

## RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y PRETERINTENCIÓN

Dr. ANTONIO VICENTE ARENAS

JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, magistrado del Tribunal de Medellín y profesor universitario, ha publicado un libro de indiscutible interés para jueces y abogados. "Es —según palabras de su autor— una invitación a repensar los temas introductorios del derecho penal general, es decir, a estudiarlos en sus fundamentos filosóficos, técnicos, políticos y constitucionales".

Es —en verdad— una obra que despierta inquietudes e invita a controvertir las diversas materias que ella trata con desenvoltura y elegancia. Previo reconocimiento de que representa aporte bibliográfico de primera importancia en el campo de las disciplinas penales, queremos responder a ese ánimo polémico expresando nuestra inconformidad con la tesis de que varias conductas de doble resultado, descritas en la parte especial, no son aplicables por contrariar el principio rector que proscribía toda forma de responsabilidad objetiva.

—I—

La proscripción de la responsabilidad objetiva no es nueva en nuestro derecho positivo. También la prohibía tácitamente la anterior legislación penal.

El Código de 1936 disponía (art. 13) que "en las contravenciones la simple acción u omisión hace responsable al agente".

La interpretación literal de esta norma llevó a pensar que ella desconocía el aspecto subjetivo en las contravenciones y consagraba la responsabilidad objetiva con exclusivo fundamento en la materialidad de la conducta. Así lo sostuvo MIGUEL LLERAS PIZARRO cuando dijo que "se ha adoptado como base de la responsabilidad contravencional, únicamente la imputabilidad física, en atención a que las sanciones de policía, por ser de carácter rigurosamente preventivo, deben ser aplicadas rápidamente".

No era ese, sin embargo, el alcance de la disposición. Lo que allí se establecía era la sanción indiscriminada de las contravenciones sin necesidad de averiguaciones sobre el grado de la culpabilidad. Por consiguiente las causales de exclusión de la antijuridicidad o de la culpabilidad, como la legítima defensa, el estado de necesidad, el caso fortuito, etc., eran aplicables por igual a los delitos y a las contravenciones.

También el Código Penal italiano de 1930, en el cual se inspiró el nuestro en buena parte, parecía desconocer el elemento subjetivo en las contravenciones y admitir el principio de la responsabilidad objetiva. Pero BETTIOL, al precisar el alcance del inciso final del art. 42 expuso claramente:

"La conclusión a que llegamos respecto al elemento subjetivo de las contravenciones puede compendiarse en estos términos: mientras en lo que se refiere a los delitos se responde comúnmente a título de dolo y solo por excep-

—14—

ción a título de culpa, es decir, siempre que la ley consienta esta forma psicológica de realización, en lo concerniente a las contravenciones *estas pueden realizarse indiferentemente a título de dolo o de culpa*. Esto significa que aun respecto de las contravenciones el error de hecho puede excusar y particularmente la buena fe derivada del convencimiento razonable de ejercer un derecho".

—II—

Tampoco para los delitos de doble resultado regía el principio de la responsabilidad objetiva. Eran ellos la violencia carnal "si los actos ejecutados sobre la víctima le ocasionaren la muerte o grave daño en su salud" (art. 318); el homicidio preterintencional si "con el propósito de perpetrar una lesión personal se ocasionare la muerte" (art. 365); las lesiones personales, "si a causa de las inferidas a una mujer encinta sobreviniere aborto o parto prematuro con resultados nocivos para la salud de la agredida o del feto" (art. 376); el aborto cuando "por los medios empleados para causarlo, se ocasionare la muerte de la mujer" (art. 387), y el abandono cuando a consecuencia del mismo sobreviniere la muerte del niño (art. 396).

Para ninguna de estas formas preterintencionales regía el principio de la responsabilidad objetiva, porque, de acuerdo con el art. 12, las infracciones cometidas por personas imputables tenían que ser "intencionales o culposas". Las primeras se sancionaban sin excepción. Las segundas solo en los casos expresamente previstos. Los resultados *fortuitos*, o sea los que no habían sido queridos, ni previstos, ni eran previsibles, no aparejaban responsabilidad penal porque no eran intencionales ni culposos. En las formas preterintencionales se imputaba el segundo resultado (muerte, aborto, etc.) solo cuando se había producido con *culpa*, es decir, cuando no habiendo sido querido ni previsto, era *previsible*.

Así, una lesión personal, causada con propósito de dañar —*animus nocendi*— pero desprovista de intención de matar —*animus necandi*— y seguida de la muerte del lesionado, no podía calificarse de homicidio preterintencional si este segundo resultado había sido imprevisible. El aborto causado a una mujer, cuando solo existía el propósito de inferirle daño en el cuerpo o en la salud, tampoco era imputable si el embarazo había sido ignorado por el agente. El abandono de niños no constituía forma agravada si el modo de ejecución (exposición, por ejemplo) hacía imprevisible la muerte de la criatura. Y así en los casos restantes.

Si algún juez, durante la vigencia del Código de 1936, hubiese sancionado cualquier forma preterintencional cuando el segundo resultado no previsto ni querido era, además, imprevisible, habría procedido con el criterio de la responsabilidad objetiva, tácitamente rechazado por la ley, la cual exigía que el resultado, cualquiera que fuese, de una conducta en ella tipificada como punible, debía realizarse con intención o con culpa.

—III—

Sostiene el doctor FERNÁNDEZ CARRASQUILLA que "el Código respetó bastante bien, en su articulado, la extensión significativa de sus propias normas

—15—

rectoras. Sin embargo —agrega—, rastreando solamente en un sentido muy general, pueden encontrarse algunas dificultades de armonización o compatibilidad que son, en el fondo, más aparentes que reales”.

Como una de tales incompatibilidades está la presencia, en la parte especial, de disposiciones que “aparentan” contener responsabilidad objetiva. “Se trata —expresa el doctor FERNÁNDEZ— de los arts. 338 (lesiones personales seguidas de aborto o parto prematuro nocivo) y 348 (abandono de personas desvalidas seguido de lesión o muerte). En una conferencia dictada sobre el tema de los delitos contra la vida y la integridad personal, el doctor GUILLERMO DUQUE RUIZ sugirió, como solución al aparente conflicto con el art. 5°, la vía de la preterintención contenida en el art. 38. Según esta tesis, se obviaría la responsabilidad objetiva de esos aparentes delitos calificados por el resultado, tomándolos como delitos preterintencionales y exigiendo que el segundo resultado se cause al menos culposamente, es decir, que sea previsible. Este conato de solución, tan serio que puede llegar a imponerse en la práctica, es susceptible, sin embargo, de algún reparo, pues el art. 39 no somete a pena la preterintención, como la culpa sino «en los casos expresamente determinados en la ley», de suerte que en los demás se trata de un indebido procedimiento analógico. Los arts. 338 y 348 no mencionan expresamente la preterintención, de la que no se ve cómo podría aludirse a ella en tal forma sino mencionándola *expressis verbis*. De consiguiente, creemos, la solución está en la inaplicabilidad de las agravantes, por ser contrarias a la prohibición de responsabilidad objetiva que tajantemente impone el art. 5°, salvo, claro está, el dolo”. (Las bastardillas son nuestras).

Compartimos el criterio del doctor DUQUE RUIZ. Las conductas descritas en los arts. 338 y 348 son formas preterintencionales que por haber sido previstas expresamente deben tener aplicación. Los elementos del delito preterintencional están insitos en ellas: un primer resultado doloso, un segundo resultado culposo y relación de causalidad entre el primero y el segundo.

En la parte especial de nuestros *Comentarios* (t. II, vol. II, pág. 307, cuarta edición) sostuvimos que la conducta descrita en el art. 338 del Código Penal es *preterintencional* cuando el parto prematuro o el aborto, siendo previsibles, exceden la intención del agente, cuyo propósito era causar un daño en el cuerpo o en la salud de la agredida, no un aborto ni un parto anticipado. En esta modalidad —dijimos— “lo esencial es que las lesiones acarreen parto prematuro o aborto, no previstos ni queridos por el agente, pero sí *previsibles*”. Lo cual quiere decir que si estos resultados no fueron queridos, ni previstos, ni eran previsibles, no hay lugar a responsabilidad penal, pues de lo contrario se quebrantaría la terminante prohibición del art. 5°.

Siendo, pues, “aparente” la incompatibilidad entre los arts. 5° y 338, como lo reconocen los doctores FERNÁNDEZ CARRASQUILLA y DUQUE RUIZ, no vemos la razón para que el primero sostenga que “la solución está en la inaplicabilidad de las agravantes”. Inaplicables sí, cuando fuere fortuito el segundo resultado, o sea cuando no se quiso, ni se previó, ni era previsible; no cuando se ocasionare con culpa consciente, por ejemplo, cuando era ostensible el embarazo de la mujer agredida en su integridad personal.

Lo anterior es aplicable, *mutatis mutandi*, al art. 348, citado también por el doctor FERNÁNDEZ.

Los antecedentes del nuevo Código revelan que sus autores no tuvieron en mientes crear tipos penales reñidos con la norma rectora sobre responsabilidad.

El doctor BAQUERO, ponente del capítulo sobre “lesiones personales”, dijo que el parto prematuro, acompañado de consecuencias nocivas para la salud, o el aborto “no pueden ser indiferentes a la ley penal por más que el agente no las haya querido y deben ser sancionadas severamente porque configuran un atentado a la integridad personal de la mujer o del ser que está por nacer”. Y aclaró: “Es entendido que se trata de un resultado no querido por el agente pero respecto del cual concurren, obviamente, todos los elementos de la infracción”. Lo cual quiere decir que si el segundo resultado no fue previsto, ni querido, ni era previsible, no se configura el delito preterintencional por faltarle uno de sus elementos esenciales: la culpabilidad (Acta núm. 109).

De acuerdo con el criterio del ponente se propuso en el art. 358 del anteproyecto de 1974 una fórmula que coincide sustancialmente con la acogida por el art. 338 del Código Penal.

También el doctor LONDOÑO, ponente del capítulo sobre “aborto”, dio la calificación de “preterintencional” “al que se causare con violencia en la mujer” pero “sin quererlo o sin aceptarlo... ya que en realidad de verdad se trata de una consecuencia no querida por el agente, quien solo quiso ejercer violencia contra la mujer, sabiendo o constándole que se encontraba embarazada. Con este factor previo, resulta indudable que el aborto tenga que ser previsible, razón por la cual debe imputarse a título de preterintención”. (Acta núm. 117).

El comité designado para estudiar la ponencia del doctor LONDOÑO ratificó así el carácter de conducta preterintencional de las lesiones seguidas de parto prematuro o aborto, no previstos ni queridos:

“El art. 7° de la ponencia se refiere al aborto preterintencional. El comité prescindió de él, pues en los casos en que el aborto se presenta como consecuencia no querida, la preterintención se da no respecto del dolo de hacer abortar que no se tenía, sino del dolo diferente que se tenía, como el de lesionar o el de acceder carnalmente a una mujer embarazada.

“El primer caso quedó contemplado en el capítulo de las lesiones en el artículo referente a la lesión personal seguida de aborto o parto prematuro con consecuencias nocivas para la salud de la mujer o el feto.

“Respecto de la segunda hipótesis, este comité formula una recomendación al que está estudiando precisamente el título referente a los delitos contra la libertad y el honor sexuales, para que se estudie la forma de establecer como agravante del delito de violencia carnal no solo el hecho de que se siga de ella la muerte o lesión de la ofendida, como lo establece el art. 318, sino también el caso de que se siga el aborto como consecuencia del acceso carnal violento con la mujer embarazada”. (Acta núm. 118).

La segunda recomendación (violación seguida de aborto) no tuvo acogida. A nuestro juicio ha debido tipificarse esta conducta preterintencional, pues si

el aborto era previsible, por ejemplo por tratarse de mujer en notorio estado de embarazo, la penalidad mayor se justifica plenamente.

—V—

*Conclusiones:*

a) La responsabilidad objetiva está expresamente prohibida en el nuevo Código Penal. En el de 1936 tampoco era admisible, aunque se creyó, sin fundamento, que era procedente en las contravenciones.

b) Los arts. 338 y 348 del Código Penal de 1980 no se oponen a la norma rectora que proscribía toda forma de responsabilidad objetiva.

c) Si el segundo resultado (parto prematuro, aborto, lesiones o muerte) no hubiere sido querido, ni previsto, ni fuere previsible, es decir, si no fuere culpable, no podrá aplicarse la forma preterintencional.

d) La violación seguida de aborto (previsible) es forma preterintencional no punible por no haber sido expresamente prevista.

## LAS NUEVAS CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN DEL HECHO Y LOS DERECHOS CIVILES Y LAS GARANTÍAS SOCIALES

Dr. DARÍO ARCILA ARENAS

Profesor de Derecho penal en la Universidad de Antioquia.  
Miembro de la Junta Directiva de la Asociación de Profesores  
de la Universidad de Antioquia y de "Colegas".

"Cuando uso una palabra —dijo Humpty Dumpty con algo de desprecio— significa lo que me da la gana que signifique. Ni más ni menos". "El problema —dijo Alicia— es el de si se puede hacer que las palabras signifiquen tantas cosas diferentes". "El problema —dijo Humpty Dumpty— es el saber quién manda. Eso es todo". (LEWIS CARROLL, *Alicia en el país de las maravillas*).

### I. OJETIVO

Al atrevernos a publicar este modesto ensayo, desarrollo de la ponencia que presentamos en el "Primer encuentro nacional de abogados por la plena vigencia del estado de derecho" celebrado en Bogotá entre el 4 y el 6 de diciembre de 1981 y al cual concurrimos como delegados del Colegio Antioqueño de Abogados, "Colegas", solo queremos dar a conocer algunas de las inquietudes y de los temores que nos han suscitado las nuevas "causales de justificación del hecho", o, como prefieren decirlo los miembros de la Comisión Asesora del nuevo Código Penal<sup>1</sup>, la nueva y técnica redacción que se dio al num. 1° del art. 25 del Código Penal de 1936 "con criterio realista"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Al culminar el trabajo iniciado en 1972, cuando mediante el decreto 416 el gobierno nacional creó la Comisión de Reforma del Código Penal, en la ley 5° de 1978 se otorgaron al presidente de la República facultades extraordinarias por el término de un año, "para expedir y poner en vigencia un nuevo Código Penal, sobre las bases, principios y lineamientos generales del proyecto presentado por el gobierno al Senado de la República el 3 de agosto de 1978, y el anteproyecto publicado en 1974 por el Ministerio de Justicia...", y se creó una Comisión Asesora del presidente "integrada por dos senadores y tres representantes... y por sendos miembros de las comisiones redactoras, designados por el gobierno", quienes a la postre resultaron ser los doctores FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, CIRO LÓPEZ, ANDRÉS WILCHES BALSERIO, JAIRÓ ORTEGA RAMÍREZ, EDUARDO ROSAS BENAVIDES, LUIS CARLOS GIRALDO MARÍN y JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ ANZOLA, casi sin excepción, reconocidos políticos.

<sup>2</sup> FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Presentación del nuevo Código Penal al gobierno por el presidente de la Comisión Asesora; nuevo Código Penal*, publicaciones Suárez Melo Consultores Jurídicos Asociados, Bogotá, 1980, pág. 25.