caso será en consecuencia punible según el art. 75.”

Tampoco concuerda con Labatut en el sentido de que subjetivamente la muerte de la mujer sea siempre dolosa, pues no basta para afirmar la existencia de dolo eventual que la muerte haya sido previsible y hasta efectivamente prevista por el hechor, además se requiere de parte de él una actitud de aceptación del resultado, de indiferencia de lo que ocurra. En estos casos, el sujeto se representa la posibilidad de que la mujer muera, pero actúa en la esperanza de que ello no ocurra, por lo tanto se encuentra en un estado de culpa consciente con respecto a la muerte de la mujer, entonces en estos casos estaremos ante un concurso ideal entre un delito de aborto y un cuasidelito de homicidio¹³³.

Personalmente coincido con la tesis de Etcheberry, por lo que difiero de Labatut ya que también creo que en estos supuestos es perfectamente posible que se dé una figura preterintencional. Subjetivamente es plausible entender que aquel que comienza maniobras abortivas respecto de la mujer embarazada lo haga teniendo solo la finalidad de causar la muerte del feto pero no la de la mujer, no obstante que era algo previsible, puesto que toda intervención quirúrgica conlleva sus riesgos. Sin embargo, cabe totalmente la posibilidad de creer que esto no se haya previsto si es que comprobamos que se tomaron las medidas de resguardos necesarias para proteger la vida de la mujer embarazada, por ejemplo el hecho de que la intervención la haga un especialista en el tema y utilizando los medios adecuados. Lógicamente si nos encontramos con un panorama totalmente diferente, como que quien hizo la

¹³³ETCHEBERRY Alfredo. *Derecho Penal, Parte Especial, T.III*, op. cit., p. 110.

intervención no tenía ninguna experiencia en el tema o lo realizó en condiciones insalubres, es muy difícil no pensar que se actuó por lo menos con dolo eventual respecto de la muerte de la mujer embarazada. Ahora, si este no es el caso cabría la posibilidad del delito preterintencional por lo que, siguiendo la teoría de la mixtura, dicho delito se debiese sancionar como un concurso ideal.

CONCLUSIONES:

Al comenzar esta investigación tenía claro que en el tema de la preterintencionalidad no existía en nuestra legislación, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia una solución unánime respecto del tratamiento penal que debía darse en estos casos.

Principalmente esta discusión tiene su base en la naturaleza de su elemento subjetivo, pues para algunos este elemento se constituye por el dolo del agente, para otros, al contrario, se constituye por la culpa y existe además una tercera postura que postula que en estos casos hay una mezcla entre dolo y culpa, pues existiría dolo en la intención del sujeto y culpa en el resultado producido por el sujeto el cual no fue previsto por él, pero que era previsible.

Aunque nuestra legislación no regula esta figura preterintencional en forma expresa, sí encontramos en nuestro Código Penal casos de delitos preterintencionales, así, además del caso típico que es el artículo 343, hay otros artículos del Código, que se mencionan por algunos autores, como casos de delitos preterintencionales, como por ejemplo los artículos 348 y 479, además de otros. Y si bien no hay una regulación expresa de esta figura existe en nuestro país una postura mayoritaria que señala la forma correcta de sancionar estos delitos siguiendo para esto la teoría de la mixtura. Sin embargo esta teoría no ha estado exenta de críticas, principalmente basadas en que es difícil concebir que en una misma conducta coexistan dos estados psicológicos totalmente contradictorios (como son el dolo y la culpa), no obstante, estas críticas han sido superadas puesto que se ha dejado en claro que en estos casos no existe un solo hecho, sino hechos distintos, con distintos resultados, cada uno de los cuales basa su culpabilidad en un elemento subjetivo distinto.

En base a la existencia de estas críticas me preocupé de analizar las demás soluciones que se han propuesto respecto al tratamiento penal de las figuras preterintencionales, concluyendo finalmente que la solución que se acerca a lo más justo, respetando totalmente el principio de culpabilidad, es la teoría de la mixtura.

Los motivos de esta conclusión son los siguientes:

-Hay un sector doctrinal que señala que la solución para los casos de delitos preterintencionales es considerar solo la intención del sujeto al momento de cometer el hecho, así, si Juan golpeó a Pedro, con el ánimo solo de lesionarlo, pero sin embargo producto del golpe Pedro cayó por las escaleras, producto de lo cual murió, este delito debiese sancionarse solo como lesiones dolosas, ya que el ánimo de Juan solo fue de lesionar a Pedro, pero jamás matarlo.

Creo que esta postura no es la correcta, porque si bien la intención en todo delito es un elemento primordial a considerar, también lo es el resultado que se produjo de la conducta desplegada por el autor. El resultado en este caso fue superior a lo que realmente quería el autor, pero una cosa es lo que el autor quería y otra cosa es lo que realmente ocurrió. El sancionar esta conducta solo de lesiones es lo mismo que ponernos una venda en los ojos y desconocer la existencia de un resultado mayor que efectivamente se produjo, en el ejemplo, Pedro no solo sufrió lesiones sino que como resultado de ese golpe que recibió él falleció, y esto, es una realidad que es imposible pasar por alto.

Por lo tanto claro está que en estos casos no se puede solo atender a la intención del sujeto cuando en la realidad las consecuencias han sido mayores, pues no es lo mismo enfrentarnos a una situación donde la víctima sufre una lesión, por más grave que ésta sea, y por más que solo este resultado haya sido el buscado por el hechor, que los casos en que finalmente la víctima pierde su vida frente a la temeridad llevada a cabo por el delincuente quien no midió las consecuencias de sus actos, consecuencias que debió prever pues eran efectivamente previsibles, ya que de lo contrario estaríamos frente a un caso fortuito y la solución tendría que ser otra.

-Por su parte, hay otro sector de la doctrina que propone como forma de solución de los delitos preterintencionales, el considerar solo el resultado mayor que se produjo, independiente que el ánimo del sujeto haya sido producir un resultado mucho menor, y ese resultado mayor debiese sancionarse como un delito culposo calificado por un particular contenido doloso. Siguiendo el mismo ejemplo propuesto, para esta

postura Juan debiese ser sancionado por el delito de homicidio culposo (calificado por un particular contenido doloso).

Al igual como lo señalé antes, tanto el ánimo como el resultado son elementos importantes de considerar al momento de calificar una conducta. En este caso, es importantísimo tener en consideración que la intención del autor jamás fue llegar a ese resultado mayor que finalmente se produjo (en el ejemplo, la muerte de Pedro), pero sí existía en él la intención inicial de cometer otro delito. Sancionar toda la conducta del autor como un cuasidelito sería desconocer el ánimo inicial con el que actuó el sujeto (en el ejemplo, Juan siempre tuvo el ánimo de lesionar a Pedro.) En el delito preterintencional existe un acto y ánimo inicial que constituye un delito, situación que no se da en un cuasidelito, pues en un cuasidelito de homicidio no hay intención ni de matar ni de lesionar, por lo que solo existe culpa, sin embargo en el homicidio preterintencional si bien no existe intención de matar, sí existe intención de lesionar, circunstancia que hace totalmente diferentes a ambas figuras.

Sin embargo, ambas figuras suelen ser confundidas por esta teoría y esto ocurre precisamente porque esta postura solo considera el resultado final y al hecho de si este resultado se quiso o no, obviando el ánimo y acto inicial del sujeto, pasando por alto si éste constituye también un delito. Si bien esta teoría trata de solucionar este problema señalando que la figura se castiga como un delito culposo, pero calificado por un particular contenido doloso, reconociendo así la existencia de este ánimo inicial del que hablamos, el problema se suscita al querer sancionar el mismo resultado (la muerte) tanto con culpa como con dolo, situación que no es posible aceptar puesto que la base de la culpabilidad serían dos estados psicológicos totalmente contradictorios que es imposible que se den a la vez en el mismo resultado, ya que el elemento subjetivo de este resultado debe ser o el dolo o la culpa, pero no ambos.

-Por su parte, hay ciertos países (como Italia) que el tema de la preterintencionalidad encuentra su solución en la propia ley, estableciéndose un tipo especial y por ende, una pena específica para estos casos.

Si bien pienso que esta es una solución adecuada, también creo que la base de esta tipicidad especial es precisamente el hecho de que se reconoce en estos casos la existencia de dos delitos, cada uno de los cuales se funda en un ánimo determinado y cuya coexistencia hace necesaria una pena específica, es por ello que se puede entender el por qué la pena en un caso de homicidio preterintencional es distinta, y menor, a la de un homicidio a secas.

Finalmente, este tipo de solución nos lleva igualmente a la teoría de la mixtura.

-En España, hasta antes del Código Penal de 1995, los casos de delitos preterintencionales se solucionaban aplicando a la figura específica (constituida por el resultado mayor) una circunstancia atenuante.

Si bien acá también tenemos una solución a este problema en la ley, nuevamente pienso que es necesario ahondar en cuál es la base para crear esta penalidad especial, por qué motivo en estos casos se haría necesario considerar una circunstancia atenuante y en otros no. Y la respuesta otra vez la encontramos en la teoría de la mixtura, pues, se estaría reconociendo que en casos como estos coexisten 2 ánimos (y por ende dos conductas), uno que nos señala cuál es el tipo penal a aplicar (el ánimo doloso) y otro que nos lleva a la aplicación de una circunstancia atenuante (el ánimo culposo), pues de no ser así, nada explicaría el por qué es necesario en estos casos aplicar una atenuante específica (la del art. 9 n° 4: “no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo.”)

Finalmente el propio Código Penal de 1995 termina reconociendo la existencia de un concurso de delitos sancionando la conducta en base a esto y llevándonos por ende al reconocimiento de la teoría de la mixtura.

Como podemos ver la teoría de la mixtura es la solución más adecuada para los casos de delitos preterintencionales y si bien, para algunos, es muy difícil concebir que dentro de una misma conducta existan dos estados psicológicos contradictorios (no obstante que, como ya señalamos, en estos casos existen 2 hechos con 2 resultados distintos), jurídicamente es la forma más justa de enfrentar este tema, pues tampoco es concebible solucionar esta figura dejando fuera uno de estos dos estados psicológicos,

pues es evidente que en estos casos coexisten dos delitos, cada uno de los cuales requiere un ánimo determinado para que se dé uno de los elementos más importantes del delito, como es la culpabilidad, de no considerarlo así, la solución sería peor, pues terminaríamos sancionando en base a una responsabilidad objetiva y esa solución sí sería aberrante.

En síntesis:

-La culpabilidad es un elemento del delito, por lo tanto, ninguna conducta podría sancionarse sin que medie dolo o culpa.

-Los delitos preterintencionales se basan en la existencia de una conducta producto de la cual devienen dos delitos distintos.

-En los delitos preterintencionales uno de los delitos está teñido de un ánimo doloso y el otro delito de un ánimo culposo, tal cual lo señala la teoría de la mixtura.

-La forma legal de solucionar este tipo de delitos es a través de los concursos de delitos, constituyéndose en estos casos un concurso ideal, debiendo aplicarse por lo tanto el art. 75 del Código Penal.

BIBLIOGRAFÍA

BUSTOS R., Juan. *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*. 2° edición aumentada, corregida y puesta al día. Editorial Ariel S.A. Barcelona, 1991.

CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Parte especial, Vol. I*. 4° edición revisada. Colombia, Editorial Temis Librería, Bogotá-Colombia, 1979.

CARRARA, Francesco, *Opúsculo sobre el caso fortuito*.

CARRARA Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial, Vol. II*. 4° edición revisada. Colombia, Editorial Temis Librería. Bogotá-Colombia, 1981.

CEREZO MIR, JOSÉ. *Problemas fundamentales del derecho penal*. España. Editorial Tecnos S.A. 1982.

COUSIÑO M., Luis. *Derecho Penal Chileno, Parte General, T.I*. Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1975.

CUELLO CALÓN, EUGENIO. *Derecho Penal. Parte General. I, Vol. Primero*. Barcelona. Bosch, Casa Editorial S.A. 1980.

CURY, Enrique. *Interpretación del art. 343 del Código Penal en R.C.P, T. XVII*, n° 3, 1958.

ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte General, T.I*. 3ra ed., Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal, Parte Especial, T. III*. 3° edición revisada y actualizada. Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

FRIEDMANN Bordan, Eva. *El delito preterintencional*. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en la facultad de Leyes y Ciencias Políticas Universidad de Chile. Impresiones Lazcano. Santiago- Chile, 1936.

GARRIDO M., Mario. *Derecho Penal, Parte General, T.II. Nociones fundamentales de la teoría del delito*. 4° edición, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

GARRIDO M., Mario. *Derecho Penal, Parte Especial, T.III*. 4° edición actualizada, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2007.

GARRIDO M., Mario. *El homicidio y sus figuras penales*. Chile, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1994.

GÓMEZ, Eusebio. *Tratado de derecho penal", T.I*. Buenos Aires, Editorial Ediar-Bs As, 1939.

GÓMEZ, E. *Tratado de Derecho Penal, T.II*. Argentina. Ediar Editores, Buenos Aires, 1939.

GACETA TRIBUNALES

JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, T. IV. Buenos Aires, 1956-70.

LABATUT G., Gustavo, *Derecho Penal, T.I*. 9° edición actualizada por el profesor Julio Zenteno Vargas, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2005.

NAKANISHI C., Georgina. *La preterintención en la doctrina, en la legislación y en la jurisprudencia*. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. En: RAMÓN PINOCHET, GEORGINA NAKANISHI, MIGUEL SAPIAIN, RICARDO SANTÁNDER, *Memorias de licenciados de derecho penal*, Vol. XVII, T I. Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1951.

NOVOA M., Eduardo. *Curso de derecho penal chileno, Parte General, T.I*. 2° edición, Santiago-Chile. 1960.

NOVOA M., Eduardo. *Curso de derecho penal chileno. Parte General, T.I*, 3° edición, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2005.

POLITOFF, Sergio; BUSTOS, Juan y GRISOLÍA, Francisco. *Derecho Penal Chileno, Parte Especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas, V.I*. Chile, 1971.

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de derecho penal chileno. Parte General*. Editorial Jurídica de Chile, 2004.

POLITOFF L. Sergio; MATUS A. Jean Pierre; RAMÍREZ G. María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Volumen II*. 2° ed. Actualizada, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2005.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Curso de Derecho Penal. Parte General (acorde con el nuevo Código Penal de 1995)*. Barcelona. Cedecs Editorial S.L. 1996.

TABÍO, Evelio. *Temas de derecho penal*. La Habana, J. Montero, editor, 1944.

URIBE A., Armando. *De los delitos calificados por el resultado*. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Santiago, Chile. Facultad de ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile, 1957.

VELASCO B., Carmen. *La Preterintención en el Código Penal chileno*. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la U. de Chile. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1962.

