

# LA PRETERINTENCIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL

ANTONIO VICENTE ARENAS

## I

El Código Penal de 1936 dispone (art. 12) que las infracciones cometidas por personas imputables “son intencionales o culposas”.

El decreto 100 de 1980 establece (art. 35) que “nadie puede ser penado por un hecho punible, si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención”.

La norma del nuevo Código se inspira en el artículo 42 del Código Penal italiano. Refiriéndose a ella dice BETTIOL “que la preterintencionalidad no tiene manera de asumir el rango de una tercera forma psicológica del delito, en cuanto se presenta como una mezcla de dolo y de culpa... Conviene, pues, permanecer en la tradicional dicotomía de dolo y culpa” (*Derecho Penal*, parte general. Edit. Temis, Bogotá, 1965, pág. 384).

## II

El Código Penal de 1980 prevé, en el artículo 38, además de las formas tradicionales de dolo y culpa, la conducta preterintencional “cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente”.

Son, pues, elementos del delito preterintencional, que exista *dolo* en relación con la intención menos grave, y *culpa* en lo concerniente al resultado más grave, previsible, pero no previsto ni querido (culpa sin previsión).

La conducta preterintencional es, por consiguiente, una forma intermedia que participa de las características del dolo y de la culpa. Por tal razón varios autores llaman al delito preterintencional *culposo calificado*.

## III

Las conductas descritas en la parte especial son punibles cuando se realizan con dolo. En cambio “la conducta preterintencional o culposa solo es punible en los casos expresamente determinados en la ley” (art. 39).

Son punibles las conductas *culposas* a que se refieren los artículos 137, 180, 199, 329 y 340 (peculado, fuga de presos, delitos de peligro común, homicidio y lesiones personales).

Son punibles las conductas *preterintencionales* que relacionaríamos en seguida.

#### IV

Las conductas preterintencionales que sancionaba —también por excepción— el Código de 1936 eran las siguientes:

Violencia carnal, cuando los actos ejecutados sobre la víctima le ocasionaren la muerte o grave daño en su salud (art. 318).

Homicidio, cuando con el propósito de perpetrar una lesión personal se ocasionare la muerte de otro (art. 365).

Lesiones personales, cuando a causa de ellas sobreviniere un parto prematuro o un aborto (art. 376).

Aborto, cuando por los medios empleados para causarlo se ocasionare la muerte de la mujer (art. 387).

Abandono, cuando de la exposición o abandono resultare la muerte del niño (art. 396).

En estos casos (excepción hecha del homicidio), el resultado más grave, no previsto ni querido, era circunstancia de agravación del delito intencional o doloso: violencia carnal agravada por la muerte de la víctima, lesiones personales agravadas por el aborto o el parto prematuro, aborto agravado por la muerte de la mujer, abandono agravado por la muerte del niño.

#### V

El Código Penal de 1980 sanciona las siguientes conductas preterintencionales:

Homicidio, cuando preterintencionalmente se matare a otro (arts. 38 y 325).

Lesiones personales, cuando por las inferidas a una mujer sobreviniere parto prematuro o aborto (art. 338).

Abandono de menores y de personas desvalidas, si del hecho se siguiere para el abandonado alguna lesión personal o la muerte (art. 348).

Otras conductas, como la violencia carnal seguida de muerte, el aborto seguido de muerte, etc., constituyen, de acuerdo con los artículos 38 y 325, homicidios preterintencionales. Con el mismo criterio, y para ser consecuentes con lo dispuesto en el artículo 38, ha debido incluirse también como homicidio preterintencional el abandono de menores y de personas desvalidas, seguido de muerte, no prevista ni querida.

#### VI

Tradicionalmente se ha denominado preterintencional el homicidio que se ocasione “con el propósito de perpetrar una lesión personal” (C. P. de 1936,

art. 365), o “sin intención de matar a otro, pero con la de maltratarlo o herirlo” (C. P. de la Nueva Granada, art. 639), o “cuando el homicida se propuso causar al agredido un mal diverso de la muerte” (C. P. de 1890, art. 590).

En el Código Penal de 1980 es más amplia la noción de homicidio preterintencional, pues se da ese nombre al delito cometido por quien “preterintencionalmente matare a otro” (art. 325), o sea, cuando el resultado de la conducta del agente “siendo previsible, excede la intención del agente” (art. 38).

Durante la legislación anterior —desde 1837 hasta 1980— era requisito esencial del homicidio preterintencional la intención exclusiva de lesionar, herir, maltratar o causar daño al agredido. Sin el propósito de menoscabar la integridad personal no podía admitirse el homicidio preterintencional. Podía ser la muerte circunstancia agravante de otros delitos cuando era consecuencia no prevista ni querida, pero no podía calificarse el hecho como homicidio. En el Código vigente el homicidio es preterintencional cuando el resultado (muerte) de la conducta dolosa “excede la intención del agente”.

En la ley vigente el exceso no previsto puede provenir no solo de la intención de causar lesiones sino de cualquier otro hecho punible. Contrasta la noción restringida del Código anterior con la muy amplia del decreto 100 de 1980. Por esa razón dijo el ponente: “No se entra aquí a describir el homicidio preterintencional, tal como lo hace el actual Código Penal, porque ya en la parte general fue aprobada una decisión al respecto” (acta núm. 102).

De acuerdo con la nueva orientación legal deberán sancionarse como homicidios preterintencionales las siguientes conductas en las que la muerte es resultado que excede la intención del agente:

a) Homicidio causado con la intención de perpetrar una lesión personal (forma tradicional);

b) Homicidio causado con la intención de neutralizar con la fuerza la resistencia opuesta por la víctima a la realización del acceso carnal.

El anteproyecto de 1974 (art. 315) propuso conservar para esta forma preterintencional, prevista en el artículo 318 del C. P. de 1936, la denominación jurídica de *violación*. En el mismo sentido se pronunció el proyecto de 1976 (art. 396). Pero el decreto 100 de 1980 eliminó esta modalidad agravada de la violencia carnal para convertirla, de acuerdo con los artículos 38 y 325, en homicidio preterintencional.

c) Homicidio causado con la intención de producir el aborto.

Lo mismo ocurrió con la modalidad preterintencional del delito de aborto, prevista en los artículos 387, inciso segundo, del C. P. de 1936, 365 del anteproyecto de 1974 y 448, inciso primero, del proyecto de 1976. El decreto 100 de 1980 suprimió esta modalidad preterintencional del aborto para darle la denominación y el tratamiento de homicidio preterintencional. De esta manera el resultado letal proveniente de maniobras exclusivamente destinadas a interrumpir el proceso de la gestación dejó de ser circunstancia agravante del aborto para configurar un homicidio preterintencional.

d) Homicidio causado como resultado de la violencia ejercida contra empleado oficial para obligarlo a ejecutar u omitir algún acto propio de su cargo o a realizar uno contrario a sus deberes oficiales.

Tanto en el Código Penal de 1936 (art. 184) como en el de 1980 (art. 164) la violencia intencionalmente ejercida contra empleado oficial con el fin de obtener alguno de los resultados aludidos, es delito contra la administración pública.

Si como resultado de la violencia se siguiere la muerte, no prevista ni querida del funcionario, pero sí previsible, la conducta deberá sancionarse como homicidio preterintencional, pues encuadra perfectamente en las previsiones de los artículos 38 y 325.

e) Homicidio cometido como consecuencia de la violencia ejercida para facilitar la fuga.

En el Código de 1936 (art. 203) y en el nuevo (art. 178) la violencia contra las personas es circunstancia agravante del delito de fuga de presos.

Pero si el resultado de la violencia intencionalmente ejercida para facilitar la evasión fuere la muerte no prevista ni querida, pero sí previsible, la conducta deberá sancionarse como homicidio preterintencional.

Esta enumeración no es exhaustiva. Pueden presentarse otros casos de homicidio preterintencional, pues el nuevo sistema legislativo es tan amplio que deberá darse esa calificación a todas las muertes, no queridas ni previstas, pero sí previsible, cuando fueren resultado excesivo de algún hecho delictuoso cometido con intención menos grave.

En la anterior legislación el resultado letal no querido, derivado de una conducta intencional era, menos en el homicidio, circunstancia agravante de otro hecho punible (violencia carnal, aborto, etc.) o violación que autorizaba aplicar la norma del concurso de delitos (delito contra funcionario público y homicidio, fuga de presos y homicidio, etc.).

Lo que no debe perderse de vista es que entre la muerte, no querida, y el hecho intencional del que aquella se sigue, debe haber relación de causalidad, ya que "nadie podrá ser condenado por un hecho punible, si el resultado del cual depende la existencia de este, no es consecuencia de su acción u omisión" (art. 21).

## VII

"La intención de ocasionar un daño en el cuerpo o en la salud, menor que la muerte, constituye el dolo de las lesiones personales. Ese dolo subsiste aun cuando el agente no se hubiere propuesto que el daño alcanzara un grado o modalidad determinados, siempre que hubiere tenido el propósito de irrogar lesión a la persona de la víctima. No podría alegarse, para negar el dolo, por ejemplo, que el agresor solo quiso ocasionar una simple incapacidad en vez de una deformidad física, o una deformidad en lugar de una perturbación funcional. Por este aspecto el dolo es genérico; basta que se hubiera querido causar daño (cual-

quiera, determinado o indeterminado en cuanto al resultado) en el cuerpo o en la salud, sin propósito de matar. De ahí que no pueda existir delito ultraintencional de lesiones personales".

La opinión anterior, expuesta por LUIS EDUARDO MESA VELASQUEZ (*Delitos contra la vida y la integridad personal*. Bogotá. Publicaciones Externado de Colombia. 1972. Pág. 71), se aparta de la doctrina de CARRARA quien se expresa en los siguientes términos:

"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 podría causarle tanto mal como el que de hecho se le causó, aunque al agente le hubiera sido posible preverlo... Si uno le da un bofetón a una persona, ciertamente tuvo el deseo de ofenderla, pero si de ello se sigue a la víctima un delirio pasajero que agrave la herida, esta herida grave podrá declararse preterintencional" (*Programa*, núm. 1412).

La doctrina aplicable en nuestro derecho positivo no es la de CARRARA sino la que acertadamente expone MESA VELÁSQUEZ. Entre nosotros la materialidad del delito de lesiones personales es el daño que cause el agente en el cuerpo o en la salud de la víctima (art. 331). Demostrado que el resultado fue consecuencia de su acción u omisión, se le debe condenar por el daño que realmente produjo (mal mayor), no por el que tuvo intención de causal (mal menor). Así lo dispone el artículo 337: "Si como consecuencia de la conducta se produjeren varios de los resultados previstos en los artículos anteriores, solo se aplicará la pena correspondiente al de mayor gravedad".

La única forma preterintencional de lesiones que admite nuestra legislación es la del artículo 338, cuando "a causa de la lesión inferida a una mujer, sobreviniere parto prematuro que tenga consecuencias nocivas para la salud de la agredida o de la criatura, o sobreviniere el aborto".

## VIII

Es discutible el sistema adoptado por el nuevo Código en materia de preterintención.

El Código Penal de 1936 admitía una sola forma de homicidio preterintencional: la muerte ocasionada con el propósito de perpetrar una lesión personal (art. 365). Según el Código Penal de 1980, incurre en esta especie de homicidio "el que preterintencionalmente matare a otro" (art. 325), es decir, cuando la muerte, siendo resultado previsible ha excedido la intención del agente (art. 38).

La denominación de homicidio para todas las muertes causadas preterintencionalmente no consulta el parecer de autorizados doctrinantes. La forma preterintencional que puede asumir el elemento psicológico del delito tiene carácter excepcional y requiere, además de la relación causal entre los dos eventos, el intencional y el resultado excesivamente producido, que "la lesión jurídi-

ca progrese en la misma línea, es decir, que se convierta en más grave en la misma especie o al menos en el mismo género de intereses jurídicos". Estas palabras son de MANZINI. BETTIOL las cita y agrega: "los diversos eventos deben estar entre sí en una relación de progresión, que solo puede verificarse cuando se presentan como formas de lesión de diversa gravedad en un bien jurídico tutelado. Se admite la preterintencionalidad entre la lesión y el homicidio, no entre la lesión y el robo con violencia sobre la persona" (ob. cit., pág. 408).

De acuerdo con esta doctrina no puede admitirse la preterintencionalidad cuando, por ejemplo, el preso ejerce violencia física contra su guardián, no con intención de lesionarlo sino de facilitar la fuga y sin embargo le causa la muerte. Las dos lesiones jurídicas no se encuentran en la misma línea, pues los intereses tutelados son completamente diferentes: la administración de justicia, de un lado, y la vida, del otro. Lo mismo ocurre cuando se usa violencia para impedir a un elector el ejercicio del sufragio (art. 249) y de ella se sigue la muerte, previsible, del sujeto pasivo. Tampoco están en la misma línea los delitos contra el sufragio y contra la vida y la integridad personal. Igual observación es pertinente respecto de todas las muertes ocasionadas preterintencionalmente, cuando el evento intencional lesiona un bien jurídico (administración de justicia, sufragio, seguridad del Estado, etc.) y el resultado excesivo y previsible otro totalmente diferente como es el derecho a la vida.

En este orden de ideas parece más jurídico el sistema del C. P. de 1936 que el del Código de 1980.

El único tipo de homicidio preterintencional que razonablemente ha podido conservarse es aquel en que la muerte se causa "con el propósito de perpetrar una lesión personal". Y aun habría podido suprimirse para acoger la fórmula de JOSÉ PECO, quien en su proyecto del Código Penal, art. 126, no denomina homicidio a esta conducta, sino lesiones agravadas por el resultado.

Lo cierto es que las demás formas preterintencionales deben figurar en los capítulos correspondientes (violación, aborto, abandono, etc.), tal como estaba previsto en los artículos 318, 387, 396, etc. del C. P. de 1936. pues a todas las formas preterintencionales (sin excluir las lesiones seguidas de muerte, como lo sugiere JOSÉ PECO), se les debe dar la denominación del delito que se quiso cometer.

Así lo entendió la comisión redactora de 1974 al incluir en adecuados capítulos las varias formas preterintencionales punibles: el art. 315 en la violación, el 365 en el aborto, el 372 en el abandono de menores y de personas desvalidas.

La segunda comisión (1976) procedió con el mismo criterio, como puede verse en los artículos 396 (violación), 448 (aborto), 455 (abandono).

Sin embargo los dos proyectos y también el decreto 100 de 1980 incurrieron en el error de extender la denominación de homicidio preterintencional a todas las muertes causadas preterintencionalmente (véanse los artículos 344 del anteproyecto de 1974, 427 del proyecto de 1976 y 325 del decreto 100 de 1980), con lo cual introdujeron un factor de confusión que habría podido evitarse si se hubiese tipificado con la debida claridad lo que se entiende por homicidio preterintencional para no identificarlo con otras formas a las que no es jurídico dar esa denominación.

## CARTAS AL DIRECTOR

Señor doctor  
NÓDIER AGUDELO BETANCUR  
Medellín

Estimado doctor Agudelo:

Al perdido municipio en las montañas del sur de Colombia, donde ejerzo la judicatura, me ha llegado, por casualidad, el número 9 de su importante publicación, *Nuevo Foro Penal*. Su lectura ha motivado las siguientes breves acotaciones:

La conferencia del doctor Juan Fernández Carrasquilla es muy importante, pero me temo que, por su espíritu crítico, lleve a las mentes más confusión que claridad. Para nosotros, jueces promiscuos y litigantes noveles, ha sido difícil comprender las causales de inculpabilidad y su contraparte la culpabilidad, de la que se ha dicho que es la columna vertebral del nuevo Código. La conferencia nos sorprende, al identificar dichas causales con la tipicidad. Dice así:

"La diferencia entre causas de justificación y causas de inculpabilidad, desde ese punto de vista no es demasiado nítida; piensen ustedes, como dice algún autor, en que el caso fortuito significa que la acción no está prohibida. En efecto, la ley no prohíbe matar en circunstancias de caso fortuito, ello no es ilícito, luego la acción que se realice en caso fortuito no es típica, porque no está prohibido por la ley".

Pero igual podríamos decir: matar en legítima defensa no es conducta típica porque está autorizada por la ley; matar en estado de necesidad no es conducta típica, porque está autorizada por la ley; matar en situación de error, tampoco, etc. Tanta tipicidad ni en el doctor Reyes Echandía.

Realmente la descripción legal del hecho punible no puede abarcar tanto. El método analítico que el doctor Fernández reclama, exige que se proceda paso a paso en el juicio lógico. En el "caso" la responsabilidad debe descartarse en el primer momento, sin siquiera avanzar a la tipicidad, porque no existe, penalmente, "hecho punible".

Pero si se concede que el "caso" es una causal de inculpabilidad, el descarte de la responsabilidad debe hacerse después de sobrepasar la acción, la tipicidad y la antijuridicidad.

Lástima que el comisionado Velásquez Gaviria no hubiese defendido con más ardor su tesis de que el caso fortuito más que una causal de inculpabilidad es ausencia de acción.