

La Preterintención: ¿Es necesaria en la legislación penal ecuatoriana?

The Preterintention: Is it necessary in Ecuadorian criminal law?

ANDRÉS SEBASTIÁN CEVALLOS ALTAMIRANO*

Recibido / Received: 31/03/2022

Aceptado / Accepted: 18/05/2022

DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v9i2.2504>

Citación:

Cevallos Altamirano A. S. «La preterintención: ¿es necesaria en la legislación penal ecuatoriana?». *USFQ Law Review*, Vol 9, no 2, octubre de 2022, pp. 143 - 171, doi: 10.18272/ulr.v9i2.2504

* Abogado por la Universidad Técnica de Ambato UTA, Ambato 180207, Tungurahua, Ecuador, Correo electrónico: acevallos1603@uta.edu.ec ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-2767-4315>

RESUMEN

La legislación penal ecuatoriana reconoce tres formas subjetivas del tipo: dolo, culpa y preterintención. Esta última es una mezcla de las dos primeras, las cuales generan duda sobre su autonomía jurídica. En este análisis, se estudia a la preterintención desde sus orígenes hasta sus problemas actuales, los cuales se dan en dos niveles: a) en la parte general y b) en la parte especial de ciertos delitos confundidos con delitos cualificados por el resultado. De ahí que se concluye que la preterintención vulnera el principio de culpabilidad y legalidad, siendo necesaria su supresión del Código Orgánico Integral Penal, y solucionar con un concurso ideal de delitos.

PALABRAS CLAVE

Tercera forma de culpabilidad, preterintención, concurso ideal de delitos, destipificación, Código Orgánico Integral Penal.

ABSTRACT

Ecuadorian criminal law recognizes three subjective forms of the type: fraud, guilt and preterintention. The latter is a mixture of the first two, which cast doubt on its legal autonomy. Preterintention is studied from its origins to its current problems. The problem with preterintention occurs at two levels: a) In the General Part and b) In the special part of certain crimes confused with crimes qualified by the result. Hence, it is concluded that preterintention violates the principle of culpability and legality, making it necessary to declassify it from the Criminal Code and solve with an ideal concurrence of offenses

KEYWORDS

Third form of guilt, preterintention, Concurrence of offenses, destypification, Criminal Code.

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia del derecho penal, han sido varios los dogmáticos que han debatido y han tratado de resolver de la manera más justa los casos donde existe un desacuerdo entre la intención del autor delictivo y el resultado. En un primer término, la preterintención significa “más allá de la intención” o “*praeter intentionem*”.¹ Desde un punto de vista etimológico, “preter” viene de la proposición en latín “*praeter*” —más allá— e “intención”, de “*intentio-onis*” o “*intentionem*”, —propósito o intención—.²

Sobre el particular, Mezger realiza una definición argumentando que existe preterintención cuando una persona causa un daño con el *animus nocendi*, siendo responsable por el resultado que su acción ha causado.³ En este sentido, de acuerdo con estas afirmaciones, la preterintención podría considerarse como un supuesto especial donde la conducta del autor sobrepasa su intención. Someramente, la preterintencionalidad ya se encontraba presente en civilizaciones primitivas⁴, donde vinculaban la responsabilidad a la causalidad material, excluyendo a la culpa anterior⁵ y haciendo prevalecer el principio de responsabilidad por el resultado. Sin embargo, esta se hizo notoriamente más visible en la época clásica del Derecho Romano, para después tomar fuerza en la Edad Media.⁶ Es así que en el siglo XVI la preterintencionalidad comenzó a positivarse del *versari in re illicita*.⁷

En ese marco, Martos puntualiza que la responsabilidad del *versari*, sujeto, es propia del Derecho Canónico concluyendo una responsabilidad por el resultado.⁸ En otras palabras, si el agente ejecuta una conducta ilícita entonces todo resultado es imputable, incluso si aquella se deriva de un hecho accidental.⁹ Similarmente, en la dogmática clásica italiana, Carrara argumentaba que la preterintención es una subclase de *dolus*, donde existe una particular degradación de imputabilidad. Empero, la fórmula que adopta es la culpa mezclada de dolo (*colpa informata a dolo*).¹⁰ Al mismo tiempo, Florian razona y la cataloga como un dolo indirecto.¹¹

1 “Preterintencionalidad”, Diccionario panhispánico del español jurídico, Madrid: *Real Academia Española*. (4 de agosto de 2021), <https://dpej.rae.es/lema/preterintencionalidad>. Ver, Gaceta Judicial 5, Corte Suprema de Justicia de la República del Ecuador, Sala de Casación, 11 de mayo de 1979, párr. 1.

2 Rafael Bielsa, *Los conceptos jurídicos y su terminología*. (Buenos Aires: Depalma, 1993), 111.

3 Edmund Mezger, *Derecho Penal: Parte General*. (Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L, 1958), 231

4 Jorge Eduardo Buompadre, *Derecho Penal. Parte Especial -Tomo I*, (Buenos Aires: ConTexto, 2003), 160-161.

5 Juan Antonio Martos Núñez, “La Preterintencionalidad”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 3, (1993): 554.

6 Buompadre, *Derecho Penal. Parte Especial -Tomo I*, 160-161.

7 Martos, “La Preterintencionalidad”, 554.

8 También conocido como: *versanti in re illicita imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto*

9 Georg Küpper, *Der «unmittelbare» Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt*, 1.a ed. (Berlín: Duncker & Humblot, 1982), 14-20.

10 Francesco Carrara, *Curso de Derecho Criminal: Parte General-Tomo I*, trad. Octavio Bécche y Alberto Gallegos (San José de Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2000), 155.

11 Eugenio Florian, *Parte general del Derecho penal* (La Habana: La Propagandista, 1929).

Así pues, el carácter polimorfo de la preterintencionalidad abarca diversas teorías clásicas: la preterintención como un delito cualificado por el resultado, dolo preterintencional, combinación de dolo y culpa¹², o a su vez, *dolus indirectus, generalis* y *culpa dolo determinata*¹³. Todas estas, dotadas de significados jurídico-penales diferentes. Posteriormente, el Código Penal Italiano¹⁴ utilizó a la preterintencionalidad como una tercera forma de culpabilidad. El Código Penal Español, como una circunstancia atenuante¹⁵. En Alemania, de forma tradicional, como delitos cualificados por el resultado¹⁶. Y en Ecuador, al igual que en Italia, es añadida como un elemento subjetivo del tipo adyacente al del dolo y la culpa¹⁷.

A raíz de lo mencionado, la utilización de estructuras típicas casualistas — como la preterintención— produce varios problemas de aplicación. Para Mir Puig el problema con la preterintencionalidad se da en dos niveles: a) en la parte general, en sentido estricto, y b) en la parte especial de ciertos delitos del Código Penal confundidos como delitos cualificados por el resultado.¹⁸ Desde el punto de vista de Zambrano Pasquel, en la realidad ecuatoriana la errónea redacción que el legislador le da a la preterintención en el COIP, confunde la preter o ultraintención, con los delitos calificados por el resultado.¹⁹ La sobrevivencia desde épocas bárbaras y primitivas de la preterintención, permite apreciar la crudeza en las infracciones e imputación, que a juicio de Jiménez de Asúa deben desterrarse de todos los códigos penales que las contengan.²⁰

En la legislación penal ecuatoriana aún se conserva la preterintención como una forma subjetiva del tipo. Con base a este contexto, es necesario preguntarse ¿Qué es la preterintencionalidad?, ¿cuáles son sus elementos constitutivos?, ¿cómo se aplica en la legislación penal ecuatoriana?, ¿es compatible con el principio de culpabilidad y legalidad?, ¿qué pasa si se destipifica?

Actualmente, en el derecho penal moderno, ya no se le hace responsable al agente delictivo de un resultado no deseado por este, por el mero hecho de estar en el inicio.²¹ Robleto, al estudiar la preterintencionalidad, señala que surgen problemas puesto que no respetaría el principio de culpabilidad porque

12 Octavio Alberto Orellana Wiarco, *Teoría del delito: sistemas causalista, finalista y funcionalista* (México: Editorial Porrúa, 2008), p.62.

13 Kai Ambos, “Preterintencionalidad y cualificación por el resultado: Reflexiones desde el Derecho comparado”, 3 (2006), 7.

14 Artículo 42, Codice penale italiano, Gazzetta Ufficiale 2, 19 ottobre 1930, derogada. XXVIII legislatura del Reino de Italia.

15 Gonzalo Rodríguez Mourullo, “La atenuante de preterintencionalidad”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1970, 556.

16 Ambos, “Preterintencionalidad y cualificación por el resultado: Reflexiones desde el Derecho comparado”, 3.

17 María Paulina Araujo Granda, *Consultor Penal-COIP: Actualizado, con doctrina y jurisprudencia* (Quito: Corporación de Estudios y Corporaciones, 2019), 260.

18 Santiago Mir Puig, *Derecho Penal: Parte General*, 8.a ed. (Barcelona: Editorial Reppertor, 2008), 300.

19 Alfonso Zambrano Pasquel, *Manual de Derecho Penal: Parte General* (Quito: Centro de Estudios y Publicaciones, 2016).126.

20 Luis Jiménez de Asúa, *Principios de Derecho Penal: La ley y el delito* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot S.A./Editorial Sudamericana, 1958), 384.

21 Tito E. Solarí Peralta, “*Versari in re illicita*”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 1 (2010), 245.

no obra con dolo el agente delictivo en el resultado final.²² En consonancia, Martos añade que el problema es causal por su conflictiva imputación objetiva.²³ Y, Ambos concluye “[...] es absolutamente consciente de la problemática constitucional que la preterintencionalidad suscita en atención al principio de culpabilidad [...]”.²⁴

En la legislación penal ecuatoriana, el desarrollo dogmático es abstracto, bizantino, y poco cambiante, sin ser la excepción el concepto de la preterintención. En particular, el problema se da en tres niveles: (i) La mala aplicación en la praxis ecuatoriana, (ii) la falta de tipificación de delitos preterintencionales, y (iii) la vulneración al principio de culpabilidad y legalidad. Es así como la supresión de esta figura en el derecho penal contemporáneo es uno de los esfuerzos más importantes de los dogmáticos en un Estado.

De la misma manera, en Ecuador existen pocos estudios sobre la preterintencionalidad. Estos se han enfocado en varios aspectos: Vidal se enfoca en el homicidio preterintencional²⁵, García basa su trabajo en la vulneración al principio de legalidad²⁶, Pérez trabaja en la preterintención y violencia de género²⁷, Hidalgo estudia sobre la eliminación como un elemento subjetivo del tipo cuestionando la legalidad de las penas²⁸ y Siza se centra en un análisis del homicidio preterintencional y su tratamiento en el COIP²⁹.

Sin embargo, los estudios antes mencionados no cuentan con un sustento teórico suficiente que vislumbre los principales problemas al aplicar la preterintención, siendo los resultados dispares y dispersos. En esa línea de ideas, el objetivo del artículo se concentra en exponer los principales problemas, limitaciones y falacias actuales con la aplicación de la preterintencionalidad en la legislación ecuatoriana, y examinar de forma amplia la literatura de la preterintención, aglutinando los argumentos de los juristas nacionales e internacionales de la doctrina mayoritaria penal contemporánea. Por todo ello, cualquiera que sea la posición crítica que el lector pueda tomar sobre esta temática poco debatida en el Ecuador, le permitirá satisfacer las necesidades

22 José Jaime Robleto Gutiérrez, “*El versari in re illicita, (tratándose de materia ilícita se responderá de sus consecuencias), orígenes y resabios*”, Revista Saber y Justicia, 2021, 94.

23 Martos, “La Preterintencionalidad”, 564.

24 Ambos, “Preterintencionalidad y cualificación por el resultado: Reflexiones desde el Derecho comparado”, 7.

25 Rosa Andrea Vidal Solórzano, “Homicidio preterintencional, Legislación Ecuatoriana, Jurisprudencia y Derecho Comparado”. Tesis de pregrado, Universidad del Azuay, 2007. <http://dspace.uazuay.edu.ec/handle/datos/775>.

26 Geoconda del Rocío García Sánchez, “La controvertida aplicación del delito preterintencional contemplado en la legislación ecuatoriana y sus efectos jurídicos”. Tesis de maestría, Universidad Central del Ecuador, 2020, <http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/22432>.

27 Jasson Patricio Pérez Arteaga, “La preterintencionalidad y violencia de género provocado por el confinamiento en el contexto de la pandemia por Covid-19 en el cantón Guaranda, provincia Bolívar durante el año 2020”. Tesis de pregrado, Universidad Estatal de Bolívar, 2021, <https://dspace.ueb.edu.ec/handle/123456789/3905>.

28 José Felipe Hidalgo Palacios, “Eliminación de la preterintención como elemento subjetivo del tipo en el Código Orgánico Integral Penal”. (Tesis de maestría, Universidad del Azuay, 2019), 3.

29 Willian Geovanny Siza Chasi, “Análisis dogmático del homicidio preterintencional: Su tratamiento en el Código orgánico integral penal”. (Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Sede Ambato, 2017), 6.

de información actualizada, rigurosa y válida sobre la imperativa necesidad de eliminar o destipificar la preterintención del COIP.

2. PRETERINTENCIONALIDAD

2.1. DEFINICIÓN

La primera consideración que salta a la vista en el estudio de la preterintencionalidad es su conceptualización. A breves rasgos, en la historia del derecho han sido diversas las expresiones y nombres que se han utilizado para referirse a ella,³⁰ para después dar origen a lo que en la actualidad se conoce como preterintención o delitos preterintencionales, comúnmente utilizados por la doctrina y jurisprudencia. A pesar de aquello, en términos genéricos, en la doctrina se conoce a la preterintencionalidad como la ultraintención, que es identificada como un punto medio entre el dolo y la culpa.³¹ Algunos juristas como Mir Puig³², Jiménez de Asúa³³, Kai Ambos³⁴ y Martos³⁵ consideran que es una fórmula entre la intención del autor junto con el resultado producido de una elevada gravedad, que no admite dolo a este último resultado. En otras palabras, es la producción de un resultado no deseado, cuando el agente quería un resultado diferente de menor gravedad.

Por ende, existe preterintencionalidad cuando el sujeto activo se ha propuesto la comisión de un hecho delictivo, aunque el resultado ha excedido ampliamente al que se propuso causar. Este resultado no deseado, a juicio de Sáinz Cantero, se encuentra en la misma línea de ataque con el querido.³⁶ Por consiguiente, un ejemplo típico usado por la doctrina es cuando “A” ataca a “B” solo con la intención de causarle lesiones corporales, sin embargo, a consecuencia del ataque, le produce la muerte.

De ahí que existe un *plus effectum* que sobrepasa la intención del autor, entañando que en los delitos preterintencionales la fuerza moral del autor se hace presente en la primera conducta, intencional o dolosa, en razón que

30 Utilizaban los vocablos: “*praeter intentionem*”, “*praeter opinionem*”, “*praeter propositum*”, “*praeter voluntatem*”, “*praeter voluntatem et propositum*”, “*extra intentionem*”, “*extra propositum*”, “*extra intentionem et propositum*”, “*ultra cogitatum*”, “*ultra intentionem*”, “*ultra propositum*”, “*ultra aut praeter intentionem*”, “*ultra praetervel extra cogitatum*”. En Juan de Udaondo Barinagarrementeria, “La preterintencionalidad y el ‘Codex iuris canonici’”, *Revista Española de Derecho Canónico* 7 (1952), 42.

31 Javier Botero Martínez, “*Modalidad compleja de la conducta punible: La preterintención*”, en *Lecciones de Derecho Penal, Parte General* (Medellín: Universidad de Medellín, 2016), 701-708.

32 Mir Puig, *Derecho Penal: Parte General*, 300.

33 Jiménez de Asúa, *Principios del Derecho Penal: La ley y el delito*, 382-388.

34 Ambos, “Preterintencionalidad y cualificación por el resultado: Reflexiones desde el Derecho comparado”, 3.

35 Martos, “La Preterintencionalidad”, 557 y ss.

36 José Antonio Sáinz Cantero, *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*, 3.a ed. (Barcelona: BOSCH, Casa Editorial, S.A., 1990), 692-693.

ha previsto y querido el resultado delictivo que se ha propuesto ejecutar³⁷. Aunque se da un resultado más grave a consecuencia de su intención inicial³⁸. Ciertamente, la evolución de las categorías dogmáticas en el Ecuador sirve de referencia a las mismas, ya que constituyen el objeto del derecho penal en su parte general. El delito preterintencional en la legislación ecuatoriana, nace con la escuela causalista en el siglo XIX, que construye desde la concepción de acto como aquella modificación del mundo exterior.³⁹ El acto se compone de dos partes: del movimiento corporal como causa y del éxito como efecto. En cuanto la causa y el efecto, el movimiento corporal y el éxito se separan en el tiempo y en el lugar, es decir los llamados “delitos a distancia”. En sentido estricto, habría que considerar la comisión como un todo unificado.⁴⁰

Este concepto causal de acción postula que la realización de una mutación en el mundo exterior es atribuible a la voluntad humana. Es decir, que la acción es la causa arbitraria o la no prevención de un cambio en el mundo exterior. El concepto de acción presupone por tanto, en primer lugar, una conducta arbitraria por parte del autor, una actuación de la voluntad. La actividad volitiva, sin embargo, es cualquier comportamiento que, libre de compulsión mecánica o fisiológica, está determinado (motivado) por ideas. Ernesto Albán Gómez, el mayor referente causalista en Ecuador, identifica a la tipicidad como la identificación de la conducta con la descripción hipotética descrita en la ley, antijuricidad como vulneración de un bien jurídico. El dolo y la culpa lo trata en la categoría de culpabilidad⁴¹. Al verificar el delito preterintencional bajo esta escuela causalista, dota de significado, pues toma especial relevancia la relación de causalidad entre el acto y el resultado producido no deseado, es decir, esta causa-efecto es una característica esencial del causalismo.

Así, uniendo conceptos y críticas, Zaffaroni se hace presente entendiendo que los delitos preterintencionales son “figuras complejas” cuyo resultado fue más allá de la intención del agente⁴². Por su parte, Botero considera que es una “modalidad compleja de la conducta punible” donde concurren el dolo respecto al resultado típico querido, e imprudencia respecto al resultado típico no deseado pero producido⁴³. Igualmente, Velásquez sostiene que son “figuras de carácter especial” por el cúmulo de tipos penales complejos que abarcan, pero aclara que no pueden ser combinaciones entre tipos culposos⁴⁴.

37 Juan Córdoba Roda y Gonzalo Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal. Tomo I* (Barcelona: Ediciones Ariel, 1976), 439.

38 Botero, “Modalidad compleja de la conducta punible: La preterintención”, 85.

39 Franz Ritter von Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts* (Berlín: J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1900), 102 y ss.

40 *Ibid.* p. 115

41 Ernesto Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal ecuatoriano*, 13.a ed. (Quito: Ediciones Legales, 2011), 155, 165, 192 y ss.

42 Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal, Parte General III*, (Buenos Aires, Ediar, 2014) 428.

43 Botero, “Modalidad compleja de la conducta punible: La preterintención”, 85 y ss.

44 Fernando Velásquez Velásquez, *Fundamentos de Derecho Penal Parte General* (Bogotá: Editorial Tirant lo Blanch, 2020), 452.

A medida que se ha profundizado en la conceptualización de la preterintención, también se la ha considerado como una tercera forma subjetiva del tipo, es decir, en conjunto al dolo y la culpa, tal como lo afirman los juristas ecuatorianos Araujo⁴⁵, Asanza y Arciniega⁴⁶. Conectando con la idea anterior, el COIP vigente lo define genéricamente en el artículo 26, inciso segundo, estableciendo: “responde por delito preterintencional la persona que realiza una acción u omisión de la cual se produce un resultado más grave que aquel que quiso causar, y será sancionado con dos tercios de la pena”.⁴⁷ Dicha descripción de la preterintención se encuentra en el mismo articulado que define al dolo. Pareciera a simple vista que el legislador la considera como una subclase del dolo.

2.2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

La preterintención supone una desproporción entre la intención y el resultado. Esta se da en primer lugar, cuando la voluntad del autor es encaminada a un fin delictivo, y en segundo, cuando se produce un mal mayor al pretendido. Así lo consideran Gómez y Urbano al afirmar que se debe entender que el resultado final se desprende del primero y que, de todos modos, se debe verificar el nexo causal entre el resultado y la conducta inicial del autor⁴⁸.

De esta manera, suele invocarse que debe sin más ni más, existir un nexo de causalidad objetivo entre la conducta inicial y el resultado ultraintencional⁴⁹; y que se debe distinguir por la progresión material⁵⁰. Ciertamente, cabe mencionar que, por definición, se excluyen aquellos supuestos donde el agente, sea cual fuera el resultado de su conducta, asume *ab initio*⁵¹, con *dolo impetu*⁵².

Por otro lado, Finzi, a pesar de su confesado dogmatismo, deduce que para la imputación de este tipo de delitos, se debe empezar desde la referencia psicológica del autor, ubicando la previsión del evento de mayor lesividad como cierta, posible o probable.⁵³ De tal manera, se exige la previsibilidad sobre el resultado no querido.⁵⁴ Cobo, en este orden de ideas, enmarcado en un

45 Araujo, *Consultor Penal-COIP: Actualizado, con doctrina y jurisprudencia* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019), 260.

46 Hilda Maricela Arciniega Torres y Luis Felipe Asanza Miranda, “Art. 26.- Dolo”, en *Código Orgánico Integral Penal Comentado. Tomo I*, coord. José Sebastián Cornejo Aguiar e Isaac Torres Manrique (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019), 208, 229 y ss.

47 Artículo 26, Código Orgánico Integral Penal [COIP], R.O. Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014, reformado por última vez R.O. 180 de 30 agosto de 2021.

48 Carlos Arturo Gómez Pavajeau y Joaquín Urbano Martínez, “Delitos contra la vida y la integridad personal”, en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Volumen II*, 3.a ed. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia/Departamento de Derecho Penal y Criminología, 2019), 635-641.

49 Pedro Alfonso Pabón Parra, *Código Penal esquemático*, 5.a ed. (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA, 2017).

50 Gómez y Urbano, “Delitos contra la vida y la integridad personal”, 635-641.

51 Expresión latina que significa desde el principio.

52 Martos, “La Preterintencionalidad”, 558.

53 Marcello Finzi, *El delito preterintencional* (Buenos Aires: Depalma, 1981), 121.

54 Carrara, *Curso de Derecho Criminal: Parte General-Tomo I*, 155.

estricto derecho penal de culpabilidad, afirma que debe existir la probabilidad de culpa (previsión); y que la ausencia de este elemento conllevaría a un caso fortuito, *ergo* no se le imputaría el resultado final.⁵⁵

La presencia de estas características en los delitos preterintencionales hace que Rodríguez⁵⁶ y Sainz Cantero⁵⁷ expongan los elementos constitutivos: 1) una homogeneidad de bienes jurídicos protegidos, 2) una conducta dolosa cuya realización excede la intención del agente, y 3) un nexo causal entre la conducta inicial dolosa y el resultado ultraintencional.

Respecto al primer elemento constitutivo en los delitos preterintencionales, a juicio de Gómez⁵⁸, Botero⁵⁹ y Martos⁶⁰; esa homogeneidad de bienes se refiere a la identidad de bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro, más no a la coincidencia de tipos penales. Lo que incide en la idea de la progresión de la conducta que por su naturaleza debe lesionar o atentar contra un bien jurídico de la misma especie o género⁶¹.

El segundo elemento constitutivo es la existencia de una conducta inicial dolosa, efectivamente, porque la base del delito preterintencional es el conocimiento y voluntad del agente delictivo en adecuar su conducta a un tipo penal. Sin embargo, esta conducta dolosa no abarca el resultado producido.⁶² De manera que sobrepasa su propósito, produciendo un resultado típico de mayor gravedad. Rodríguez agrega que existe una notoria desproporción, una falta de armonía entre el medio empleado para ejecutar la conducta intencional y el resultado conseguido.⁶³ Debe aclararse que dicha desproporción no es entre el medio empleado por el autor y el resultado no deseado, sino entre la intención y el resultado; por esta razón, se debe verificar la intención del agente así, a simple vista, parezca una consecuencia natural de la conducta ejecutada.

En cuanto al tercer elemento, la doctrina mayoritaria tiene razón al declarar que el nexo causal debe guardar relación entre la conducta delictuosa del autor y el resultado final producido. Ya sostenía Florian sobre la necesidad y dependencia del nexo causal entre el actuar del agente delictivo y el resultado excesivo⁶⁴.

55 Manuel Cobo del Rosal, "Praeter intentionem" y principio de culpabilidad", *Anuario de derecho y ciencias penales*, 1 (1965), 93-94.

56 Rodríguez, "La atenuante de preterintencionalidad", 558.

57 José Antonio Sáinz Cantero, *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*, 693 y ss.

58 Alfonso Gómez Méndez, *Delitos contra la vida y la integridad personal*, 23.a ed. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1991), 186.

59 Botero, "Modalidad compleja de la conducta punible: La preterintención", 702.

60 Martos, "La Preterintencionalidad", 559

61 Rodríguez, "La atenuante de preterintencionalidad", 559.

62 Martos, "La Preterintencionalidad", 560.

63 Rodríguez, "La atenuante de preterintencionalidad", 559 y ss.

64 Eugenio Florian, *Parte general del Derecho penal*. (La Habana: La Propagandista, 1929), 134 y ss .

Junto con estos elementos constitutivos declarados por la doctrina mayoritaria, añade Castro como requisito de un delito preterintencional la identidad de objeto material, entre aquel que recae el resultado excesivo, y aquel a quien se le quiso causar la conducta típica.⁶⁵ En rigor diagnóstico, para la autora citada, el resultado final causado debe recaer sobre la misma persona. No obstante, esta tesis defendida esporádicamente, nada aporta a la doctrina, pues carece de razonamiento lógico. Si bien existe una homogeneidad de bienes, un nexo causal entre la conducta inicial y el resultado imprudente y la conducta básica dolosa, no es requisito que en la preterintencionalidad exista como condición la “unidad de objeto material”⁶⁶, así pensó Echandía al rechazar tal criterio.⁶⁷ Por ejemplo, en el aborto preterintencional no se exige la identidad del objeto material, ya que nos encontramos frente a dos objetos materiales: la madre y el *nasciturus*.

A pesar del desconcertante aserto de Castro, es justo reconocer que al catalogar como una *conditio sine qua non*, la previsibilidad sobre el resultado⁶⁸ suena más coherente, por lo que es avalado por el sello intelectual de Jiménez De Asúa⁶⁹, Franz von Liszt⁷⁰, Velásquez⁷¹, Cobo⁷² y Martos⁷³. Al fin y al cabo, se puede determinar que el requisito mínimo para la imputación del resultado final no deseado es la previsibilidad o simplemente la capacidad del autor en prever el resultado de mayor gravedad.

En suma, se pueden distinguir cuatro elementos constitutivos para determinar la existencia de un delito preterintencional: 1) una conducta inicial dolosa dirigida a producir un resultado lesivo; 2) un resultado final más grave del querido, pero, que haya sido objetivamente previsible para el autor; 3) una homogeneidad de bienes jurídicos entre el bien pretendido a lesionar, y el causado; y 4) una relación causal entre la conducta inicial dolosa y el resultado final.

2.3. CLASES DE PRETERINTENCIONALIDAD

La doctrina mayoritaria ha diferenciado distintos tipos de preterintencionalidad, por un lado, en función de la heterogeneidad u homogeneidad entre el resultado querido y el producido; y por otro, en función del resultado producido (cumulativa y sustitutiva).

Así, en función de la heterogeneidad u homogeneidad entre el resultado

65 Sandra Jeannette Castro Ospina, “Lección 14: Tipo subjetivo”, en *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 3.a ed. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia/Departamento de Derecho Penal y Criminología, 2019), 260 y ss.

66 Gómez y Urbano, “Delitos contra la vida y la integridad personal”, 638.

67 Alfonso Reyes Echandía, *Derecho penal. Parte general* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1989), 85.

68 Castro, “Lección 14: Tipo subjetivo”, 261.

69 Jiménez de Asúa, *Principios del Derecho Penal: La ley y el delito*, 369-370.

70 Franz von Liszt, *Tratado de Derecho Penal, Tomo II* (Madrid: Instituto Reus S.A., 1900), 430.

71 Velásquez, *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*, 452 y ss.

72 Cobo, “‘Praeter intentionem’ y principio de culpabilidad”, 103 y ss.

73 Martos, “La Preterintencionalidad”, 558 y ss.

querido, a simple vista se pueden diferenciar dos tipos de preterintencionalidad: la preterintencionalidad heterogénea, comúnmente denominada de grado mayor, la cual merma cuando el resultado producido es totalmente diferente al querido por el agente; y la preterintencionalidad homogénea, la cual tiene lugar cuando el resultado no querido es diferente al ejecutado, pero manteniéndose con la misma naturaleza típica, siendo la diferencia cuantitativa.⁷⁴

En definitiva, la diferencia entre la preterintencionalidad homogénea y la heterogénea, es la existencia o ausencia de identidad en los bienes jurídicos lesionados entre la intención del agente y el resultado producido no deseado.

Al contrario, en función del resultado que se produce, la doctrina ha sido notoria en diferenciar dos tipos de preterintención: cumulativa, la cual radica en la acumulación de eventos ilícitos que, aparte de la conducta antijurídica, querida y ejecutada, se produce también otro resultado no deseado; y sustitutiva, la mera sustitución del evento querido por el producido. En palabras más sencillas consiste en la ausencia de la producción del resultado antijurídico querido y ejecutado, por el resultado excesivo no deseado.⁷⁵

2.4. BREVE RESEÑA HISTÓRICA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

La historia dogmática y la teoría del delito han transformado la forma en la que se entienden los conceptos e instituciones del derecho penal en general. El ocuparse de la dogmática del delito genera gran controversia, pues a ello no es ajena la idea de que resulta imposible comprender grandes concepciones de la teoría del delito sin percibir su génesis. En la realidad ecuatoriana, Jorge Zavala Egas estima que realizar una síntesis de la evolución del derecho penal no es posible debido a la falta de un derecho penal propio o posturas nacidas de nuestras fuentes.⁷⁶

Desde el primer Código Penal publicado en 1837, la legislación ecuatoriana ha evolucionado. Se ha contado con seis códigos penales: los de 1837, 1871, 1889, 1906, 1938, 1971 y el de 2014. Al efecto del tema analizado, el primer código penal de 1837, con una clara inspiración clásica, no conceptualiza a la preterintención o tipifica un delito de esa naturaleza. Aunque, adviértese que en el art. 442 reza: “[l]os que mataren a otro involuntariamente y sin intención, pero con la de maltratarle o herirle, sufrirán, según las circunstancias del caso [...]”.⁷⁷ Nótese que en la primera parte se determina

⁷⁴ *Ibíd.*

⁷⁵ *Ibíd.*

⁷⁶ Jorge Zavala Egas, *Código Orgánico Integral Penal (COIP): Teoría del delito y Sistema Acusatorio* (Guayaquil: Murillo Editores, 2014), 65 y 66.

⁷⁷ Código Penal de la República del Ecuador, Registro Auténtico 1837, 14 de abril de 1837, derogada.

un homicidio preterintencional, es decir, la muerte derivada de las heridas o maltrato causado por el autor.

En el Código Penal de 1871, de forma similar, en el art. 437 propone que: “[c]uando las heridas o golpes dados voluntariamente, pero sin intención de dar la muerte, la han causado, sin embargo, el culpable será castigado [...]”.⁷⁸ En este sentido queda claro, entonces, que en este tipo penal se comprenden dos partes: una conducta voluntaria y el resultado no deseado, poniendo en evidencia la inexistencia de la voluntad en el resultado final.

Del mismo modo, en el Código Penal de 1889⁷⁹ y en el de 1906⁸⁰ se mantiene la misma descripción del tipo penal, variando únicamente en su pena. Ya en el Código Penal de 1938, con una clara influencia causalista, se conceptualiza por primera vez la preterintencionalidad de la siguiente forma: “[p]reterintencional, cuando de la acción u omisión se deriva un acontecimiento dañoso o peligroso, más grave que aquel que quiso el agente”.⁸¹ En esta manera, se ve que el sentido de la conducta final sobrepasa la inicial. Debe agregarse aquí que el legislador coloca a la preterintención en conjunto a la infracción dolosa, intencional y culposa.⁸² Así, en el Código Penal de 1971⁸³, se mantiene la conceptualización de preterintención y de una descripción de un homicidio preterintencional.

Finalmente, el COIP de 2014⁸⁴, el léxico jurídico actual lo redefine sin cambios sustanciales más que gramaticales. Como se ha visto, desde 1938 hasta la actualidad, el sentido conceptual de la preterintencionalidad sigue siendo el mismo, pero con cambios gramaticales que no alteraron su estructura o elementos constitutivos, tan solo hubo una variación en la pena.

3. PRETERINTENCIONALIDAD VERSUS DELITOS CUALIFICADOS POR EL RESULTADO

Lo primero que hay que señalar para empezar a reflexionar sobre este tema, es que la preterintencionalidad y los delitos cualificados por el resultado, no son sinónimos. En ciertas legislaciones se regulan los delitos cualificados por el resultado como una estructura compuesta por una conducta básica dolosa

78 Código Penal de la República del Ecuador, Registro Auténtico 1871, 3 de noviembre de 1871, derogada.

79 Código Penal de la República del Ecuador, Registro Auténtico 1889, 4 de enero de 1889, derogado por Decreto Supremo No. 1.

80 Código Penal de la República del Ecuador, R.O. 61, 18 de abril de 1906, derogado.

81 Código Penal de la República del Ecuador, Registro Auténtico 1938, 22 de marzo de 1938, derogado por Codificación No. 35.

82 Artículo 400, Código Penal de la República del Ecuador, Registro Auténtico 1938, 22 de marzo de 1938, derogado por Codificación No. 35.

83 Artículo 14 inciso 4 y artículo 431, Código Penal de la República del Ecuador, R.O. Suplemento 147, 22 de enero de 1971, derogado por Ley No. 00.

84 Artículo 26, COIP.

o culposa, más un resultado calificado de mayor gravedad unido por una relación de causalidad.⁸⁵ En ese marco, Zaffaroni considera que los delitos calificados por el resultado son delitos preterintencionales que exigen un resultado culposo.⁸⁶ Empero, la oscuridad de esta opinión es evidente, haciéndose eco en la opinión de López Betancourt.⁸⁷ Por su parte Jiménez de Asúa pone de relieve que esta asociación solo es aplicable en la legislación alemana⁸⁸; y, reflexiona que los delitos calificados son el género y los preterintencionales la especie⁸⁹.

Por otro lado, Martos es sustancial en rechazar la semejanza que se invoca, refutando que la concurrencia de imprudencia en la fase final de la actuación del agente delictivo libera de toda calificación por el resultado.⁹⁰ Para Mezger⁹¹ y Velásquez⁹² en los delitos calificados por el resultado no importa si el agente tiene previsión sobre el resultado final (sea en una circunstancia actual o futura) que agrava la pena, pero que al menos debió haber actuado culposamente. A este respecto, explica Riccio que la diferencia entre un delito preterintencional y un calificado por el resultado, radica en que en la preterintencionalidad existe un resultado de mayor gravedad no deseado, pero que afecta al mismo bien jurídico protegido, mientras tanto, en el calificado por el resultado, existe un resultado de mayor gravedad, pero que afecta a un distinto bien jurídico protegido.⁹³ De manera análoga, Kai Ambos se expresa con solvencia sosteniendo que en los delitos calificados por el resultado, el tipo penal final producido es independiente de la conducta y voluntad del agente delictivo.⁹⁴ En la misma línea de análisis, Udaondo diferencia entre “delitos fuera de la intención” y “más allá de la intención”. En cuanto a los primeros, menciona que no son más que una desviación de la intención del agente; produciendo un resultado mayor, no querido. Particularmente, los resultados son cualitativos. Al contrario, para los segundos, la meta propuesta es excedida, especificando que para algunos autores en la preterintención los resultados son meramente cuantitativos.⁹⁵

En el plano normativo ecuatoriano, Zambrano Pasquel es crítico al considerar que el legislador ecuatoriano ha confundido en la redacción del COIP a los delitos calificados por el resultado con la preterintención; por este motivo, se ha estudiado a los delitos calificados por el resultado bajo la previsibilidad

85 Velásquez, *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*, 455.

86 Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal Parte General III*, 296.

87 Eduardo López Betancourt, *Teoría del Delito*, 19.a ed. (Tizapán, San Ángel: Editorial Porrúa, 2015), 275.

88 Jiménez de Asúa, *Principios del Derecho Penal: La ley y el delito*, 384.

89 Cf., Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal Parte General III*, 428

90 Martos Núñez, “La Preterintencionalidad”, 591.

91 Mezger, *Derecho Penal: Parte General*, 241.

92 Velásquez, *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*, 455.

93 Así lo destaca Juan de Udaondo, en “La preterintencionalidad y el ‘*Codex iuris canonici*’”, 55.

94 Ambos, “Preterintencionalidad y calificación por el resultado: Reflexiones desde el Derecho comparado”, 9-10.

95 Juan de Udaondo Barinagarrementeria, en “La preterintencionalidad y el ‘*Codex iuris canonici*’”, 55-56.

del resultado mayor.⁹⁶ Ciertamente, se debe diferenciar que para los delitos calificados por el resultado no importa si el delito base es doloso o culposo, o si el resultado es imprevisible. Esto porque se imputa y se pena con base en la responsabilidad objetiva.⁹⁷ Afirmar que se debe dar el mismo tratamiento a los delitos calificados por el resultado y a la preterintención, resquebrajaría las garantías penales y sería evidente la dificultad de aplicabilidad en la imputación.⁹⁸

Se debe comprender, además, que la preterintencionalidad es aplicable cuando el acontecimiento no querido —el más grave— es objetivamente previsible. Como se mencionó previamente, si el resultado final no querido es imprevisible, de tal modo que se hubiese producido *per se*, no debe responder el autor por el resultado final al ser fortuito.

En la legislación ecuatoriana los delitos cualificados por el resultado son los descritos en el art. 95 inciso 4 del COIP, el cual tipifica la extracción de órganos y tejidos con resultado de muerte; art. 147 que tipifica expresamente el aborto con resultado de muerte; art. 153 inc. 2 que versa sobre el abandono de personas con resultado de muerte; art. 163.1 respecto a la desaparición involuntaria con un resultado de muerte; art. 189 inc. 6 en cuanto al robo con resultado de muerte; art. 217 inc. 4 sobre la comercialización de medicamentos caducados que a consecuencia de su consumo producen la muerte; art. 217.1. sobre la producción de medicamentos falsificados o adulterados que a consecuencia de su consumo producen la muerte; art. 2018 sobre la desatención del servicio de salud que tiene como resultado la muerte; y art. 246 respecto de los incendios forestales que producen la muerte de una o varias personas.

Es evidente que la característica en la redacción gramatical de estos delitos se la encuentra en frases como: “si se produce”, “si como consecuencia”. Desde la posición de Gómez y García, estas frases otorgan la idea de que se está frente a un delito cualificado por el resultado. Un delito con el que es suficiente la culpa respecto al resultado mayor para concebirse la realización del tipo subjetivo.⁹⁹

96 Alfonso Zambrano Pasquel, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, 126.

97 *Ibíd.*, 132.

98 José Luis Jiménez Jaramillo, “Del Delito de omisión en el Código Penal-Ley 599 de 2000”, en *Derecho Penal. Parte general - Fundamentos* (Medellín: Universidad de Medellín, 2016), 707.

99 Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Mercedes García Arán y Francisco Muñoz Conde, *La reforma penal de 1989* (Madrid: Editorial Tecnos S.A, 1989).

4. NECESARIA ELIMINACIÓN DE LA PRETERINTENCIONALIDAD DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

El problema de la técnica jurídica de la preterintencionalidad en el COIP se viene agudizando en nuestra *praxis* penal, precisamente porque esta se aferra a la idea del *versari*. Por este motivo, ha sido sujeta a duras críticas dado a que compone indicios de responsabilidad objetiva y quebranta el principio de culpabilidad en un derecho penal garantista.¹⁰⁰ En Ecuador, ya decía Zambrano Pasquel, que con el veto presidencial del 16 de enero de 2014, el país perdió la oportunidad histórica de tener un Código Penal en sintonía con los derechos y garantías constitucionales infranqueables.¹⁰¹

Antes que nada, y sin ser la excepción el COIP, en la parte especial de los códigos penales Latinoamericanos se describe, como regla general, que todos los tipos penales son dolosos; y —por excepción— culposos. Por ejemplo, en el COIP, el legislador reviste a todos los delitos sexuales como dolosos y *per se* no cabe una violación culposa o imprudente. Sin embargo, se encuentran también delitos culposos, *v. gr.*: las lesiones, el homicidio culposo, etc. Aunque existe una esporádica construcción sin fundamentos científicos de los delitos preterintencionales, no se encuentra una tipificación en específico, dejando a los agentes de la Fiscalía General del Estado (en adelante FGE) determinar a su criterio qué tipo penal puede ser de una modalidad preterintencional para formular cargos. De igual manera, deja a los juzgadores determinar si cumple o no con la mera descripción en el COIP para poder sancionar. Para empezar a examinar las limitantes, falencias y problemas con el uso de la preterintención, se debe tener presente que el finalismo es la escuela más predominante en el mundo. Teoría que fue adoptada en el COIP.

En los años treinta, el concepto de delito empieza a ser desarrollado por Hans Welzel con la teoría final de la acción. En ella, con un planteamiento ontológico, se analiza la causa-efecto, partiendo del causalismo, donde la acción humana es la piedra angular de la teoría del delito y se toma en cuenta la conciencia sobre el resultado final de la acción. Parte de una concepción de la causalidad, entendida como una categoría “del ser” excluyendo la idea de que es una “mera conexión mental de varios eventos”.¹⁰² Jescheck y Weigend sintetizan este pensamiento como una separación sustancial entre la realidad y el derecho por el nuevo conocimiento de la psicología, como el cambio del mundo exterior por los actos humanos.¹⁰³

100 Juan Antonio Martos Núñez, *Delitos Cualificados por el resultado en el Derecho Penal Español* (España: Bosch Editor, 2012), 109-158.

101 Alfonso Zambrano Pasquel, *Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal. Referido al Libro Primero. Parte General: Tomo I* (Quito: Corporación de Estudios y Corporaciones, 2014), 16.

102 Hans-Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil* (Berlín: Duncker & Humblot, 1996), p. 226 y ss. Welzel reconoce la imposibilidad de que exista una sola teoría del delito.

103 *Ibid.*, p. 227 y ss.

Con ayuda del conocimiento causal, se determina que el actuar humano solo puede ser controlado hasta ciertos límites y de esta forma se puede dirigir su actuar a completar una consecuencia final. Por lo tanto, está ejecutada por la anticipación espiritual del fin, la elección de los medios y la realización de la acción en el mundo exterior.¹⁰⁴ Esto se diferencia de la escuela causalista donde la voluntad de la acción es el “movimiento corporal voluntario”, se sustituye en la teoría final de la acción por la “actividad final”. Esto supone que, solo la finalidad de autor puede ser valorada en un proceso causal.

La opinión unánime entre los teóricos filosóficos de la conducta es que esta va más allá del mero comportamiento. Un comportamiento exteriormente idéntico puede ser mera conducta en un momento y acción en otro. Por lo tanto, distinguimos claramente entre el caso de alguien que hiere o mata a otro al hacer rodar accidentalmente una piedra, y el caso de alguien que escenifica deliberadamente tal accidente.¹⁰⁵

En la teoría final de la acción se producen tres cambios importantes: (i) se redefine el concepto personal del injusto, (ii) se traslada al dolo y al deber objetivo del cuidado a la tipicidad, (iii) se disminuye el ámbito del juicio de culpabilidad, y (iv) no se soslayan los presupuestos metodológicos valorativos y teleológicos de los neokantianos.¹⁰⁶ Desde la praxis, la herramienta de la teoría final de la acción plantea ciertos problemas en la aplicación de ciertos delitos en específico. Y se plantean ciertas cuestiones: ¿con qué intención actuó?, ¿cómo se va valora el comportamiento del autor?, ¿el autor de qué delito es culpable? La limitante de esta teoría es evidente, haciéndose eco en la dificultad de valorar a los delitos imprudentes o culposos, pues en esencia estos delitos no tienen la finalidad de causar directamente el resultado producido. El problema con la preterintencionalidad y la mal llamada teoría final de la acción es que esta última fue equiparada desde un inicio al dolo. Por lo tanto, una acción penalmente relevante dirigida a realizar un tipo penal tiene como consecuencia que el dolo y los demás elementos subjetivos formen parte del tipo.¹⁰⁷

A continuación, se esgrimirán argumentos de tres principales problemas con la plena vigencia de la preterintención en el COIP. En primer lugar, se discutirá sobre la actual aplicación en la praxis ecuatoriana y la falta de tipificación de delitos en específico, en segundo lugar, la falta de jurisprudencia ecuatoriana que dote de sentido o alcance y, en tercer lugar, el quebrantamiento del principio de culpabilidad y legalidad.

104 Ibid.

105 Christoph Lumer, “Handlung / Handlungstheorie,” en Hans Jörg Sandkühler ed. *Enzyklopädie Philosophie*, (Hamburg: Meiner, 1999), 534-547.

106 Ricardo Nieves, *Teoría del Delito y Práctica Penal. Reflexiones Dogmáticas y Mirada Crítica* (Escuela Nacional del Ministerio Público, Santo Domingo: Centenario SA, 2010), 69.

107 Luis Gracia Martín, Fundamentos del sistema del Derecho Penal: *Una introducción a las bases de la Dogmática penal del finalismo* (Quito: Editorial Jurídica Cevallos, 2011), 141 y ss.

En primer lugar, el ordenamiento jurídico-penal ecuatoriano nace de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia cuyo deber primordial es garantizar el ejercicio de los derechos sin distinción alguna. Uno de los principios rectores en el derecho penal es el de objetividad, donde el ejercicio de FGE es actuar con base en criterios objetivos, aplicando la ley, pero, especialmente, se exige que no debe investigar solo los hechos que agraven la responsabilidad, sino aquellas situaciones que beneficien al presunto infractor.¹⁰⁸

La exégesis de dicho principio ciertamente alude a que los tipos penales deben estar correctamente tipificados, evitando que el Fiscal, arbitrariamente, subsuma un hecho a cualquier tipo penal y que los operadores de justicia resuelvan discrecionalmente. No debe soslayarse que para la imputación de un delito se debe realizar un análisis minucioso, de un primer filtro, la conducta, para luego pasar a la tipicidad (objetiva y subjetiva). Lo cual significa que para la existencia de un delito debe estar expresamente descrito en la norma penal con su modalidad de conducta y su pena. A su vez, guardando una estrecha relación con el *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.

Resulta inverosímil que en el siglo XXI se sigan imputando delitos bajo esta tercera forma subjetiva del tipo. Existiendo evidencia de que la realidad ecuatoriana no goza de mayor fortuna. Esto es claro en los boletines oficiales de FGE del 2021. Por ejemplo, el 13 de Julio de 2021, el Tribunal de Garantías Penales de Tungurahua sentenció a David A., Arturo L. y Alberto T. con tres años de privación de libertad por un homicidio preterintencional.¹⁰⁹ En la misma línea práctica, el 9 de junio de 2021, el Tribunal de Penales de Tungurahua dio a conocer que se ha sentenciado a Richard M. como autor directo de un homicidio preterintencional, sentenciándole con seis años y ocho meses de privación de libertad.¹¹⁰ Entretanto, el 9 de febrero de 2021, el Tribunal de Garantías Penales de Tungurahua ha sentenciado a Richard O. por homicidio preterintencional con cuatro años y cinco meses de privación de libertad.¹¹¹

En estos casos la doctrina mayoritaria ha diferenciado que en la preterintencionalidad el lado objetivo es la relación causal entre la conducta inicial del agente delictivo y el resultado. Aclarando que, si no existe una conexión mínimamente objetiva entre el hecho-base y el hecho-resultado, no puede existir preterintencionalidad. Desde el lado subjetivo, el dolo caracteriza la actuación

108 Artículo 5 numeral 21, COIP.

109 Fiscalía General del Estado, "Sentenciados por homicidio preterintencional registrado en Baños: BOLETÍN DE PRENSA FGE No 662-DC-2021", 2021, <https://www.fiscalia.gob.ec/sentenciados-por-homicidio-preterintencional-registrado-en-banos/> (acceso 15/09/2021).

110 Fiscalía General del Estado, "Sentenciado por el homicidio preterintencional de su suegro de 91 años: BOLETÍN DE PRENSA FGE No 537-DC-2021", 2021, <https://www.fiscalia.gob.ec/sentenciado-por-el-homicidio-preterintencional-de-su-suegro-de-91-anos/> (acceso 15/09/2021).

111 Fiscalía General del Estado, "Sentenciado por homicidio preterintencional: BOLETÍN DE PRENSA FGE No 137-DC-2021", 2021, <https://www.fiscalia.gob.ec/sentenciado-por-homicidio-preterintencional/> (acceso 15/09/2021).

inicial del agente delictivo, pero que no se extiende al resultado final. Por lo mencionado, resulta lógico que el dolo del autor solo se extiende al delito base, más no al delito resultado, el cual deberá ser imputado a título de culpa o en algunos casos fortuitos.

Por todo lo anterior, se afirma que la norma penal ecuatoriana tiene materializado un concepto de preterintencionalidad, más no una tipificación que comprenda sus elementos constitutivos; dejando al libre albedrío a los agentes fiscales determinar qué delito, a su juicio, es preterintencional y a los administradores de justicia determinar una pena ilegítima.¹¹² Para los juristas alemanes Jakobs¹¹³, Jescheck y Weigend¹¹⁴ son combinaciones típicas que causan gravísimas consecuencias.

Según Martos, para imputar las consecuencias que producen este tipo de delitos, deben existir criterios objetivos.¹¹⁵ En este sentido, solo debe aceptarse cuando exista expresa tipificación legal.¹¹⁶ Mientras que nada o poco aporta la conceptualización de preterintención en el COIP. Es así como se trata de una circunstancia que modifica la responsabilidad criminal del autor, corrigiendo el tipo subjetivo del injusto. Determinándose una “forma especial de responsabilidad criminal, fundamentada en el dolo y la culpa”.¹¹⁷ Que, en gráficas palabras de Samaniego, se debe expulsar todo concepto que conserve la responsabilidad objetiva, o a su vez, todas las manifestaciones del *versari in re illicita*.¹¹⁸

Tratando de justificar esta imputación de homicidios preterintencionales, Suárez arguye que hay dos posibilidades para mantener una sintonía a la preterintencionalidad con el principio de culpabilidad: realizar tipificaciones especiales, empero, ajustando su estructura; y penalidad, o eliminarles completamente por su dudosa supresión.¹¹⁹ Sin embargo, las críticas se hacen presentes, aludiendo que esta esporádica argumentación de respaldo es la finalidad puramente preventiva, llevando a sacrificar el principio de culpabilidad a favor de una prevención general de la pena, imputando de forma dolosa el resultado no deseado.¹²⁰

112 Para más ejemplos sobre su actual aplicación véase: Boletín de Prensa FGE No. 029-DC-2021 “Homicidio preterintencional se sentenció con seis años de prisión”; Boletín de Prensa FGE No. 771-DC-2020 “A juicio por presunto homicidio preterintencional”; Boletín de Prensa FGE No. 665-DC-2021 “Sentenciado por homicidio preterintencional: peleaban por una botella de licor”; Boletín de Prensa FGE No. 468-DC-2019 “4 años de cárcel por homicidio preterintencional”.

113 Günther Jakobs, *Derecho Penal Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, 395-402.

114 Hans-Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil* (Berlín: Duncker & Humblot, 1996), 370. Cf. Zaffaroni, Alagia, y Slokar, *Derecho Penal: Parte General*, 566.

115 Martos, “La Preterintencionalidad”, 572.

116 Martos, *Delitos Cualificados por el resultado en el Derecho penal español*, 107.

117 Ibid.

118 ???Manzanares Samaniego, “Sobre la preterintencionalidad heterogénea en el Derecho positivo español”, en *I Jornadas de Magistrados, Fiscales y Profesores de Derecho Penal. Trabajos preparatorios del Congreso de Viena de la AIDP* (Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, 1989), 26 y ss.???

119 Rodrigo Fabio Suárez Montes, “La preterintencionalidad en el proyecto de Código penal de 1980”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales XXIX* (1981): 795-824.

120 Martos, *Delitos Cualificados por el resultado en el Derecho penal español*, 109 y ss.

El derecho penal debe re entenderse totalmente. Por lo menos en la preterintencionalidad debe establecerse el criterio de previsibilidad, como en el colombiano, así en aquellos casos donde es imprevisible el resultado *ergo* sea un caso fortuito, no sea imputado al autor. Esto nos lleva a comprender que la normativa penal ecuatoriana actualmente confina toda una larga dogmática superada actualmente, pues encierra la responsabilidad por el resultado, obligando al juzgador a responsabilizar incluso aquellos casos fortuitos; por otro lado, evidenciándose una ausencia de una tipificación expresa, pero que se sigue imputando y responsabilizando.

En segundo lugar, hay que mencionar que la jurisprudencia es algo que los juristas se proyectan y que los operadores de justicia pueden o no pueden aceptarlo. En los casos en que los operadores de justician deben aceptarlo de forma obligatoria es en los fallos de triple reiteración de la Corte Nacional de Justicia (en adelante CNJ) o en la jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional del Ecuador. Sin embargo, en ninguno de estos máximos organismos de justicia se han plasmado criterios jurisprudenciales en torno a la preterintencionalidad.

Lo ideal en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia es tener una jurisprudencia que brinde una mayor seguridad jurídica en aquellas figuras dogmáticas causalistas como en la preterintención o delitos cualificados por el resultado.

No obstante, la realidad es otra. La jurisprudencia ecuatoriana, por lo general, es poco clara, deficiente, antiquísima o poco aporta al acervo científico en la dogmática penal, en este caso, y sin ser la excepción, la preterintención. Se observa que con el decurso de los años no existen criterios o parámetros razonables que le permitan a los administradores de justicia tener un criterio unívoco frente a la preterintención. Considerando el contexto, resulta imprescindible, citar y analizar las escasas sentencias de la Corte Suprema de Justicia (en adelante CSJ) y la actual CNJ. La CNJ, argumenta que existe delito preterintencional cuando la conducta voluntaria es meramente encaminada a causar un daño o lesión en el cuerpo o salud de la víctima, sin embargo, a consecuencia del medio empleado por el agente del delito se produjo la muerte¹²¹. Es decir, existe una disonancia entre la intención del agente delictivo y el resultado producido.

A medida que se avanza, y con la convicción que argumenta la sala de lo penal de la CSJ, considera que no cabe la preterintención cuando el medio empleado resulta idóneo para la producción del resultado final¹²², puesto que el resultado que acontece es por el uso desmesurado de la violencia¹²³. Este argu-

121 Expediente de Casación 582, Corte Nacional de Justicia de la República del Ecuador, Sala de Casación, 13 de mayo de 2014, 3.

122 Gaceta Judicial 5, 3.

123 Expediente de Casación 582, 3-4.

mento es sostenido cuando el autor se ensaña con la víctima de tal modo que, cuando ya se encuentra en obnubilación la víctima, continua con la agresión, *per se* resultando idóneo el medio para el resultado producido *v.gr.* la muerte. La CSJ hace una diferencia entre una agresión idónea e inidónea para determinar si existe un delito preterintencional.¹²⁴ Para el primero, si el medio empleado es eficaz o razonable para producir el resultado más grave, no cabría un delito preterintencional, debido a la forma en la que se emplea y coloca en vulnerabilidad a la víctima¹²⁵, es decir que los actos que ejecuta el agente son suficientes de tal modo que sería inequívoco y objetivamente previsible el producir el resultado final¹²⁶. Reafirmando lo antes mencionado, Jorge Boumpadre enfatiza que el medio empleado debe ser inequívocamente mortífero.¹²⁷ Para el segundo, si el medio empleado no es razonable o idóneo; y sin embargo produce un resultado disvalioso, se le imputaría por un delito preterintencional¹²⁸, o lo que resulta más fácil, si el medio empleado en la conducta del agente del delito carece de eficacia letal existe un delito preterintencional¹²⁹.

Para tener una regla clara de interpretación, es necesario mejorar el argumento de la CNJ. Hay delito de preterintencionalidad cuando el instrumento empleado, razonablemente, no debía producir el resultado final no deseado, tal como lo indica Zaffaroni.¹³⁰ Donna, desde un punto de vista objetivo, afirma que el medio empleado, razonablemente no debía causar el resultado no deseado, pero que sí haya sido previsible.¹³¹ Desde lo subjetivo, Creus destaca que se exige el conocimiento de la idoneidad del medio empleado al agente delictivo para poder diferenciar entre un delito doloso, culposo o preterintencional.¹³² A propósito de la carga probatoria para un delito preterintencional, *v.gr.*: en el caso de un aborto preterintencional, los agentes investigadores solo poseen un recurso: determinar si el medio empleado por el autor es hábil para matar al *nasciturus*, presumiéndose el *animus occidendi*; pero si no era hábil el medio empleado, no debe imputarse al autor el resultado final, siendo la única prueba objetiva. Por lo aseverado en líneas anteriores es que se puede decir tajantemente que no existen reglas de interpretación en la jurisprudencia del ordenamiento jurídico ecuatoriano que les permitan a los administradores de justicia determinar una pena o responsabilidad en un delito preterintencional. En tercer lugar, si bien es cierto que ni en la Constitución de la República

124 Cf., Sentencia de Suprema Corte de Justicia (Argentina), 17 de marzo de 2015, M. 438. L. RHE; Sentencia de Suprema Corte de Justicia (Argentina), 15 de Julio de 2014, Letra S Nro. 168 Año 2013 Tomo 49 Tipo RHE; Sentencia de Suprema Corte de Justicia (Argentina), 15 de Julio de 2014, Letra R Nro. 713 Año 2013 Tomo 49 Tipo RHE.

125 Gaceta Judicial 5, 2-4.

126 Expediente de Casación 582, 2-3.

127 Jorge Boumpadre, *Derecho Penal. Parte Especial - Tomo I*, 160 y ss.

128 Gaceta Judicial 5, 2-4.

129 Expediente de Casación 582, 2-3.

130 Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal Parte General III*, 273.

131 Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal Parte Especial Tomo I*, 4.a ed. (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011), 91-95.

132 Carlos Creus, *Derecho penal Parte especial Tomo 1*, 6.a ed. (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998), 41-45.

del Ecuador, ni en el COIP, se encuentra conceptualizado expresamente el principio de culpabilidad que permita limitar el poder punitivo del Estado, deja al libre albedrío a fiscales subsumir a una conducta a cualquier tipo penal, para que sea preterintencional; y a los administradores de justicia imponer una pena ilegítima. Demostrando así el vacío legal que opera actualmente en el Ecuador.

El moderno derecho penal determina que no existe pena sin culpabilidad, pues se entiende que el principio de culpabilidad es la inexistencia de una conducta típica cuando esta no responda a título de dolo o, por lo menos, de culpa. En palabras más sencillas, es la exclusión de la imputación por la mera causación del resultado.¹³³ Desde la posición de Mourillo el *versari in re illicita* viola el principio de culpabilidad, cerrando el paso a la dogmática de la tipicidad subjetiva, tratándose de una fórmula de responsabilidad objetiva.¹³⁴ Actualmente, según el objetivismo moderado predicado por Stefano Canestrari,¹³⁵ es necesaria la imputación objetiva para delimitar fronteras con la responsabilidad preterintencional, inversamente, el objetivismo puro es sumamente consiente de que existe una problemática constitucional con la existencia de la preterintencionalidad en relación con la culpabilidad.¹³⁶

El principio de culpabilidad funge como un límite al poder punitivo del Estado. Para Polaino Navarrete es el fundamento y límite de la pena¹³⁷, para Mir Puig de cierta manera brinda seguridad jurídica porque debe imputarse objetiva, subjetiva y personalmente al autor del ilícito¹³⁸. Sin embargo, cuando se imputa a una persona de un determinado delito sin demostrarse su culpabilidad, como en los delitos preterintencionales, para Solari “[...] la violación al principio de culpabilidad es en estos casos flagrante”.¹³⁹

En los delitos preterintencionales la responsabilidad es anómala porque se hace responsable al agente delictivo de todas las consecuencias que surjan por el mero hecho de estar en la actividad inicial del mismo o por haber tenido un mínimo nexo causal. Así, el principio de culpabilidad impide la aplicación de la responsabilidad objetiva, es decir, se descarta que con una simple relación de causalidad entre la conducta y el resultado final una persona sea condenada sin una mayor justificación.

Por ejemplo, la dogmática penal alemana ha comprendido que ciertas

133 Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, y Alejandro Slokar, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, 565.

134 Alfonso Carlos Cardenal Murillo, *La responsabilidad por el resultado en Derecho Penal (Estudio histórico-dogmático de sus manifestaciones en el Libro I del C.P. español)* (Madrid: Edersa, 1990), 118-125.

135 Stefano Canestrari, “Preterintenzione, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*”, *Uret*, Torino, IX (1995): 704 y ss.

136 Ambos, “Preterintencionalidad y cualificación por el resultado: Reflexiones desde el Derecho comparado”, 7.

137 Miguel Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, 78.

138 Santiago Mir Puig, *Derecho Penal: Parte General*, 125-134.

139 Tito Solari Peralta, “Versari in re illicita”, 246

disposiciones de su antiguo código penal iban en contra del principio *nullum crimen sine culpa*.¹⁴⁰ Beling¹⁴¹, Mayer¹⁴² y Welzel¹⁴³ sostienen que los resultados agravados no eran imputados a título de culpa, sino que constituían genuinos casos de responsabilidad objetiva. Por otro lado, la justificante para la imputación de la responsabilidad objetiva del resultado más grave de la preterintencionalidad es el mero nexo de causalidad material.¹⁴⁴ En otras palabras, desconoce y excluye la naturaleza culposa del resultado final no deseado o de cualquier consideración subjetiva; y se le imputa paralelamente como doloso y culposo, siendo la esencia de la preterintencionalidad.

Para poder comprender las especies de culpabilidad se debe tener presente que la misma es compuesta por la actividad psíquica del agente delictivo en relación con el resultado y la valoración jurídica.¹⁴⁵ En palabras de Roxin “[...] la culpabilidad presupone en el fuero interno la libertad de comportarse de una u otra forma”.¹⁴⁶ Esto quiere decir que el nivel de culpabilidad se determinará por los factores internos del agente delictivo y la dimensión de los daños causados. La importancia de respetar el principio de culpabilidad, tal como Jakobs argumenta, es que cumple un rol estabilizador de confianza en el ordenamiento jurídico penal.¹⁴⁷ Para Roxin no es tan eficaz la función protectora del principio de culpabilidad, ya que solo serviría de protección para aquellas personas delictivas y culpables, más no para los inculpables.¹⁴⁸ La defensa del citado autor es que dicho principio presupone un medio de limitación del poder estatal y a la magnitud de la pena aplicable al delito cometido.¹⁴⁹ Para López Betancourt¹⁵⁰, Nieves¹⁵¹, Solano¹⁵² y otros, de acuerdo con las especies o formas de culpabilidad, en la tendencia actual del Derecho Penal, son dos: dolo y culpa, siendo la excepción la preterintención, ultraintención o como los autores enfatizan, una hipótesis de culpabilidad arcaica existente en pocos países. Ya decía Jiménez de Asúa en siglo XVI que la preterintención es una subespecie de las dos actuales, agregando a su pensamiento el de Mezger,

140 Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal Parte General III*, 427.

141 Ernst von Beling, *Grundzüge des Strafrechts*, Überarbeit (Tübingen: Mohr, 1930), 53-60.

142 Max Ernst Mayer, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2.a ed. (Heidelberg: Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1923), 120-145.

143 Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, 2.a ed. (Berlín: Walter de Gruyter & Co, 1949), 25-40.

144 Álvaro Salgado-González, Nohora García-Romero, y Paulo López-Torres, “Preterintención: Un periódico de ayer”, *Vis Iuris, Revista de derecho y ciencias sociales*, 4, 115.

145 Martos, “La Preterintencionalidad”, 561 y ss.

146 Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Trad. y n.: Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier De Vicente, 2.a ed. (Thomson; Civitas, 2006), 101.

147 Günther Jakobs, *El concepto jurídico penal de acción*, Trad. Manuel Cancio Melía y Santiago Mir Piug (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996), 20.

148 Claus Roxin, *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, Trad.: Francisco Muñoz Conde (Madrid: Instituto Editorial Reus S.A., 1981), 25.

149 Roxin, *Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, 99-103.

150 López Betancourt, *Teoría del Delito*, 215.

151 Ricardo Nieves, *Teoría del Delito y Práctica Penal. Reflexiones Dogmáticas y Mirada Crítica* (Santo Domingo: Escuela Nacional del Ministerio Público/ Centenario SA, 2010), 148.

152 Henry Solano Vélez et al., *Temas de derecho penal parte general. Teoría general del derecho penal* (Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2019), 113.

Löffler y Miricka de que, aunque exista una tripartición, “[...]dolo y culpa son, en verdad, las únicas que existen [...]”¹⁵³.

De acuerdo con Robleto, la literatura moderna también discute sobre la crisis del principio de culpabilidad en los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado. porque la enseñanza descrita se refiere a la responsabilidad por todos los éxitos de una conducta ilícita.¹⁵⁴ De igual forma, Etcheberry añade que “[...] implica una ruptura radical con el principio de culpabilidad, ya que su responsabilidad se basa netamente en el resultado final que esa conducta produce independientemente de la tipicidad subjetiva”.¹⁵⁵ Por lo tanto, se colige que la preterintencionalidad viola expresamente el principio de culpabilidad porque no se demuestra la relación de culpabilidad entre el hecho cometido y el resultado de la acción producida para atribuirle al agente delictivo. La comisión del injusto debe ser reprochado personalmente al sujeto activo para imputarse una pena en concreto. Por el contrario, si no se demuestra su culpabilidad, no se podrá imponer una sanción penal.

En matices teóricos similares, Polaino Navarrete, tiene un fundamento inatracable, en cuanto sostiene que los estándares asumidos por la actual política criminal están estrechamente vinculados con la dogmática penal *ergo* las construcciones causalistas neoclásicas valorativas, *verbi gratia*: la preterintención en el sistema finalista del desvalor de la acción o, especialmente en el de la culpabilidad normativa, son incompatibles en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia o en un Derecho Penal Garantista.¹⁵⁶ Cobo, Vives, Boix, Orts y Carbonell¹⁵⁷ se pronuncian, criticando y rechazando a la preterintención, cuya existencia es incompatible con el principio de culpabilidad, que incluso puede ser inconstitucional¹⁵⁸,

enfaticando la supresión de esta figura como la solución ideal.

Por otro lado, el principio de legalidad tiene su base en el aforismo de Feurebach *nullum crime, nullum poena sine lege*. Principio que exige cuatro garantías a la norma jurídica: (i) *lex certa*, (ii) *lex previa*, (iii) *lex scripta* y (iv) *lex stricta*. La *lex certa* o principio de taxatividad, certeza o prohibición de indeterminación es la garantía que exige describir un delito con la mayor claridad y concisión posible. Por añadidura, tal y como sostiene Polaino: “Esto es, ha de describir qué acción u omisión es seleccionada por la norma penal, qué elementos (objetivos y subjetivos) caracterizan la conducta, y qué sanción

153 Jiménez de Asúa, *Principios del Derecho Penal: La ley y el delito*, 358.

154 José Jaime Robleto Gutiérrez, “El versari in re illicita, (tratándose de materia ilícita se responderá de sus consecuencias), orígenes y resabios”, *Revista Saber y justicia*, vol. 2, núm. 20, 2021, 86.

155 Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal. Parte General* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998), 153

156 Pról.: Miguel Polaino Navarrete, en *Delitos Cualificados por el resultado en el Derecho Penal Español*, (España: Bosch Editor, 2012).

157 Manuel Cobo del Rosal, et al., *Derecho Penal, Parte Especial*, 3.a ed. (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1990), 606.

158 Martos, “La Preterintencionalidad”, 596.

penal se establece para la misma.”¹⁵⁹ Con este criterio es evidente que, en la preterintencionalidad no se cumple con la garantía de *lex certa* del principio de legalidad porque carece de un tipo penal en específico en la parte especial del COIP. Sobre ello, cabe mencionar que el tratamiento que las legislaciones latinoamericanas le dan a la preterintención son: en primer lugar, el *sistema de numerus clausus*¹⁶⁰; y en segundo, el de *numerus apertus*¹⁶¹.

En ese sentido, el COIP carece de tipos penales cerrados preterintencionales. Lo que permite la discrecionalidad de los juzgadores al imponer la sanción penal, generando yerros en las sentencias, vulnerando el principio de tipicidad de la ley penal. Y, esto porque solo se da una mera descripción del tipo subjetivo, más no sus elementos constitutivos o descriptivos. Al hilo de la reflexión anterior, García pone de relieve que los elementos para encajar la figura de la preterintención deben ser valorados por los jueces y, “[...] que por supuesto no serán coincidentes los criterios entre unos y otros, llegando al punto, probablemente, de inventarse un tipo penal, transgrediendo el principio de legalidad.”¹⁶²

La — *lex previa* — o principio de irretroactividad determina que es necesario que una persona tenga conocimiento que si actúa de determinada manera incurrirá en algún ilícito o en una nueva pena.¹⁶³ Es la prohibición de retroactividad de las normas que sanciona nuevos delitos o las agrava. Esta garantía tiene dos matices: (i) la garantía criminal en virtud de la cual no debe ser considerado delito si al momento de su comisión no estaba expresado como tal ; y, (ii) la garantía penal, que impide infligir la pena si no estuviese descrito en la norma exactamente.¹⁶⁴

La — *lex scripta* — o principio de ley escrita postula que se deben describir las conductas delictivas con su sanción penal únicamente mediante la norma, como única fuente del derecho. Es decir, la única fuente para la creación de delitos y sus penas es mediante la creación de figuras delictivas con su consecuencia jurídica, es, pues, una exigencia de una ley escrita y válida en el ordenamiento jurídico.¹⁶⁵ En la preterintención al no existir estructuras típicas específicas que hagan referencia a la punición de los delitos preterintencionales, a juicio de Polar “[...] infringiría la prohibición de crear delitos indeterminados, pues no permitiría conocer con exactitud lo que es materia

159 Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo I.*, 117

160 Consiste en la introducción en la Parte General (parte sustantiva) el concepto de la preterintencionalidad, empero, limitando su aplicabilidad a determinados casos.

161 Es la introducción en la Parte General (parte sustantiva) la fórmula conceptual del delito preterintencional aplicable a todos los casos que se presenten en la práctica penal.

162 García Sánchez, *La controvertida aplicación del delito preterintencional contemplado en la legislación ecuatoriana y sus efectos jurídicos*, 165.

163 Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General.*, 106

164 Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo I.*, 119.

165 *Ibid.*

de prohibición, ni efectuar una interpretación cierta y despejada de dudas, afectando la seguridad jurídica.”¹⁶⁶

Y la *lex stricta* o prohibición de analogía es la exigencia de prever una sanción concreta para una acción determinada, esto se traduce en que no puede aplicarse una pena para una conducta parecida o análoga, pese a que la conducta guarde estrecha similitud.¹⁶⁷ Por otro lado, “[...] impone un cierto grado de precisión de la ley penal y excluye la analogía en cuanto perjudique al reo (analogía *in malam partem*)”.¹⁶⁸ En los delitos preterintencionales, Polar, con su claridad argumentativa, afirma que: “[...] constituye una flagrante vulneración a esta expresión del principio de legalidad, el uso de la analogía en la solución de casos penales, pues la analogía no es propiamente una forma de interpretación legal, sino de aplicación.”¹⁶⁹

Esto porque el problema estriba en que los operadores de justicia no distinguen entre los delitos cualificados por el resultado y los preterintencionales por la redacción del COIP. Lo que “[...] ha generado demasiada controversia entre los juristas y órganos jurisdiccionales, quienes ante una estructura típica cualificada por el resultado, argumentan estar frente a un supuesto preterintencional o paralelamente en ambos supuestos.”¹⁷⁰ Se vislumbra que el problema merma por la ausencia de reglas para la aplicación en estos casos compuestos de dolo y culpa, porque la mera descripción en la Parte General del COIP es insuficiente frente a las exigencias del principio de legalidad.

Cuando se analiza un delito en la legislación penal ecuatoriana se debe situar en el esquema finalista. el problema, señala García: “En el caso de la preterintención cómo hacer el examen, si carece de un tipo penal dentro de la parte especial del COIP, dejando al arbitrio de los operadores de justicia la adecuación de un tipo penal en donde encuadre la disposición del artículo 26 [...]”¹⁷¹.

Con este criterio es pues evidente la vulneración al principio de legalidad en sentido estricto.

La aplicación de la preterintención vulnera el principio de legalidad. La legislación ecuatoriana determina en su texto constitucional que: “[n]adie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de

166 Jorge Luis Polar Cadillo, *Los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado, y el concurso ideal de delitos* (Lima: Universidad San Martín de Porres, 2019), 153.

167 *Ibid.*

168 Mir Puig, *Derecho Penal: Parte General.*, 107

169 Polar, *Los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado, y el concurso ideal de delitos.*, 52

170 *Ibid.*, 160.

171 Geoconda del Rocío García Sánchez, *La controvertida aplicación del delito preterintencional contemplado en la legislación ecuatoriana y sus efectos jurídicos.* 154

otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley.”¹⁷² A la luz de lo mencionado, Araujo indica que no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin la existencia de una ley anterior a la comisión del hecho, argumento que rige cuando el COIP remite a otra disposición legal para completar o integrarla.¹⁷³ El COIP no puede recoger cualquier hipótesis o remitirse a su concepto de preterintención para dejar al criterio del juzgador establecer si se cumple o no con los elementos de este. En una concepción general, el COIP solo conceptualiza a la preterintención, más no describe cuáles son los elementos constitutivos para un determinado tipo penal.

Como se ha anunciado, cuando se analiza en estricto sentido un delito preterintencional en la legislación penal ecuatoriana, es una discrecionalidad, una invención de tipos penales, porque en la parte especial no está expresamente tipificado, por ejemplo, un homicidio preterintencional, etc. La fórmula que determina el COIP para que se remita al art. 26 inciso 2, es una fórmula que se aplica en cualquier delito posible en la praxis. El COIP no es claro, autónomo, ni unívoco en cuando a la utilización de la preterintención. Siendo evidente una clara arbitrariedad y una inexistencia a los límites del poder punitivo del Estado.

En general, el principio de legalidad, no solo se refiere al contenido prescriptivo de la norma, si no contiene más garantías que le componen. Esto implica que el legislador debe regular todos los aspectos de la conducta delictiva y la sanción en particular, su alcance o al menos los criterios para determinarla. Esto, con el objetivo de evitar la discrecionalidad o arbitrariedades al momento de imponer una sanción penal. La preterintencionalidad no le permite cumplir con su deber a cabalidad a los operadores de justicia, pues no se puede delimitar claramente las conductas punibles, ni mucho menos determinar la responsabilidad.

5. SOLUCIÓN

Zaffaroni pone de relieve que en el caso de no existir tipificaciones específicas de delitos preterintencionales, se resolverían fácilmente mediante un concurso ideal de delitos, imputándose la conducta inicial con dolo y la del resultado final con culpa. Opinión en la que coinciden Velásquez¹⁷⁴ y Villavicencio¹⁷⁵.

El concurso ideal de delitos se da cuando existe una pluralidad típica dentro de una conducta, según el COIP: “[c]uando varios tipos penales son subsumibles

172 Constitución de la República del Ecuador, 2008, artículo 75 numeral 3.

173 María Paulina Araujo Granda, *Consultor Penal-COIP: Actualizado, con doctrina y jurisprudencia* (Quito: Corporación de Estudios y Corporaciones, 2019), 586.

174 Velásquez, *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*, 453.

175 Felipe Villavicencio, *Derecho penal - Parte general*, 5.a ed. (Lima: Editores Grijley, 2014), 696 y ss.

a la misma conducta, se aplicará la pena de la infracción más grave”¹⁷⁶. Dicha circunstancia es solamente de desvalores, donde un delito tiene una especial presentación de doble tipicidad, entiéndase cuando la conducta abarca diversos tipos penales.¹⁷⁷

La postura que actualmente se mantiene y que se encuentra recogida es el criterio de Jiménez de Asúa: “[n]o creo exagerar en el repudio de esos residuos inciviles. Cuanto más intenso sea, más ganará la justicia”.¹⁷⁸ Dicho criterio sirve de faro para guiar en la búsqueda de solución, siendo de *lega ferenda* para eliminar y no de *lege lata*. Bustos, adhiriéndose a lo antes mencionado, considera que aplicar a la preterintencionalidad las reglas del concurso ideal es un principio correctivo.¹⁷⁹ De igual forma, García Falconí consciente de que hay que abogar por su desaparición, y que el legislador al incorporarlo en el COIP ha dado un paso atrás con estos delitos de alta peligrosidad, plantea y reafirma que la solución es dejar los casos a las reglas del dolo, la culpa y del concurso de infracciones.¹⁸⁰

En representación, Mir Puig cita el caso típico de la preterintencionalidad cuando el agente delictivo queriendo causar solo lesiones, pero en realidad le causa la muerte, debería ser penado por un concurso de delitos al existir un delito de lesiones dolosas y un resultado de homicidio culposo.¹⁸¹ Solari respalda esta solución al argumentar que “Es deseable, y también factible dentro de la contextura del Código, eliminar dichas excepciones para respetar integralmente el principio de culpabilidad”¹⁸²

Sin embargo, la idea que puede saltar a la vista es en los supuestos en que la conducta delictiva inicial no se haya consumado, *ergo*, exista tentativa. Como caso típico se puede representar cuando: “A” de forma consciente le cuenta a “C” que tiene la intención de causar lesiones físicas a “B”, para lo cual “A” le da un golpe con el puño en la sien de la cabeza, produciéndole la muerte a “B”. Evidentemente, se estaría frente a un concurso ideal de delitos con una tentativa idónea de lesiones¹⁸³ y un homicidio culposo¹⁸⁴ derivado de una misma conducta. Para lo cual, el juzgador deberá determinar la pena atenuada para la tentativa de lesiones y sumar la pena aplicable por el homicidio culposo. José Cerezo enfatiza que la preterintencionalidad es incompatible con el principio de culpabilidad, debido a que muchas veces el resultado no querido es no previsible, pero es imputado por el mero nexo causal, imputándose a

176 Artículo 21, COIP.

177 Zaffaroni, Alagia, y Slokar, *Derecho Penal: Parte General*, 865 y ss.

178 Jiménez de Asúa, *Principios del Derecho Penal: La ley y el delito*, 385.

179 Juan Bustos, *Manual de Derecho penal español-Parte General* (Barcelona: Editores Ariel S.A., 1984), 275.

180 Ramiro García Falconí, *Código Orgánico Integral Penal Comentado: Artículos 1 al 78. Tomo I.* (Lima: Ara Editores, 2014), 334.

181 Mir Puig, *Derecho Penal: Parte General*, 314.

182 Solari, “Versai in re illicita”, 254

183 Sancionado por el artículo 152 del COIP y atenuado de una a dos tercios por el artículo 39 *ibid.*

184 Sancionado por el artículo 155 del COIP.

título de dolo.¹⁸⁵ Aquí es evidente que se reconoce una responsabilidad dolosa donde ni siquiera concurre culpa. También es cierto que, aplicando el concurso ideal de infracciones en estos supuestos, la pena sería mayor a la de “dos tercios” que determina el articulado de la preterintencionalidad.

La gran finura técnica del profesor Cancio Meliá, indica que hay casos donde lo antiguo acaba siendo moderno.¹⁸⁶ Considera que la preterintencionalidad es una antigualla, cuya figura debe eliminarse porque mezcla dos mundos: la conducta dolosa y la conducta imprudente, concibiéndose clásicamente, como en el COIP, una forma propia de culpabilidad, carente de sentido. Además, ratifica que es una catástrofe e innecesaria en una legislación, cuya solución total es la vía de concurso ideal. Es así como, para que exista una conciliación armónica, se debe destipificar a la preterintención.

6. CONCLUSIONES

Para concluir, es claro que la legislación penal ecuatoriana es abstracta, bizantina y poco cambiante, siendo un claro ejemplo la preterintención. Desde su génesis ha traído varias consecuencias peyorativas en su aplicabilidad normativa por su carácter polimorfo y crudeza en la imputación de delitos. En el COIP, con influencia finalista, se considera como una tercera forma de culpabilidad junto con dolo y culpa, mermando varios problemas. En primer lugar, en la parte general, en sentido estricto. En segundo lugar, en la parte especial, en ciertos delitos que la errónea redacción que le da el legislador confunde a la preterintención con los delitos cualificados por el resultado. En tercer lugar, pese a que la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador brinda ciertas pautas interpretativas para su mejor aplicación, poco o nada aporta por sus antiquísimas resoluciones y falta de desarrollo dogmático. Lo que genera incertidumbre y yerros en las sentencias de los jueces de garantías penales como en la determinación de la pena, pues no existen criterios unívocos.

No se entiende cuál ha sido el razonamiento lógico o dogmático de los legisladores para conservar a la preterintención en el Código Penal. Pues vulnera el principio de culpabilidad, legalidad, concreción del hecho e incluso se puede llegar a una inconstitucionalidad por parte de los administradores de justicia por la falta de tipificación expresa de los delitos preterintencionales. De esta manera, se están aún sancionando delitos preterintencionales no tipificados, con una pena no prevista expresamente, no limitándose al poder punitivo del Estado, y vulnerado los principios y garantías constitucionales mencionados. Se ha demostrado el vacío legal que opera en el Ecuador, dejando al libre

¹⁸⁵ José Cerezo, *Problemas fundamentales del Derecho Penal* (Madrid: Editorial Tecnos S.A, 1962), 60 y ss.

¹⁸⁶ Manuel Cancio Meliá, *Apuntes de Manuel Cancio Meliá*. VI Escuela Alemana de Ciencias Criminales y Dogmática Penal - Universidad de Göttingen. Módulo: Elementos fundamentales de la teoría jurídica del delito. 3 de septiembre de 2021.

albedrío a los agentes fiscales en formular cargos sobre una conducta no tipificada, pero que a su juicio es preterintencional y dejando a los jueces la discrecionalidad de valorar o no con la simple descripción general de preterintención en el COIP.

Finalmente, uno de los esfuerzos más exigentes de los dogmáticos en materia penal, en una sociedad, es eliminar figuras jurídicas causalitas conservadas en los códigos penales. Resulta inverosímil que en el siglo XXI se siga sentenciando a personas bajo esta tercera forma subjetiva del tipo, pero que en el Ecuador es una realidad normativa y práctica. Eliminar a la preterintención brinda una mayor seguridad jurídica a la praxis del derecho penal, limita el poder punitivo del Estado y, favorece al principio de culpabilidad, legalidad y concreción del hecho. Por eso de *lege ferenda* se propone el concurso ideal de delitos, siendo suficiente para su aplicación normativa en la práctica penal. Así, estar realmente en un Estado Constitucional de Derechos que respeta principios imprescindibles e inviolables en un Derecho Penal Funcional.