



**UNIVERSIDAD DEL AZUAY**

**DEPARTAMENTO DE POSGRADOS**

**MAESTRÍA DE DERECHO PENAL**

**ELIMINACIÓN DE LA PRETERINTENCIÓN COMO ELEMENTO  
SUBJETIVO DEL TIPO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL  
PENAL**

**AUTOR: JOSÉ FELIPE HIDALGO PALACIOS**

**DIRECTOR: DR. JUAN CARLOS SALAZAR ICAZA**

**CUENCA, ECUADOR**

**2019**

Este trabajo lo dedico a todos mis seres queridos que me apoyaron en este proceso de estudios de cuarto nivel, en especial a mis padres. Quiero dedicarlo a todos los profesores que ayudaron ahondar cada vez más en los conocimientos sobre derecho penal, especialmente a mi director el doctor Juan Carlos Salazar Icaza.

**Eliminación de la preterintención como elemento subjetivo del tipo en el Código  
Orgánico Integral Penal.**

José Felipe Hidalgo Palacios.

Director: Dr. Juan Carlos Salazar Icaza.

**Resumen:**

Este ensayo trata el tema del delito preterintencional, una figura bastante controversial dentro del derecho penal que establece la posibilidad de imputar a una persona un resultado más grave que el querido, que se configura por el modo de acción utilizado para alcanzar el fin. Si bien la institución tiene un objetivo racional, el problema radica en la intención de colocarlo junto al dolo y la imprudencia como figuras subjetivas del tipo, pues no se ha llegado a aprobar una determinación exacta de su contenido en este aspecto. Se utiliza el método de investigación documental y experimental, analizando los planteamientos doctrinales sobre la institución, en conjunto con Código Orgánico Integral Penal y los diarios de debates para la creación de este

cuerpo de leyes para examinar el tema planteado. En este proceso se encontró que la figura de la preterintención se mantiene desde el Código Penal derogado como una subclase de dolo, esta concepción y posicionamiento dificultan su aplicación pues se estaría exigiendo del agente dolo a lo largo del curso causal completo, de ser así entonces se perdería su sentido de delito

que sobrepasa la intención, siendo más lógico imputar el resultado final a título de dolo eventual y no de preterintención, además por encontrarse en la parte general, se entiende que se aplica a todos los delitos de la parte especial, algo también inconcebible pues no todos los delitos aceptan dolo eventual o imprudencia si pensamos que esta ocupa el otro estadio del delito preterintencional.

Palabras: preterintención, dolo, imprudencia, derecho penal, tipo subjetivo.

## ABSTRACT

This essay deals with preterintentional crime. This is a very controversial figure within the criminal law that establishes the possibility of imputing a person with a result more serious than necessary, influenced by the mode of action used to reach the end. This institution has a rational objective but the problem lies in the intention to place it together with fraud and recklessness as subjective figures of this type because an exact determination of its content has not been approved. The method of documentary and experimental research is used, analyzing the doctrinal approaches to this institution, the Integral Criminal Organic Code and the debate journals of the creation of this body of law. In this process, it was found that the pretention figure is maintained from the repealed Criminal Code as a sub class of fraud. This conception and position make its application difficult because it would require the agent of fraud over the entire causal course. If so, it would lose its sense of crime that goes beyond the intention and it would be more logical to impute the final result as an eventual fraud and not as a pre-intention. It is understood that it applies to all crimes of the special part for being in the general part, something inconceivable because not all crimes accept eventual negligence or recklessness if it is thought that it occupies the other state of preterintentional crime.

**Keywords:** preterintention, fraud, recklessness, criminal law, subjective type.



  
Translated by  
Ing. Paúl Arpi

## **Introducción.**

El tipo como adjetivo de la acción contiene dentro de sí varios elementos que lo constituyen, objetivos descriptivos de la acción prohibida y los subjetivos correspondientes. En un inicio conocemos que existen como figuras típicas subjetivas: el dolo y la culpa; esta primera que exige el conocimiento (cognitiva) y la voluntad (volitiva) de adecuar la conducta a los elementos objetivos del tipo (Roxin, 21 , y la segunda que tiene que ver con una infracción del deber de cuidado que lleva a un resultado desaprobado, sin que el agente tenga la intención de cometer un delito; esto dicho en muy breves rasgos, empero, se ha debatido (mas que nada en el derecho penal Italiano y latinoamericano) sobre la existencia de otra forma presumiblemente subjetiva de tipicidad diferente a las citadas, la preterintención.

“Preterintencionalidad significa “más allá de la intención”, tomado del término latino praeter, más allá, e intentio-onis, intención, propósito. El autor causa un resultado que va más allá de su intención (Ambos, 2006), se trata de una figura que nace de la institución del *Versari in re illicita*, que propone la idea de imputar al agente el resultado que deviene por mas que se encuentre fuera de su intención, la cuestión es como y a que titulo, si se debe solamente responsabilizar a la persona porque objetivamente el resultado le puede ser imputado, o solo si es que se es posible encontrarle un contenido subjetivo necesario.

Limitados por el principio de culpabilidad (solamente puede responsabilizarse a una persona por un actuar doloso o imprudente), la doctrina ha intentado dotarle de materia subjetiva a la preterintención, que no se desprenda de la simple causación objetiva de un resultado más grave que el pretendido.

Se ha expuesto que el curso de delito preterintencional esta formado por un inicio doloso, en el que el sujeto se plantea la consecución de un fin delictual; pero que existe una desviación o continuación del curso causal, no querida por el agente, que resulta en el acontecimiento mas grave, transformándose en esta parte en un actuar imprudente, imputable a quien actúa por la creación, hasta cierto punto consciente, de un peligro del que era objetivamente previsible el resultado mas dañoso; sin embargo, estos intentos han sido, hasta cierto punto, en vano y en países como España se han ido eliminando los delitos de este tipo del libelo de infracciones, siendo suplantados por la posibilidad de

aplicación del concurso de infracciones para resolver los casos relacionados con la preterintención.

En el Ecuador aún existe la figura de la preterintención, en el Código Orgánico Integral Penal, en la parte general de la parte sustantiva, como una sub especie del dolo; pero, si bien la exposición de lo que implica este tipo de delitos es correcta (va más allá de lo querido por el agente), se relaciona con lo que la doctrina plantea, no se entiende el porque del posicionamiento dentro del dolo, pues si el legislador ecuatoriano cree necesario se verifique la existencia de conocimiento y voluntad a lo largo del curso causal, desde el punto de vista doctrinal, la posibilidad de punición por preterintención se elimina por la racionalidad de respuesta penal por delito doloso consumado; esta falta de desarrollo hace que la preterintención se aplique al arbitrio.

Todo esto hace que esta institución se torne irracional en su aplicación, lo que sustenta la necesidad de eliminación del cuerpo normativo penal ecuatoriano y su reemplazo con la aplicación de las normas de tipo concursal. Esto será fundamentado en el siguiente ensayo, a partir del análisis mismo de la preterintención, de la doctrina, su caracterización en el Código Orgánico Integral Penal y las propuestas posibles para sustentar los casos en los que confluyan este tipo de cursos causales.

## **Metodología**

Para analizar el tema planteado, se ha realizado una investigación de tipo experimental y documental, se ha revisado los planteamientos de la doctrina sobre la preterintención y el Código Orgánico Integral Pena y Código Penal derogado, en adición a los registros de video de los debates para la aprobación del Código Orgánico Integral Penal, con el fin de establecer el sentido y alcances de la institución en la doctrina y la ley y los argumentos principales para su abolición.

## **El tipo subjetivo y sus caracteres.**

La tipicidad como peldaño del esquema de imputación normativa de la teoría del delito tradicional (conducta, típica, antijurídica y culpable) reconoce, a partir de los postulados de la teoría finalista, tanto un aspecto objetivo como subjetivo. Se entiende que, al prohibir un modo de conducta, el legislador prevé que esta se lleve adelante con un cierto contenido subjetivo, que debe confluir en adición a los elementos externos de comprobación típica.

En el ámbito subjetivo del tipo se encuentran, por aprobación más o menos general de la doctrina, el dolo y la imprudencia como posibilidades. Un acto puede hacer a un sujeto responsable siempre que se pueda comprobar en la tipicidad un proceder doloso o imprudente, no se permite, al menos ahora bajo la lupa de la mínima intervención penal y el carácter fragmentario de la legislación penal, imputar objetivamente un resultado y responsabilizar a una persona sin adentrarse en lo interno del injusto penal.

El dolo como figura subjetiva presupone el conocimiento de los elementos objetivos del tipo y la voluntad de adecuar la conducta a ese conocimiento (Wezel,), se trata de un delito en el cual, en el instante previo a la exteriorización de la voluntad, el sujeto contempla lo que esta por hacer, reconoce el entorno objetivo y las posibilidades provenientes, y, con este conocimiento, continua actuando, coligiéndose entonces que se decide por la lesión o puesta en peligro a un bien jurídico (Roxin, 2015).

En la imprudencia en cambio existe aún un debate instalado respecto de la estructura subjetiva, en muchas legislaciones -incluido el Ecuador- se ha venido manejando un concepto de transgresión al deber objetivo de cuidado, que si bien debe confirmarse, no es sino un concepto objetivo que se toca en el análisis externo de la adecuación, en palabras del profesor Roxin (2015) es una forma de aludir a la necesidad de imputar objetivamente el resultado a la conducta por medio de los sub juicios de imputación normativa creados por la doctrina alemana, pero no nos entrega respuesta sobre los presupuestos internos que deben existir.

Como parte de su tesis doctoral el profesor Abraldes (2010) nos da luces sobre lo que se podría encontrar en lo intangible del tipo imprudente, se refiere a dos elementos esenciales, la voluntariedad de llevar adelante la conducta que transgrede el deber de cuidado (que sobrepasa el riesgo permitido) y el no querer el resultado, mismo que podría ser inclusive imprevisto; o, en caso de previsión, el agente debe tener la posibilidad de evitarlo en lo objetivo unido a la intención real de hacerlo.

Es adición a estos elementos, de la doctrina penal italiana surge la institución de la preterintención, caracterizada como un delito cuyo curso causal se conforma de un resultado querido por el agente -de menor gravedad- y otro que resulta de la acción llevada adelante -de mayor gravedad-, la pregunta radica en si debe considerarse a la preterintención como una tercera forma subjetiva del tipo o un curso mixto; y cuales son los caracteres internos que se deben reconocer para su imputación.

### **La preterintención. Nociones Generales.**

El delito preterintencional, nace inspirado por el principio *versari in re ilícita* del derecho canónico, que hace necesario se impute a una conducta injusta todos aquellos efectos que la misma produzca, basta solamente con que la acción llevada adelante por el agente haya sido intencional y contraria al derecho, pudiendo los resultados, devenir del puro azar.

Por lo tanto, lo que se intenta lograr es responsabilizar a un sujeto por los acontecimientos que nacen de su actuar incorrecto, cuando los mismos no fueron parte del plan inicial; empero; frente a ese deseo de punición, se encuentra el requisito que exige la doctrina del derecho actual, por medio del principio de culpabilidad, de responsabilizar a una persona solamente por aquellas acciones u omisiones que estén dotadas de contenido subjetivo – dolo o imprudencia, es decir, se excluye “la imputación por la mera causación del resultado” – (Rusconi y Kierszenbaum, 2009, p, 99).

Preterintencionalidad, hace referencia a que, el resultado está más allá de la intención, proviene del latín *Praeter* que significa *más allá e intentio- onis*, que quiere decir *intención* (Ambos, 2006), es decir, el agente tiene el propósito inicial de realizar una acción y alcanzar

un resultado que se enmarca dentro de un tipo penal, empero, una vez acabada la maniobra motora (una vez realizada la acción propuesta), el efecto que se produce sobrepasa el querer y, se traduce en un resultado más dañoso que aquel propuesto.

Existen a decir, tres tipos de cursos preterintencionales, si analizamos la identidad de los resultados que confluyen: un primero, homogéneo, que se da cuando, entre el resultado querido y el acaecido, no hay mutación respecto del tipo penal sino de su gravedad (quiero causar lesiones leves, causo lesiones graves), el bien jurídico es el mismo. Un segundo, heterogéneo, en el que existe una disparidad típica (distintos tipos penales y bienes jurídicos) respecto de lo querido y acontecido pero, se encuentran ambos dentro de la misma línea de ataque (quiero causar lesiones, causo la muerte); y, un tercero, propiamente heterogéneo, en el cual la disparidad es total entre lo querido y lo logrado, es decir, no se encuentran en la misma línea de ataque (quiero causar lesiones con un objeto, lo lanzo y rompo una ventana). Los dos primeros, son casos de preterintención (Martos, 1993).

Además, cuando se analiza el estado, dentro del curso delictual, de los resultados a producirse (el querido y el no querido por el agente), pueden darse dos supuestos de preterintencionalidad, uno cumulativo, en el que, tanto el resultado propuesto como el acaecido por el uso del medio peligroso, se dan, uno después del otro; y, por otro lado, sustitutivo, cuando el propósito delictual perseguido no llega a configurarse, quedándose en grado de tentativa, y es depuesto por el resultado más grave (Martos, 1993).

Esta institución, llega al derecho latinoamericano por medio del derecho español, que se inspira a su vez, en el italiano, es precisamente ahí, donde más se ha debatido la vigencia o no, de la preterintención y su contraposición con el principio de culpabilidad. El debate se centra en, encontrar el contenido subjetivo de la preterintención que permita reconocerle su validez en el derecho vigente (Ambos, 2006).

Los doctrinarios italianos han querido que se inserte a la figura de la preterintención como una tercera forma de culpabilidad, con el dolo y la imprudencia, sin embargo, según el análisis propio de estos, parecería ser más bien que se trata de una forma mixta de dolo e

imprudencia, un híbrido que no puede reconocerse como una tercera forma de culpabilidad (Ambos, 2006).

Se ve necesario que, para responsabilizar a un sujeto por un resultado que sobrepasa lo querido por este, deba haber la posibilidad objetiva y subjetiva de prever la consecuencia de sus actos. Es esta la concepción subjetivista de la doctrina italiana, frente a la caracterización de la institución jurídica de la preterintención, en contraposición se encuentran los objetivistas puros que, sin mayor reparo, establecen que la preterintencionalidad es una forma de responsabilidad objetiva sin más, y junto a estos, los objetivistas moderados, que diferencian la responsabilidad objetiva por el resultado de la preterintención, estableciendo que, para la primera es irrelevante, si el autor quiso o no, producir el resultado, se castiga según determine el tipo (Principio *di indifferenza*) y la segunda, en la cual es necesario que, quien realiza la acción, no haya querido el acaecimiento de las consecuencias más graves (Principio *di distinzione*), se distingue entre el resultado querido y el no querido pero alcanzado (Ambos, 2006).

Pero, ciertamente ninguna de las dos posturas objetivas, satisfacen, ante la necesidad de limitación del poder punitivo del estado, la existencia de la preterintención desde la necesidad de contenido subjetivo.

En cuanto al planteamiento subjetivista, el debate se ubica en dotarle contenido subjetivo a la imprudencia, que debe comprobarse respecto del resultado más grave. Se ha hablado de que sería imperante que el sujeto haya podido prever que su accionar encarnaba un peligro de producción de resultado más grave, sin embargo, esta previsión de ser efectiva (real) y de continuar actuando el sujeto frente a este conocimiento, no se trataría tanto de una imprudencia, sino que más bien podríamos estar ingresando al campo el dolo eventual si es que, quien actúa, no se propone evitación del riesgo a crearse.

De encontrarse caracterizado por el dolo eventual, el segundo estadio de la preterintención mal se haría en querer aplicar la institución jurídica ya mencionada y sería mucho más lógico responsabilizar al justiciable por un delito doloso consumado (dolo eventual), pues, el nombre de la institución deja entrever su sentido, no podríamos aplicar a un curso en el que la intención prevalece, por mas que no sea directa, una figura que habla de sobrepasarla.

Por lo tanto, se entendería que, esta previsibilidad, que podría llegar a ser solamente posible, configurándose con la internalización por parte del sujeto, de los elementos objetivos del tipo base que deben encarnar el peligro de producción de un resultado más grave, presentando un marco posible de imputación subjetiva del segundo momento del delito preterintencional.

Con el conocimiento por parte del sujeto, de los elementos objetivos del tipo base, más los del medio de acción que contiene inserto el peligro de un resultado mayor, es posible imputar subjetivamente el resultado, ya que era previsible alcanzar la infracción más grave, misma que podía obviarse obrando de un modo distinto; empero de esto, el autor no quiere en ningún momento alcanzar el resultado más grave, algo que debe denotarse de los modos de actuación de este durante el cometimiento de la infracción.

Debe descartarse cualquier posibilidad de hablar de la infracción al deber de cuidado en la preterintención, puesto que no resulta razonable ahondar sobre cuales sería los deberes de prudencia a seguirse para la comisión de delitos, teniendo en cuenta también que la infracción al deber objetivo de cuidado es un elemento de comprobación del tipo objetivo imprudente y, no lo dota de contenido subjetivo. Si bien es cierto que existe un desdén al elegir el medio para alcanzar el fin menos grave, ya el sujeto sobrepasó el riesgo permitido cuando exteriorizó una voluntad con fines ilícitos, es decir, ya infringió claramente el deber de cuidado, lo que sucede es que, dentro de este actuar, intolerable desde su inicio, se hace uso de un medio que aumenta aun más el riesgo introducido, creando la posibilidad de perfeccionamiento de un resultado más grave.

Cuando se hace alusión al cuidado debido en la preterintención, debemos entender pro esto a que el sujeto no debe haber creado un peligro más grave que aquel que encarna el cometer el delito propuesto, no se trata de evitar un riesgo injusto, sino de no agravar inmensurablemente el ya creado, produciendo la posibilidad de un resultado más grave.

La probanza del delito preterintencional resulta dificultosa pues exige que se pueda prever objetivamente que, el medio utilizado por quien desea cometer un delito esté dirigido justamente a la configuración de este y no del más grave que termina produciéndose.

El profesor Donna (2011) resalta la importancia de que objetivamente el medio, entendido no solo como el instrumento utilizado para la comisión del delito, sino este atado a las circunstancias objetivas del sujeto que recibe la acción y la forma de obrar, razonablemente

no podía causar el resultado mas grave, pero que este si podía haber sido evitado de haberse obrado con el cuidado debido (a no confundir con el deber objetivo de cuidado); en lo subjetivo se analiza la posibilidad de exigir en el agente el conocimiento de la idoneidad o inidoneidad del medio que ocupa para poder distinguir entre un delito preterintencional y un delito doloso o imprudente (Creus, 1998).

Esta necesidad de conocimiento de idoneidad del medio ocupado esta expresamente inserta en la legislación argentina como requisito de tipicidad de los tipos preterintencionales expresamente determinados; empero, en las legislaciones en donde no sucede esto debe reconocerse este elemento como necesario para la probanza de un delito preterintencional.

Empero, aún con este concepto, existen supuestos en los que, habiendo un resultado que sobrepasa el querer, por el medio que se utiliza, que se ubica en la frontera de lo idóneo para la comisión del delito más grave y el querido, se podría condenar a un sujeto por una infracción en calidad de dolo, cuando realmente no estuvo entre sus intenciones el resultado alcanzado, y su posibilidad de evitación, si bien no era absoluta ni manifiesta, era plausible.

En esos casos, en los que para el observador externo es difícil determinar si el medio, ex ante, era capaz o no de producir el resultado, parece complejo poder exigir de quien realiza la acción, pueda distinguir la entidad de producción del agravio mayor. Se demuestra entonces que, en muchos casos es menester tratar de encontrar indicios de la intención real (no posible) del que actúa para saber el alcance de su voluntad.

### **La pena en el delito preterintencional.**

Por otro lado, el delito preterintencional, presupone una agravación de la pena del delito base que tiene que justificarse, la doctrina alemana que reconocía la existencia de los delitos calificados por el resultado, muy semejantes en su estructura ontológica a la preterintención, pues si bien empezaron como una forma de imputación objetiva, el principio de culpabilidad exigió al menos imprudencia respecto del resultado mas grave, fundan la mayor penalidad en la presencia de un injusto adicional a aquel del delito base, que está inserto en la condición de peligro que se introduce con la acción señalada en el tipo.

A más del injusto del actuar realizado por el agente con un propósito delictual inicial, nos encontramos con aquel que se desprende del alto grado de peligrosidad de producción de

resultado más grave que implica el medio utilizado por este para llegar a su fin (Cardenal, 1989), todo esto debe estar contenido en el tipo a fin de que se pueda garantizar la vigencia del principio de legalidad, no es posible una institucionalización del delito cualificado o preterintencional en la parte general porque es, al final de cuentas, una figura de mistura .

Frente a los fines de la pena, se exige de la ciencia del derecho, una determinación de márgenes de punición en caso de reconocer a los delitos preterintencionales en una legislación, no se puede hablar de una rebaja frente al delito más grave, sino un alza respecto del delito más leve, pues, el delito base no es jamás el que deviene de la actuación como consecuencia, sino aquel querido en inicio por el agente; por lo tanto, una buena fundamentación por parte del legislador, al momento de racionalizar los márgenes punitivos es de extrema importancia, sin esto, se podría llegar a entender desmedida, irracional y arbitraria a la pena proscrita, ya sea porque se hace muy alta o excesivamente menor a lo requerido, bordeando los márgenes de inconstitucionalidad.

Se ha intentado establecer ciertos parámetros que hagan proporcional la pena que se fije en sede legislativa, pero en la práctica, muchas veces la pena del delito preterintencional, o cualificado por el resultado, termina estando fuera de los márgenes necesarios de punición desde la óptica de los fines de la pena y su constitucionalidad.

Si bien se entiende el porqué del nacimiento de la preterintención en la ciencia del derecho y su inserción en varias legislaciones de Europa y Latinoamérica, para el control de este tipo de cursos causales anormales que presentan disparidad entre intención y resultado; sin embargo, la falta de unanimidad en cuanto al contenido subjetivo de la preterintención en muchos casos la acerca más a sus inicios como imputación objetiva pura, alejándola de las exigencias limitantes del principio de culpabilidad, a esto se junta la desproporción que representa la punición por preterintencionalidad y la dificultad en probanza, esto ha hecho que en varios países que antes reconocía su vigencia vaya desapareciendo poco a poco.

En España; por ejemplo, este tipo de curso delictual se resuelve desde las reglas del concurso de infracciones, en el Derecho Alemán la cualificación por el resultado -similar a la preterintención- ha sido fuertemente criticada y esto ha hecho que el número de tipos penales de esta clase vaya desapareciendo, en Argentina si bien esta vigente la institución, se aplica en

tipos penales determinados y no se encuentra reconocida como una forma de tipicidad subjetiva general.

### **El delito Preterintencional en el Ecuador.**

En el Ecuador, la preterintención se encontraba contenida en el artículo 14 del derogado Código penal donde se determinaba, en su primer inciso, que las infracciones podían ser dolosas o culposas; a su vez, en la segunda parte, se establecía que el dolo era “el designio de causar un daño” y que como parte de las infracciones dolosas se encontraban las intencionales (cuando el resultado fue previsto y querido por el agente) y preterintencionales (cuando la acción u omisión derivaba en un resultado más grave que aquel pretendido).

Además, en el artículo 442 se encontraba tipificada la infracción que castigaba a la persona que, pretendiendo lesionar a una mujer cause, por los actos llevados adelante, la muerte del feto; y en el artículo 455 se encontraba descrito y castigado el supuesto en el que una persona, al querer lesionar, cause la muerte de otra; ambos preceptos normativos eran de tipo preterintencionales.

Es decir, en la legislación penal derogada, esta institución se encontraba tanto descrita en la parte general como también tipificada expresamente en la parte especial; en adición a esto, en el artículo 15 *ibídem* se establecía que: “la acción u omisión prevista por la ley como infracción no será punible cuando es el resultado de caso fortuito o fuerza mayor”, esto implica que, si bien se dejaban fuera de la esfera a los resultados producidos sin participación real del sujeto, no se excluía la imputación meramente objetiva del resultado, algo que, debido a la técnica legislativa y colocación de la institución de la preterintención en la ley, terminaba por darse, pues una de las formas de evitar la responsabilización por casos fortuitos es la comprobación causal e imputación objetiva, que el texto legal exige, pero esto no solventa la exigencia doctrinal de imputación subjetiva al dolo y/o imprudencia.

Después, con el Código Orgánico Integral Penal se deroga el precepto que hacía referencia a los elementos subjetivos del tipo penal (como parte de la derogación del cuerpo normativo sustantivo penal anterior); empero, en el artículo 26 se define qué es el dolo y se habla nuevamente del designio de causar un daño y como segundo inciso el legislador ecuatoriano

hace referencia al delito preterintencional en similares términos que el derogado código penal, la diferencia radica en que ahora se eliminan los tipos preterintencionales expresos para dar paso a la aplicación general de la figura.

Al revisar lo debatido por los legisladores al momento de llevarse a efecto el trámite de aprobación del Código Orgánico Integral Penal no se encuentra ningún discurso de relevancia que permita entender por qué prevalece esta institución jurídica en nuestra legislación, parecería ser que su mantención obedece más al desconocimiento respecto de los preceptos más importantes de la doctrina penal y la necesidad de llenar con norma todos los vacíos para promulgar la nueva ley.

Sin embargo, existen algunas intervenciones que, si bien no tratan el tema, hacen referencias que nos pueden ayudar a vislumbrar las intenciones y los condicionantes del legislador ecuatoriano al momento de decidir sobre el contenido de la nueva norma penal, se habla mucho de la mínima intervención penal, de acercar a la legislación penal a la Constitución de la República y por otro lado se exige un endurecimiento del régimen sustantivo, adjetivo y de ejecución penal; es decir que, los propósitos eran de cierta forma opuestos, pues por un lado se planteaba la minimización de la aplicación del poder punitivo del estado y por otro su maximización a través del aumento de supuestos criminosos y endurecimiento de penas, esto sin sustentar la necesidad político – criminal de sus planteamientos, es decir que el nacimiento del Código Orgánico Integral Penal es bastante caótico y no tiene un horizonte cierto.

Por lo tanto, resulta difícil saber si el mantenimiento de la preterintención en la legislación tiene por objeto una disminución o aumento del ámbito de aplicación del poder punitivo, para esto hubiera sido primordial que el cuerpo legislativo se centre en sustentar y debatir todas las instituciones insertas en la nueva ley, para dotar al cuerpo normativo de fundamento racional. Pareciera que el mantenimiento de la preterintención como figura subjetiva parte del dolo, deja la puerta abierta para que, sin sustentar demasiado sus resoluciones, los jueces puedan condenar por resultados en caso de que no exista la participación intelectual necesaria, ampliando, más allá de lo debido, los márgenes de aplicación del poder punitivo del estado.

Todo esto no deja si no dudas a la persona que pretende reconocer la intención del creador de leyes con el mantenimiento de la institución en el nuevo código y sin tener una razón clara me corresponde más bien presumir, como lo he hecho en párrafos anteriores, que el propósito fue cumplir con esa promesa de modificación del sistema penal que blandía el régimen de la época, unido a la manifiesta falta de conocimientos de quienes se encontraban en la ardua tarea de manufacturar un cuerpo de ley penal nuevo. El resultado fue un confuso y errático Código Orgánico Integral Penal, en el cual la preterintención se asienta como un instituto que parece tan racional y descabellado a la vez, pues, si bien resulta razonable pensar en supuestos en los cuales una persona deba responder por un resultado que sobrepasa su querer, la elaboración de las instituciones que acompañan la preterintención y su ubicación, no crean si no problemas al momento de analizar su ontología.

Es menester, antes de adentrarnos en el análisis de la preterintención en el Código Orgánico Integral Penal, observar la concepción que tiene el legislador ecuatoriano respecto del dolo, ya que la preterintención se encuentra situada como una subcategoría de este elemento subjetivo del tipo.

El artículo 26 del Código Orgánico Integral Penal establece que: “actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño”; esto corresponde a un concepto civil de dolo, utilizado en la doctrina de la teoría del negocio jurídico, pero no encaja en el derecho penal -error que se mantiene desde el derogado Código Penal- porque a esta rama del derecho poco le importa si la intención de quien comete una infracción es causar un daño real; un sujeto puede tener motivaciones muy distintas para cometer un delito y muchas de ellas pueden ser inclusive nobles; empero, lo que interesa a efectos de entender dolosa una conducta es que este haya podido aprender los elementos objetivos del tipo y adecuar su conducta a lo que se represento en su psique, es decir, que haya querido realizar el tipo (Zaffaroni, E., & Alagia, A., & Slokar, A., 2006).

Este concepto de dolo mal puede hacer surgir las diferentes formas de manifestación que la doctrina reconoce (dolo directo, dolo de segundo grado o indirecto y dolo eventual), por que la gradación de cada de una de las formas de dolo se hace en base a la forma en la que los aspectos cognitivo y volitivo se manifiestan, más no respecto de la intensidad del designio de causar un daño.

Se debe entonces entender que la preterintención está adherida a un concepto foráneo de dolo que nada tiene que ver con el derecho penal sustantivo, probar que una persona quiso causar un daño menos grave que aquel que causó es muy difícil, pues exige de los operadores del sistema de justicia, adentrarse en los fines puros de quien lleva adelante una acción, algo que resultaría en una labor prácticamente imposible. Lo retenido por la mente del sujeto se colige de los elementos objetivos que se aportan en juicio, que nos permiten presumir lo que el justiciable observó y entendió al momento de llevar a adelante su acción (lo que percibió con sus sentidos) y el hecho mismo de iniciar un curso objetivo implica la intención de adecuar su conducta a los elementos del tipo objetivo, en este proceso jamás llega a ser de interés el fin último perseguido por el sujeto.

Por todo esto, en la práctica se ha optado por desconocer el precepto normativo del artículo 24 del Código Orgánico Integral Penal (dolo) por los lineamientos que la doctrina ha reconocido, es decir, el dolo como el conocimiento y voluntad de realización del tipo. A pesar de aquello, se torna igual de dificultoso hallar el sentido y alcance de la preterintención en nuestra legislación por los siguientes aspectos: en primer lugar, si entendemos a la preterintención como una sub figura del dolo, implicaría que, a lo largo del curso causal, el primer estadio debería estar particularizado por dolo directo y el segundo por dolo eventual, es decir, que el sujeto debe obligatoriamente haber previsto y aceptado el advenimiento del resultado más grave, pero según la doctrina en caso de que el dolo alcance la totalidad del curso causal resulta más lógico.

Desde el punto de vista práctico, imputar el resultado más grave a título de dolo eventual solamente; y en segundo lugar deberíamos aplicar la doctrina por sobre los preceptos legales pues no solo que no existe una definición del dolo eventual en nuestro código sino que resulta inadmisibles reconocerlo, como dijimos ya, en el designio de causar un daño. Adicionalmente, se aprueba de forma casi general, que existen tipos penales que, siendo dolosos, no abarcan todas las formas de dolo posibles en el tipo subjetivo pues se tratan de formas especiales de ataque al bien jurídico que exigen voluntad eficaz de adecuación y conocimiento de elementos subjetivos determinados diferentes al dolo, como sucede con el ánimo de lucro en la estafa (Roxin, 2014).

Por otro lado, en el caso de que llegáramos a interpretar que, a pesar de encontrarse la preterintención dentro del artículo que hace referencia al dolo, el curso causal estuviera compuesto por un inicio doloso y una continuación imprudente, el hecho de que la institución se encuentre ubicada en la parte general de la ley sustantiva penal, implicaría que puede aplicarse a todo delito que esté contenido en la parte especial, a sabiendas de que existen tipos penales que no reconocen la figura de la imprudencia como posible en el tipo subjetivo, por lo que, de estar unido el resultado más grave a una condición expresa de necesidad de dolo la posible aplicación de la preterintención se tornaría imposible y de llegar a aplicar la misma el juez estaría imputando objetivamente un resultado.

Como se explicó en el capítulo anterior, en la mayoría de las legislaciones en donde se mantiene la preterintención existen tipos penales específicos sobre los cuales se puede aplicar esta figura, como sucedía, hasta cierto punto, en el derogado Código Penal ecuatoriano. Generalmente el artículo donde se encuentra el precepto contiene la denominación preterintencional después de la determinación de la conducta sancionada; por ejemplo, en Argentina se sanciona el homicidio preterintencional; además, estando determinada en un supuesto específico, permite que se realicen, al momento de interpretar el precepto, las determinaciones de su alcance, dejando de lado cualquier forma de imputación objetiva.

Otro problema con relación a la preterintención radica en la pena, debemos recordar que el artículo 26 del Código Orgánico Integral Penal conmina a la persona que haya sido encontrada responsable de delito preterintencional con “dos tercios de la pena”, entendiéndose que la reducción se realiza respecto de la sanción correspondiente al delito causado pero no querido, sin embargo, cabe mencionar que, según la doctrina, en caso de delitos preterintencionales o cualificados por el resultado, la sanción correspondiente no consiste en una disminución de la pena del delito más grave sino más bien un aumento respecto del menor (resultado querido por el agente), llamado delito base, en razón del peligro.

Es decir, que si hiciéramos una interpretación acorde a los fundamentos doctrinales de punición de la preterintención con apego al principio de culpabilidad, debería pesarse el injusto del delito base más el injusto de la acción extremadamente peligrosa que lleva al resultado más grave a fin de establecer una pena que corresponda al injusto real que conlleva

el delito preterintencional, esto debiera hacerse preferiblemente en tipos singularizados pues solo ahí se pueden medir realmente el valor de injusto que se desprende del supuesto.

Una vez que se examina el tema a profundidad, nos podemos dar cuenta de que no existe en el país algún antecedente de elaboración doctrinal, ni tampoco jurisprudencia que permita fijar su alcance, lo que sucede es que toca a cada juez entender, como mejor le parezca, el contenido de la preterintención, tratando de reconocerle su carácter objetivo y subjetivo o imputando objetivamente sin más. Esto se radicaliza mas aun cuando nos damos cuenta de que ni en la Constitución ni en la ley penal se encuentra presente el principio de culpabilidad como limitante de aplicación del poder punitivo del estado, dejando la puerta abierta a que se excedan los márgenes de lo lógico y se sancione a una persona sin que exista el sustento suficiente (comprobación del aspecto subjetivo). Una institución vacía de contenido real y con serios problemas de identidad en su aspecto subjetivo, mal puede ser correctamente utilizada.

Si bien se aplica la institución en la práctica, esta operación se lleva a efecto con el mayor desdén sobre la limitante que el principio de culpabilidad exige y su contenido universalmente aceptado, es más, esta falta de contenido generalmente aprobado y sustento en ley hace que la aplicación sea facultativa y difiera de uno a otro juzgador.

### **La eliminación de la preterintención y propuestas para la solución de cursos causales mixtos (dolo e imprudencia).**

Como se planteó en un inicio, lo que se ha intentado esgrimir a lo largo de este ensayo, no es la necesidad de la eliminación de la preterintención de la doctrina en general, sino de la ley penal ecuatoriana en particular, si bien se ha podido vislumbrar lo problemático de la institución en general y como ha ido desapareciendo de las legislaciones que en inicio la reconocieron (España), los problemas se tornan aún más graves cuando ponemos la lupa sobre el Ecuador.

No es necesario repetir el análisis que se hizo en el capítulo anterior, cabe solamente recordar que se torna imposible encontrarle racionalidad a la preterintención, como figura subjetiva, proveniente del dolo, pues, como dijimos ya, en caso de que confluya dolo hasta el final lo correcto sería imputar el resultado acaecido como un solo delito doloso, con dolo

eventual que, como sabemos, es una figura que importa un menor contenido de injusto que el dolo directo y merece por lo tanto una pena menor.

No sería concebible que en caso de cursos causales de tipos preterintencional, se impute el resultado final a título de dolo eventual, ya que, se trata de delitos en los cuales, como se ha dicho ya, no confluyen en la segunda parte del curso causal, ningún tipo de intención por parte del agente de realizar la infracción, entiéndase aquí a la intención como dolo, el sujeto no debe haber querido, aceptado o haberse resignado a la configuración del resultado más grave, él debe haber tenido la intención de evitar o no haberlo previsto, justamente lo que le dota de un carácter especial al curso causal de este tipo es la falta de decisión por la lesión que termina acaeciendo al final, si se tratara de un inter Criminis repleto de dolo, en sus diferentes grados, la discusión se centraría en otros aspectos distintos, por lo tanto, si lo que queremos es proponer una solución que deje de lado aquellas falencias del régimen actual, debemos apartarnos de estas concepciones que confunden el verdadero sentido de este tipo de delitos.

Ahora, de encontrarse eliminada esta institución de la ley penal, surge la pregunta de ¿Cómo resolver los cursos causales que estén conformados por un inicio doloso y una continuación o desviación imprudente o no querida? A criterio personal al confluir, en una persona, varias infracciones a ley (el delito pretendido y la infracción resultante no querida), se podría racionalmente proponer la aplicación del concurso de infracciones para poder entender que tipo de concurso y por qué se debe aplicar, es necesario, brevemente, ilustrar el curso causal preterintencional.

Este empieza cuando el sujeto se plantea la comisión de un hecho delictivo, se propone un fin, a su vez, escoge un medio para llegar a conseguir lo que se pretende, una vez escogido, entonces empieza a exteriorizar su voluntad, la preterintención se da cuando, en relación con el delito propuesto por el agente, se sobrepasa la barrera de los actos preparatorios y se ingresa al inicio de ejecución del hecho delictivo, es más, el agente debe realizar la acción y terminarla, esta actuación puede resultar en el perfeccionamiento del delito querido pero una continuación en la irradiación de efectos por el medio utilizado o en un desvío sin que se lleve a efecto el resultado propuesto y aterrizando en ambos casos en el resultado más grave, no querido.

La división entre los estadios del delito preterintencional se da justamente cuando la acción, voluntariamente realizada por el sujeto, se termina de manifestar e inician los efectos que esta causa en el mundo externo.

Este mismo medio, sirve de fundamento para el delito base doloso, pues, es la manifestación de la voluntad del sujeto una vez interiorizado lo objetivo del mundo externo, con un fin determinado, así como también, es el sustento del delito imprudente que se configura, pues, el medio escogido voluntariamente, por falta de cuidado, irradia efectos más allá de lo querido.

Así las cosas, nos encontramos con que tenemos una sola manifestación motora (un solo actuar), del que se produce la violación múltiple de un precepto o de múltiples preceptos. Por esto, se podría hablar de que existe un concurso ideal de infracciones que está contenido en nuestra normativa (Art. 21 Código Orgánico Integral Penal) y permitiría que se le aplique la sanción correspondiente al delito más grave, la cual será, en la mayoría de los casos, aquella del resultado no querido.

Esto dependerá de sí el delito propuesto se encuentra consumado o en grado de tentativa, pues, podría darse el caso de que la pena proscrita para el delito que se planteo o se cometió, sea más grave que aquella determinada para el delito imprudente que se cometió.

Por ejemplo: Si un sujeto A, se plantea como fin lesionar al sujeto B con un golpe de puño, que quiere propinárselo en la cabeza, realiza esta acción y de la misma se produce la muerte de B, habría un concurso ideal entre las lesiones que se quiso producir y que no llegaron a producirse porque la muerte deviene de forma inmediata (tentativa idónea y el homicidio imprudente consumado), aquí la pena más grave será aquella del delito de homicidio imprudente (Art. 145, tres a cinco años), en relación con aquella establecida para las lesiones en grado de tentativa (Art. 152, un máximo de siete a cinco años, pero se aplica de uno a dos tercios de la pena Art. 39), existe un solo hecho que se configura por la unidad de actuación (golpear).

Por otro lado, si es que, en el mismo caso, A golpea fuertemente a B en el pecho causándole una hemorragia que días más tarde le produce la muerte, habría un concurso ideal entre las lesiones que se quisieron causar y se causaron (consumadas), y el homicidio imprudente que se produce. En este caso, si las lesiones causaren una incapacidad permanente, la pena determinada será de cinco a siete años (Art. 152), más alta que aquella del homicidio imprudente.

Es cierto que, de aplicar el concurso de infracciones, la pena, en la mayoría de los casos, llega a ser mayor que aquella que se le aplicaría en caso de mantener la preterintención (Art. 26 Inc. 2 “dos tercios de la pena” del delito más grave con dolo). El eliminar la

preterintención y aplicar el concurso, limita la punición en caso de cursos mixtos a solamente aquellos que, en toda su extensión, estén abarcados por una figura subjetiva reconocible (dolo o imprudencia) y, además, a aquellos tipos penales que reconocen imprudencia cuando se trata del delito no querido.

Esto asegura que, se favorezca el principio de culpabilidad y se limite, racionalmente, la aplicación del poder punitivo del Estado, pues, se dejaría de lado a esta institución que yace sin sustento claro, por la aplicación de otra que está correctamente definida y que se auxilia de los dos elementos subjetivos del tipo generalmente reconocidos por la doctrina. Esto, siempre y cuando se corrija como se está planteando hacer, mediante reforma, la determinación exacta del dolo en la ley penal ecuatoriana.

Existe una objeción respecto de la aplicación del concurso ideal de infracciones en los delitos preterintencionales homogéneos (un mismo tipo penal, con diferente intensidad), planteamiento propuesto por el Profesor Martus (1993), pues, a decir de él, como se trata de un solo tipo penal, la infracción a la norma se comprueba una sola vez, pero en diferentes grados, no cumpliéndose con el requisito de la comprobación de varias infracciones en un hecho.

Esta objeción no es válida si se piensa que la disparidad, entre lo planteado y lo acontecido, permite dividir en dos el curso causal y entender que, ya iniciar una actuación con fines delictuales, aún cuando se alcanza sólo la tentativa, implica un peligro para un bien jurídico, que es punible (primera infracción a la norma); y, en segundo lugar, el resultado no querido, por más que se trate de el mismo tipo penal propuesto por el agente, la distinta gravedad y el distinto contenido subjetivo, que justifica la división a efectos del curso causal, permiten entender una segunda infracción a la norma en distinta intensidad que la primera, es justamente este doble ataque el que justifica el debate sobre la punición de la preterintención debiendo también, recordar que la doctrina reconoce la posibilidad de un concurso ideal homogéneo en el que un mismo hecho, vulnera un mismo precepto normativo varias veces (Roxin, 2014).

## CONCLUSIONES

La preterintención, intentó configurarse como una tercera forma de culpabilidad, junto al dolo e imprudencia, pero la imposibilidad de encontrarle un contenido subjetivo diferente de

estos dos llevó a que se plantee más bien que se trata de un curso causal particular, un tipo de delito que está conformado por una mixtura de dolo e imprudencia, aún con este planteamiento, se ha debatido mucho sobre como confluye la imprudencia en el segundo estadio del curso preterintencional, a fin de evitar la imputación objetiva del resultado, pero aún no se ha encontrado un planteamiento más o menos aceptado, más que nada, se ha sostenido la previsibilidad objetiva como criterio de imputación.

Esto acompañado a las objeciones que se plantean en relación con la legitimidad de la pena proscrita para los delitos preterintencionales, que en muchas ocasiones están fuera de los márgenes mínimos o máximos que exigen los fines de la pena.

Esto ha hecho que la institución vaya desapareciendo en muchas de las legislaciones que un día la reconocieron, pues, se ha encontrado más racional desde el punto de vista teórico y político criminal, aplicar el régimen concursal en aquellos puestos que antes eran llamados delitos preterintencionales (caso español).

En el Ecuador, la preterintención está colocada dentro del precepto que hace referencia al dolo como figura subjetiva del tipo, es decir, que interpretando el alcance y contenido de la institución se entendería que, la preterintención debe reconocer dolo a lo largo del curso causal, algo que resulta irracional, pues, en ese caso más bien, debería imputársele el delito doloso consumado sin más.

Aquí, las falencias en relación con la determinación de lo que se entiende por dolo, hacen aún más dificultoso establecer el sentido y alcance de la preterintención, pues, con la concepción del “diseño de causar daño” mal se podría hablar de distintas formas de dolo y resultados más allá de este.

En adición, la colocación en la parte general de la institución implica su aplicación a todos los tipos penales, lo que resulta imposible, pues, no todos reconocen siquiera el dolo eventual mucho menos la imprudencia, si el legislador ecuatoriano quisiera que se aplique la preterintención debería determinar claramente como se conforma el curso causal (dolo y dolo eventual o dolo e imprudencia), y cuales son los tipos penales de carácter preterintencional.

Como no está descrito de esta manera, y explicaciones no existen muchas, al no haber un desarrollo normativo jurisprudencial o doctrinal en el país, lo que sucede es que, cada operador de justicia debe aplicar la institución conforme lo que entiende, sin que exista seguridad jurídica y, en muchos casos, imputando objetivamente el resultado.

Por esta razón, no queda sino proponer la eliminación de la preterintención como el camino más razonable, pues, se estaría quitando del cuerpo normativo una institución que no solo carece de sustento claro y cierto en nuestra legislación, sino en el resto del mundo, empero, no se puede dejar vacío de norma, el espectro de los cursos causales en los que un sujeto comete una infracción más grave que la pretendida, en este caso, al confluir, como se dijo ya, más de una infracción a la norma en un solo hecho, con una resolución de actividad, cabe la aplicación del concurso ideal de infracciones que conforme a nuestra ley, permitiría sancionar al justiciable con la pena del delito más grave, conforme el principio de absorción y por otro lado, limitar la punición en estos casos a solamente aquellos supuestos en los que exista imprudencia respecto de la segunda parte del curso causal, evitando la imputación de resultados meramente objetiva.

Si bien en el Ecuador, no está inserto expresamente el principio de culpabilidad, como principio limitador del poder punitivo del estado, que exige que la conducta a atribuirse al sujeto sea dolosa o imprudente, sí está reconocido el principio de mínima intervención penal, y carácter fragmentario del derecho penal, que reduce al mínimo posible el campo de acción del derecho penal por su carácter gravoso y, al analizar la legislación penal bajo esta lupa de garantismo y mínima intervención, debemos entender que solamente aquellas conductas en donde se puede reconocer una de las dos figuras subjetivas del tipo que proscribe nuestra legislación (dolo e imprudencia o culpa) puede ser digna de una sanción penal.

Esta propuesta se realiza sin que el análisis haya llegado a adentrarse a la práctica judicial dentro del país entero, la intención es que sirva como un inicio para empezar a estudiar y analizar la prevalencia o no de la preterintención y los mecanismos idóneos para sustituirla.

## Bibliografía

- Abraldes, S., (2010), Delito Imprudente y Principio de Confianza, Santa Fe, Argentina: Rubinzal – Culzoni.
- Ambos, K., (2006), Preterintencionalidad y Cualificación por el resultado, INDRET: Recuperado de (06 de enero de 2019, 09:35 A.M. ) [http://www.indret.com/pdf/365\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/365_es.pdf) ,
- Cardenal, A., (1989), Naturaleza y Límites de los Delitos Cualificados por el resultado, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, ISSN 0210 – 3001, Tomo 42, p, 593 – 620.
- Donna, E., (2011), Derechos Penal Parte Especial. Tomo I, Santa Fe, Argentina: Rubinzal – Culzoni.
- Martos, J., (1993), La Preterintencionalidad, Revista de Derecho Penal y Criminología, 3. Ed., p, 553 – 602.
- Roxin, C. (2014), Derecho Penal Parte General, Tomo I, Avellaneda, Argentina: Civitas.
- Roxin, C., (2014), Derecho Penal Parte General, Tomo II, Avellaneda, Argentina: Civitas.

- Rusconi, M., y Kierszenbaun, M., (2009), Teoría del Delito y Garantías Constitucionales, Buenos Aires, Argentina: Ad Hoc.
- Wezel, H., (1956), Derecho Penal Parte General, Buenos Aires, Argentina: Roque de Palma Editor.
- Zaffaroni, E., Alagia, A., y Slokar, A., (2014), Manual de Derecho Penal Parte General, Buenos Aires, Argentina: Ediar.