

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Propuesta para la eliminación de la preterintención
en el homicidio dentro de la legislación penal
ecuatoriana**

Dámaris Solange Pillaguango Moreno

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de Abogada

Quito, 28 de abril de 2023

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Dámaris Solange Pillaguango Moreno

Código: 00207527

Cédula de identidad: 1721469201

Lugar y Fecha: Quito, 28 de abril de 2023

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETHeses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETHeses>.

**PROPUESTA PARA LA ELIMINACIÓN DE LA PRETERINTENCIÓN EN EL HOMICIDIO
DENTRO DE LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA¹**

**PROPOSAL FOR THE ELIMINATION OF THE PRETERINTENTION IN THE HOMICIDE
WITHIN THE ECUADORIAN CRIMINAL LAW**

Dámaris Solange Pillaguango Moreno²
damarisolange@outlook.com

ABSTRACT

RESUMEN

La preterintención supone que el agente quiere cometer un delito determinado, pero produce otro de mayor gravedad. Sin embargo, en la normativa vigente no existen tipos penales específicos que contemplen esta figura generando disparidad en las decisiones. Este estudio analizó las combinaciones de los elementos subjetivos del tipo, dolo y culpa, que aparentemente la componen en el tipo penal de homicidio no encontrando fundamento jurídico que sustente su aplicación por parte de los operadores de justicia.

Desde la metodología deductiva, cualitativa, exegética, análisis comparativo y doctrina relevante al tema, el ensayo arguyó la posibilidad de resolver este fenómeno mediante la aplicación del dolo eventual.

En tal supuesto, se propuso la eliminación de esta figura debido a que vulnera el principio de legalidad y otros principios conexos. En consecuencia, es preciso ahondar en el estudio de esta figura para superar las falencias que genera su aplicación en el sistema penal local.

PALABRAS CLAVE

Preterintención, dolo eventual, culpa, concurso ideal, legalidad

The preterintention supposes that the agent wants to commit a crime but produces another of more gravity. However, in the current regulations there are no specific criminal offenses that contemplate this figure generating disparity in the decision. This study analyzed the combinations of the subjective elements of the type, fraud, and guilt, which apparently compose it in the criminal type of homicide not finding legal basis that supports the application by part of the operators of justice.

From the methodology deductive, qualitative, exegetical, comparative analysis and doctrine relevant to the topic, the essay argued the possibility of resolving this phenomenon using the application of concurrence of offenses.

Then, the elimination of this figure was proposed because it violates the principle of legality and other related principles. In consequence, it is necessary to delve into the study of this figure to overcome the shortcomings generated by its application in local criminal system.

KEY WORDS

Preterintention, gross negligence, guilt, concurrence of offenses, legality

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Xavier Andrade Castillo

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1.INTRODUCCIÓN.- 2. ESTADO DEL ARTE.- 3. MARCO TEÓRICO.- 4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.- 5. DESAROLLO.- 5.1. RESEÑA HISTÓRICA DEL DELITO PRETERINTENCIONAL.- 5.2. NATURALEZA JURÍDICA Y FUNDAMENTO.- 5.2.1. ANTECEDENTES DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.- 5.3. HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL.- 5.3.3. DERECHO COMPARADO Y COMPARATIVO.- 5.4. HOMICIDIO POR DOLO EVENTUAL CON CONOCIMIENTO Y ¿VOLUNTAD?.- 5.7. ELIMINACIÓN DE LA PRETERINTENCIONALIDAD.- 6.- CONCLUSIONES.

1. Introducción

La preterintención ha sido entendida como la producción de un resultado típico que va más allá de la intención del agente y que el autor no se había propuesto, es decir, este se ha propuesto un resultado punible, pero su accionar genera un resultado típico mayor que no quería. De esta manera, se encuentra comprendida por una acción inicial dolosa y un resultado culposo, el cual debe ser más grave que el querido y consecuencia de la conducta inicial³.

A lo largo del tiempo varios dogmáticos han debatido ampliamente esta figura pretendiendo buscar una solución eficaz en relación con el título al que debe ser imputado el resultado final, pero no querido. Así, lo que se busca es responsabilizar por los sucesos que nacen de su actuar antijurídico cuando estos no formaron parte de su plan inicial frente a esto la doctrina moderna a través del principio de culpabilidad exige que se responsabilice al agente solo por las acciones u omisiones dotadas de dolo o imprudencia. Así pues, se rechaza cualquier imputación por la mera causalidad del resultado, aunque sean fortuitas⁴.

En este sentido, este problema reviste de gran importancia no solo para establecer un criterio unívoco a la preterintención, sino también, para poner fin a una evidente arbitrariedad y vulneración de derechos de fundamentales por parte de los operadores de justicia y de esta manera poner límites al poder punitivo del Estado.

En Ecuador, desde el Código Penal derogado aún se mantiene la figura de la preterintención como una tercera forma subjetiva del tipo, sin embargo, en el Código

³ José Sebastián Cornejo y Gianni Egidio Piva. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2021), 537-538.

⁴ Maximiliano Rusconi y Mariano Kierszenbaun. *Teoría del delito y garantías constitucionales*. (Buenos Aires: Ad Hoc, 2009), 99-100.

Orgánico Integral Penal, COIP, no se encuentra delimitado ningún tipo penal específico de preterintención vulnerando el principio de legalidad y a su vez entrando a los límites del dolo eventual. Por tal razón, surge la interrogante: ¿por qué debe eliminarse la preterintencionalidad del sistema penal ecuatoriano?

A fin de resolver el problema jurídico planteado, en el presente trabajo se parte analizando la naturaleza y fundamento jurídico de preterintencionalidad a partir de distintas teorías observando legislaciones como Colombia y España. De igual manera se examinará el homicidio preterintencional y el dolo eventual con relevancia en elemento cognoscitivo. Finalmente, se determinarán los problemas que genera su aplicación en el ejercicio práctico y brindar posibles soluciones con el propósito de generar cambios en el sistema acorde a la doctrina jurídico penal moderna.

Para ello, la propuesta metodológica a utilizar en el presente trabajo será deductiva mediante un análisis normativo y doctrinario específico que parte desde lo general hacia lo particular; cualitativa orientada principalmente a la comprensión, interpretación y justificación de la institución jurídica de estudio; exegética para descubrir la intención del legislador al incorporar la preterintencionalidad en la legislación ecuatoriana y por último, comparado y comparativo al incorporar los diversos sistemas jurídicos vigentes que han ahondado en el estudio de esta figura.

2. Estado del arte

Una ardua polémica aún no extinguida empezó durante el siglo XVI sobre el tema de estudio que ahora se discute. En primer término, Manzini, Vannini, Ranieri, Janniti Piromallo y Altavilla⁵ son quienes fundan la preterintención sobre el principio de causalidad. La misma es inadmisibles en la actualidad, pero más intolerable por sus consecuencias descabelladas que resulta en el campo penal que nos ocupa. Eugenio Zaffaroni⁶ menciona que la preterintencionalidad comenzó a positivizarse en el *versari re illicita* inspirado fundamentalmente en el criterio de la responsabilidad objetiva, es decir de la responsabilidad que no tiene en cuenta la subjetividad de la conducta.

Luis Jiménez de Asúa⁷ consideraba que la preterintención consistía en generar un resultado típicamente antijurídico, que traspasa lo intencionalmente producido, una mixtura de dolo y culpa. Partiendo de allí se han generado diversas teorías clásicas.

⁵ Rodolfo Schurmann, *El delito ultra o preterintencional*. (Córdoba: Lerner, 1968), 31.

⁶ Eugenio Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal Parte General, Tomo III*, (Buenos Aires: Ediar, 1987), 427.

⁷ Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal, Tomo IV*, (Buenos Aires: Losada, 1992), 19.

Eugenio Zaffaroni⁸ considera en el delito preterintencional que los resultados deben ser imputables al autor de manera culposa, no existiendo delitos cualificados por el resultado. Por el contrario, Eugenio Florian habla de un dolo indeterminado mientras que Garraud y Enrico Pessina lo califican como un dolo eventual⁹.

En este marco, Francisco Ferreira menciona otro criterio subjetivo o culpabilista, la preterintención genera imputación, no solo por la vinculación objetiva sino por el nexo culpable que resulta distinto al dolo y la culpa. De esta manera, en aquella época la preterintencionalidad formaba parte de la culpabilidad entrando a la teoría general del delito.¹⁰ Por el contrario, este concepto se aleja de la legislación ecuatoriana en la que aparece la preterintencionalidad de forma autónoma dentro de la tipicidad junto al dolo y la culpa.

Al no establecerse tipos penales preterintencionales deja a los operadores de justificar subsumir cualquier hecho en una modalidad preterintencional. Así, se desprende una tercera figura de homicidio, el homicidio preterintencional. Francesco Carrara¹¹, presupone que no es homicidio con dolo indeterminado por faltar la previsión del exceso, es decir, la muerte, pero tampoco es pura culpa, porque hubo un intención dirigida al daño ajeno ni es verdadero dolo en cuanto a la muerte porque faltó la voluntad de matar y la previsión actual de causar la muerte.

De acuerdo con lo anterior, como señala Cesare Beccaria¹² referente al principio de legalidad, nadie podrá ser sancionado por hechos que no hayan sido previstos con anterioridad ni tampoco imponerle una pena sin previamente estar impuesta en una ley, cuya autoridad debe recibir en el legislador que representa a toda la sociedad unida por un contrato social. Este principio fundamental es el límite al poder punitivo que el sistema penal del Estado ejercita.

Así pues, este resabio anacrónico no es compartido por varios autores. Tal es el caso de Gianni Piva y José Cornejo¹³ quienes consideran que la preterintención requiere como cualquier otro delito que el resultado le sea imputable jurídicamente al autor del hecho, ya que con su conducta dolosa inicial creó un riesgo y el resultado típico fue la concreción de ese riesgo.

⁸ Eugenio Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal Parte General, Tomo II*, (Buenos Aires: Ediar, 1987), 296.

⁹ Enrico Pessina, *Elementos de Derecho Penal*. (Madrid: Reus, 1919), 490-493.

¹⁰ Francisco Ferreira, *Derecho Penal Especial, Tomo I*. (Bogotá: Temis, 2006), 59-61.

¹¹ Francesco Carrara, *Programa de Derecho Criminal Parte Especial, Tomo III*, (Bogotá: Temis, 2005), 83-90.

¹² Cesare Beccaria, *De los delitos y las penas*. (Bogotá: Temis, 2019), 11-12.

¹³ José Sebastián Cornejo y Gianni Egidio Piva. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 537-538.

Tras este análisis, salta a la luz la importancia de generar un sustento teórico que evite resultados dispersos y arbitrarios acorde a la doctrina moderna, ya que se ha evidenciado que los estudios previamente mencionados sobre la preterintencionalidad son poco suficientes para resolver los principales problemas que se generan al aplicar esta figura establecida en la legislación ecuatoriana.

3. Marco Normativo

Con el objetivo de enunciar la línea legal sobre la cual se construye y determina el alcance del presente trabajo se analizará desde el ámbito internacional la Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH. Este instrumento internacional cumple un rol fundamental en materia penal y protección, ya que en ella se reconocen derechos, libertades y garantías. Así, en el artículo 9 se recoge el principio de legalidad en el que se establece que nadie podrá ser juzgado por acciones u omisiones que al momento de cometerse no sean consideradas delictivas según el derecho aplicable¹⁴. Considerando su primacía en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y obligatorio cumplimiento por parte del Estado es la piedra angular a partir del cual se fundamenta toda actividad legítima del Estado, encuadrada en un sistema democrático de derecho.

Respecto al ámbito nacional, Ecuador adoptó una nueva Constitución de la República en el año 2008, la misma establece en el capítulo octavo referente a los derechos de protección, el artículo 76 numeral 3 el cual prescribe que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que al momento de cometerse no se encuentre previamente descrito en la ley como infracción penal¹⁵. Así pues, se consagra dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano el principio de legalidad.

Adicionalmente, se abordará en el COIP el capítulo primero, sección primera referente a la tipicidad en el que define en su artículo 26 inciso 2 a la preterintención e indica que responde por dicho delito la persona que realice una acción u omisión que produzca un resultado más grave del que se pretendía causar y cuya sanción será de dos tercios de la pena¹⁶.

En cuanto a lo mencionado, el artículo conceptualiza de manera amplia a la

¹⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, 22 de noviembre de 1969, ratificada por el Ecuador el 27 de octubre de 1977.

¹⁵ Artículo 76, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. N/D de 25 de enero de 2021.

¹⁶ Artículo 26, Código Orgánico Integral Penal [COIP], R.O. 180, de 10 de febrero de 2014, reformado por última vez R.O. N/D de 29 de marzo de 2023.

preterintención, sin embargo, no describe ni determina los elementos que la conforman. No obstante, el valor de este artículo radica en poder determinar pautas de interpretación analizando la imputación del resultado a partir de distintas posibilidades de combinaciones de tipicidades subjetivas tales como dolo y dolo eventual o culpa y culpa consciente.

Por último, en cuanto a la jurisprudencia se analizará la sentencia No. 17282-2019-01067 de 26 de febrero de 2020, dictada por el Tribunal de garantías penales de Pichincha, la misma que resulta pertinente con el propósito de determinar el alcance e interpretación que los operadores de justicia le están dando a la preterintencionalidad actualmente lo cual conducirá a generar una correcta aplicación en el ejercicio práctico.

4. Marco Teórico

Se considera al delito preterintencional como aquel en que el resultado sobrepasa la intención del agente provocando que este sea más grave que el querido. Sin embargo, debido a la ambigüedad de esta institución, especialmente en lo que respecta al tipo penal de imputación que se le da al resultado mayor se establecen tres teorías. De modo que, la primera se centra en que la producción del resultado se castiga a título culposo, la segunda lo atribuye a dolo y por último como preterintencional.

Ahora bien, comúnmente se afirma que la preterintención es un caso de culpa, refiriéndose al tema desde dos dimensiones, por un lado, hay un actuar doloso al inicio cuando el agente pretende causar lesiones y, por otro lado, culposo asociada con un resultado no querido, la muerte y con respecto a este se quebranta la norma de cuidado¹⁷. Asimismo, en referencia a la culpa, desde una perspectiva finalista, se menciona que se funda sobre el supuesto de que el agente no ha dispuesto de manera debida su capacidad de acción final¹⁸.

A pesar de lo expuesto, cabe mencionar que se descarta cualquier posibilidad de ahondar en el deber objetivo de cuidado en la preterintención. Puesto que, la culpa parte de la infracción al deber objetivo de cuidado que surge del ordenamiento jurídico y que imponen las normas jurídicas por ello no resulta razonable hablar de los deberes de cuidado en el homicidio preterintencional, ya que, en un supuesto caso, no existe una

¹⁷ Alfonso Zambrano Pasquel, *Manual de Derecho Penal Parte General*, ed. 4, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019), 119.

¹⁸ Gianni Piva, *Dolo y Culpa* (Quito: CPE, 2021),152.

regla o ley que determine que golpear a una persona puede generar como resultado la muerte¹⁹.

Si se parte de la premisa en la que se considera que existe delito preterintencional, en donde el agente responde por el hecho querido y también por el eventual resultado, pero a título de dolo. En este sentido, esta teoría conduce a las nuevas tendencias del dolo²⁰. De hecho, ciertos autores, en temas como el dolo mostraban un postura intermedia entre el causalismo y el finalismo, defendiendo su ubicación en el tipo, pero con relevancia en el ámbito de la culpabilidad, la llamada posición del doble dolo²¹. Esta postura parte de la premisa según la cual ella no está conformada solamente por intencionalidad y el conocimiento fáctico, sino también por la conciencia de la antijuridicidad.

Sin embargo, también obra dolosamente el agente que si bien no se ha propuesto realizar de manera directa un hecho opta por un comportamiento en el que prevé puede ocasionar un hecho punible y acepta la posibilidad de producirlo, esto es el dolo eventual²². Así pues, de encontrarse caracterizado el segundo estadio de la preterintención con dolo eventual, juega un rol importante la intencionalidad la misma que supone querer el resultado. Querer el acto exige en la mente del agente que delinque dolosamente haberse establecido un nexo causal entre el acto y el resultado obtenido, comprendiendo que este se producirá por el acto inicial y orientando su voluntad a ese fin²³.

En tanto que el dolo, en el COIP de acuerdo con su técnica legislativa, conduce a interpretar que la mayoría de tipos penales son considerados dolosos por regla general, pero excepcionalmente culposos para aquellas conductas expresamente señaladas en la ley por el legislador. Al existir una esporádica construcción de la preterintención sin fundamento jurídico, no existe una tipificación expresa dejando a los juzgadores una amplia posibilidad de determinar bajo su propio discernimiento qué tipo penal puede subsumirse a una modalidad preterintencional.

¹⁹ Alfonso Zambrano Pasquel, *Manual de Derecho Penal Parte General*, ed. 4, 98-99.

²⁰ Gómez Eusebio, *Tratado de derecho penal* (Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1939), 231.

²¹ Yesid Reyes Alvarado. La configuración del dolo y la teoría del error, en *Estudios de Derecho Penal Libro Homenaje a Juan Fernández Carrasquilla*. cord. Diego Araque. (Medellín: Sello Editorial, 2012), 1011-1012.

²² Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, (Buenos Aires: Losada, 1977).

²³ Alfonso Gómez Méndez y Pablo Elías González Monguí. *Delitos contra la vida y la integridad personal* (Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2020). eLibro, 261.

A diferencia de los autores anteriores hay quienes consideran que la preterintencionalidad no puede ser juzgada título de dolo ni de culpa, sino como una modalidad independiente. Sin embargo, se considera que dos momentos psicológicos no pueden actuar al mismo tiempo. Encajar la noción de culpa en la del dolo en la preterintención es negar dos grandes variantes de la doctrina jurídico penal. Resultaría en una regresión a formas indiscriminadas de represión²⁴. En consecuencia, es inadmisibles considerar que se trata de delitos de distinta esencia, es decir, un delito doloso inicial y un delito culposo en el resultado no querido.

De estas posturas, la más idónea es considerar el resultado del delito más grave a título de dolo eventual de esta manera la figura jurídica del delito preterintencional desaparecería debido a que se generaría una subsunción a la categoría de los delitos dolosos. Puesto que, en el ámbito de la preterintención el agente sabe lo que hace y de alguna manera el resultado más grave es aceptado por este.

5. Desarrollo

5.1. Reseña histórica del delito preterintencional

La preterintencionalidad es una institución que nace inspirada por el principio *versari in re illicita* del derecho canónico con un caso de responsabilidad objetiva. Su aplicación significaba imputar al sujeto el resultado todos aquellos efectos que sobrevengan de su acción intencional y contraria al derecho²⁵. Dicho criterio, de origen medieval se considera en la doctrina actual desplazado por la exigencias del principio de culpabilidad, ya que no es correcto imputar responsabilidad al agente por dicho resultado si no se obra con dolo o culpa²⁶.

Dicha figura, llega al derecho latinoamericano a través del derecho español el mismo que se inspira en el italiano. Marcelo Finzi como iniciador, luego Maggiore, Bethiol e Iruta Goyena consideran que el delito preterintencional contiene en lo subjetivo una mezcla de dolo y culpa y que ambas modalidades de culpabilidad no pierden sus características propias dando origen a una tercera especie distinta a las demás²⁷.

²⁴ Luis Carlos Pérez, *Tratado de derecho penal* (Bogotá: Temis, 1974), 339-340.

²⁵ Guillermo Julio Fierro, *Causalidad e imputación* (Buenos Aires: Astrea, 2002), 457-464.

²⁶ José Jaime Gutiérrez, “El *versari in re illicita* (tratándose de materia ilícita se responderá de sus consecuencias), orígenes y resabios”, *Saber y Justicia*. 2, n°. 20 (2021), 93-94.

²⁷ Eduardo Novoa Monreal, *Curso de derecho penal chileno. Parte General*, ed.3 (Santiago: Santiago Editorial Jurídica de Chile, 2005), 517.

Precisamente ahí es donde se ha debatido su vigencia y contraposición con el principio de culpabilidad. El debate se ha centrado principalmente en poder encontrar dentro de esta su contenido subjetivo que permita reconocer su validez y vigencia dentro del derecho vigente. Gran parte de los doctrinarios italianos han pretendido ubicar a la preterintencionalidad como una tercera forma de culpabilidad, no obstante, parece ser que la tratan como una forma mixta de dolo e imprudencia, es decir, una especie de híbrido que no puede ser reconocida como un tercera modalidad de culpabilidad a parte del dolo y la culpa²⁸.

Por último, modernamente esta figura jurídica se ha resuelto, apreciando un concurso ideal entre un delito doloso y un delito imprudente como es el caso de España. Sin embargo, gran parte de la doctrina ha dejado sin margen de aplicación dicha solución, sustituyéndola por la de un delito doloso²⁹. De igual modo, en varias legislaciones esta institución ha sido fuertemente debatida y criticada causando que el número de tipos penales de esta figura vaya continuamente desapareciendo³⁰.

5.2. Naturaleza jurídica y fundamento de la preterintencionalidad

En cuanto a la naturaleza jurídica y su fundamento no existe unanimidad en la dogmática penal. Así el delito preterintencional tiene como punto de partida que el autor quiere producir un resultado típico antijurídico determinado, pero el resultado obtenido excede la intención del agente. A manera de ejemplo, si se hace una dicotomía real y a la vez conceptual en el homicidio preterintencional, se dice que las lesiones son a título de dolo y la muerte a título de culpa, pero sucede que el hecho fáctico es solo uno. En otras palabras, es un dolo inicial que sobreviene en culpa por lo cual no es ni dolo ni culpa sino los dos elementos subjetivos a la vez. Es decir, para algunos es un fenómeno con naturaleza autónoma y propia³¹.

Con el fin de conceptualizar dicha figura Javier Botero, manifiesta que es una modalidad con un grado de complejidad en la cual concurre dolo en el resultado inicial querido, pero imprudencia en el resultado no deseado, sin embargo, obtenido³². De igual

²⁸ Kai Ambos, "Preterintencionalidad y Cualificación por el resultado. Reflexiones desde el Derecho Comparado", *Revista InDret Penal*. (2006), 5-6.

²⁹ Eduardo Ramón Ribas, "El Homicidio Preterintencional". *Revista de Derecho Penal y Criminología* 3, n°. 3 (2010), 135-175.

³⁰ Alfonso Gómez Méndez y Pablo Elías González Monguí. *Delitos contra la vida y la integridad personal*, 273-274

³¹ *Ibíd*, 258.

³² Javier Botero Martínez, *Modalidad compleja de la conducta punible: La preterintención*, (Medellín: Universidad de Medellín, 2016), 85.

manera, Fernando Velásquez, considera que son figuras especiales por la acumulación de tipos penales que comprenden, pero sostiene que en definitiva no puede considerarse combinaciones entre tipos culposos³³.

En la misma línea, en términos de José Sebastián Cornejo y Gianni Piva para que exista preterintencionalidad debe presentarse dolo, intención que se concreta en la voluntad dirigida a producir un resultado típico menor ya que, por el contrario, si el dolo no existe y se presenta la muerte de una persona el hecho podrá ser en consecuencia un homicidio culposo o un caso fortuito en caso de que la muerte sea imprevisible³⁴.

En tanto y cuanto se ha ido profundizando en la conceptualización de la preterintención, también se ha considerado de gran relevancia el problema de la probanza de dicha figura, pues de manera habitual se ha hecho exigible que se pueda prever objetivamente que el medio empleado por el agente que desea cometer un delito se encuentre justamente dirigido a la configuración de éste y no del resultado más grave producido. Entendiendo el medio no solo como el instrumento utilizado, sino también las circunstancias objetivas y la manera de obrar razonablemente del sujeto³⁵. Sin embargo, dichos aspectos no forman parte del análisis de este trabajo de investigación.

Ahora bien, resulta imperante analizar el conocimiento y voluntad al ser estos elementos importantes que componen la naturaleza de esta modalidad. En cuanto al elemento cognoscitivo, se requiere el conocimiento efectivo y en cierta medida actual de los elementos del tipo objetivo, que, por lo tanto, alude a los sujetos, la conducta y al objeto material³⁶. En este sentido, lo que sucede en el homicidio preterintencional es que el agente conoce que comete lesiones y dirige su comportamiento a la misma, pero el resultado termina, siendo otro, precisamente esta desviación del curso causal será analizada más adelante.

Por otro lado, el elemento volitivo, la voluntad, pero no voluntad genérica de acción precisa para cualquier conducta, sino precisamente el querer el hecho típico, es decir, no el desearlo, sino asumir la decisión de realizarlo o dejar su producción librada

³³ Fernando Velásquez Velásquez, *Fundamentos de Derecho Penal Parte General* (Bogotá: Editorial Tirant Lo Blanch, 2020), 451- 452.

³⁴ José Sebastián Cornejo, Gianni Piva, *Tratado de derecho penal Parte general*, 542-543.

³⁵ Néstor Jesús Conti, “Causalidad e imputación en los delitos objetivamente complejos y subjetivamente calificados por el resultado”, en *Imputación, causalidad y ciencia- III*, ed. de Edgardo Donna (Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni, 2011), 383-398.

³⁶ José Sebastián Cornejo y Gianni Egidio Piva. *Tratado de derecho penal. Parte General*, 432.

al azar³⁷. Consentir en la realización de un hecho y dar origen a una conducta capaz de ocasionarlo, es lo mismo que quererlo³⁸.

Cuando una persona realiza de manera voluntaria un hecho es porque se lo represento previamente, así sea a través de una representación mental de fugaz duración, lo encontró adecuado a sus posibilidades y quiso, por ende, llevarlo a cabo. Así pues, participan en el comportamiento humano las esferas intelectivas y volitivas con pretensión lógica de la primera, puesto que solamente se puede querer lo conocido. De esta manera, esa voluntad nutrida por el conocimiento y el querer ha sido dirigida a la realización de una conducta típica³⁹. El sujeto sabe lo que está haciendo y se autodetermina frente a eso, sin embargo, lo que sucede en este caso es un exceso de determinación.

Actualmente, para un sector de la doctrina minoritario, pero que va en aumento rechaza la exigencia de la voluntad dando mayor relevancia al conocimiento⁴⁰. En este sentido, referente al presente estudio lo correcto es requerir del sujeto que realiza la acción un mínimo de voluntad a manera de aceptación frente a la posibilidad de producirse el hecho típico.

5.2.1. Antecedentes del Código Orgánico Integral Penal

En Ecuador, a partir del Código Penal de 1938⁴¹ se establece la preterintencionalidad por primera vez, posteriormente en el Código Penal de 1971⁴² se mantuvo la misma descripción de dicha figura, pero añadiendo el homicidio preterintencional. Sin embargo, en el COIP de 2014 se redefine a esta figura en su aspecto gramatical más no sustancial además de existir una variación en su pena y eliminación de los tipos preterintencionales expresos. Así pues, como se ha podido apreciar desde los anteriores códigos derogados hasta el vigente el sentido conceptual que se le ha dado a esta figura continúa siendo el mismo con cambios meramente gramaticales sin establecer de manera precisa y clara su estructura ni elementos constitutivos.

³⁷ Alfonso Granadillo Malave y Gianni Egidio Piva Torres. *Estudio dogmático y filosófico del concepto del delito* (Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2019), eLibro, 163-164

³⁸ Gianni Piva. *Dolo y culpa*, 208-209.

³⁹ José Sebastián Cornejo y Gianni Egidio Piva. *Tratado de derecho penal Parte General*, 436-437.

⁴⁰ Diego Luzón Peña. *Derecho Penal Parte General* ed. 3, (Montevideo: BdeF, 2016) 389.

⁴¹ Código Penal de la República del Ecuador, Registro Auténtico 1938, 22 de marzo de 1938, derogado por Codificación No. 35.

⁴² Código Penal de la República del Ecuador. Artículo 14 inciso 4 y artículo 430, Código Penal de la República del Ecuador, R.O. Suplemento 147, 22 de enero de 1971, derogado por Ley No. 00.

En cuanto a la técnica legislativa y colocación del delito preterintencional dentro del COIP, está se reconoce y ubica como otra forma subjetiva de tipicidad distinta al dolo y la culpa. En la teoría finalista moderna del delito para que una conducta realizada por un sujeto le sea imputable debe cumplir con el análisis del tipo objetivo y el tipo subjetivo (dolo y culpa), seguido de la antijuridicidad y finalmente la culpabilidad. Así, la concurrencia de ambas tipicidades genera la configuración del delito⁴³. Sin embargo, si bien es cierto que el artículo de la preterintencionalidad se encuentra situado en la tipicidad, su redacción es confusa, ya que, refiriéndose netamente a la redacción, esta se encuentra estipulada como un delito más no como un tercer elemento subjetivo del tipo junto al dolo y la culpa.

Asimismo, entendiéndose la tipicidad como una consecuencia del principio *nullum crimen nulla pena sine lege praevia* denominada principio de legalidad. Este precepto constitucional resulta de gran importancia dentro del problema planteado debido que una conducta solo puede ser considerada delito y, por ende, atribuirle una pena solo si se encuentra expresamente prevista como tal en una ley positiva vigente al momento de su comisión u omisión⁴⁴. En consecuencia, juzgar a una persona a título de homicidio preterintencional como figura autónoma vulneraría dicho principio además de generar arbitrariedad por parte de los administradores de justicia al subsumir una conducta al tipo.

Ahora bien, es pertinente analizar el fundamento jurídico y las razones por las cuales el legislador tipificó esta institución y la enlazó con una determinada pena para lo cual es necesario acudir al debate legislativo realizado para la aprobación del COIP. No obstante, al revisar los diarios no se encuentra ninguna intervención relevante que permita entender el por qué persiste esta figura jurídica en la legislación penal ecuatoriana. Aparentemente, su conservación obedece al desconocimiento de los preceptos importantes del derecho penal moderno y la comprensión general del tema en cuestión. Así, a pesar de todas las reformas producidas a lo largo de los códigos previos no ha existido un reforma integral.

Pues, este proceso legislativo no puede agotarse en una simple descripción general del delito preterintencional dejando al arbitrio que el juzgador subsuma un hecho punible a cualquier tipo penal, sino que debe encauzarse en la creación de un texto

⁴³ Joffre Velasco, Silvia Simisterra y Romina Vivar. “La tipicidad: Desde un enfoque finalista del delito”, *Polo del Conocimiento: Revista científico* (2021), 1628-1631.

⁴⁴ Artículo 76, CRE.

normativo que refleje con claridad y precisión los tipos penales, además, debe realizarse un análisis de la constitucionalidad y su correspondencia con el ordenamiento jurídico.

Empero, a partir de lo analizado en el debate surgen otros aspectos que, si bien no se refieren al tema central si coadyuvan a distinguir las intenciones del legislador al momento de la redacción de este texto normativo penal. Así, en varias intervenciones se hace referencia a la mínima intervención penal del derecho penal⁴⁵ mientras que, por otro lado, su maximización mediante el aumento de tipos penales y endurecimiento de penas siendo de esta manera confuso comprender el sentido que el legislador pretendió darle a la preterintención⁴⁶. Por lo cual, resultaba imprescindible debatir y sustentar todas las instituciones que integran este cuerpo normativo con el fin de dotarles de un fundamento racional y lógico.

5.3. Homicidio preterintencional

Esta modalidad de homicidio se presenta cuando el agente queriendo causar intencionalmente lesiones, ocasiona la muerte. Este resultado final se encuentra en la misma dirección de las lesiones. Así pues, Carrara, refiriéndose al homicidio preterintencional expresa que este presume necesariamente el ánimo de causar daño a la persona, a quien se ha dado muerte, y es esto lo que lo diferencia de la familia de los homicidios culposos y lo mantiene en la de los dolosos, empero, lo que también presupone que la muerte, además de no haber sido provocada de manera voluntaria, tampoco fue prevista, aun cuando hubiera podido preverse⁴⁷.

En este sentido, cabe citar una de las limitadas sentencias de la Corte Nacional de Justicia en la que arguye que existe homicidio preterintencional cuando el autor haya obrado con el designio de causar lesiones y utilizando un medio que no debía ocasionar la muerte, cause el resultado no querido, aunque este deba ser previsible⁴⁸. No obstante, cabe mencionar que hasta el momento no se han desarrollado criterios jurisprudenciales respecto de la preterintencionalidad emitidos por los máximos organismos de administración de justicia en Ecuador, es decir, fallos de triple reiteración de la Corte Nacional de Justicia y jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional.

⁴⁵ Informe para primer y segundo debate del Proyecto de Código Orgánico Integral Penal. Acta de sesión de la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado. Quito. No.109,174-A y 257-B.

⁴⁶ Informe para primer y segundo debate del Proyecto de Código Orgánico Integral Penal. Acta de sesión de la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado. Quito. No. 101 y 139.

⁴⁷ Francesco Carrara. *Programa de Derecho Criminal*. Vol. 1, (Bógota: Editorial Temis, 1973), 83-95.

⁴⁸ Causa No. 08201-2017-01521. Corte Nacional de Justicia de la República del Ecuador, Sala de casación, 25 de julio de 2019, 14-15.

A pesar de ello, para algunos este es un fenómeno autónomo con naturaleza híbrida, no puede ser considerado así, debido a que atribuir el resultado simultáneamente como doloso y culposo no es posible al ser dos términos que se excluyen. Por tal razón, en cuanto un mismo suceso es doloso, en la medida que es enteramente tal, no puede ser culposo⁴⁹. El hecho es que, jurídico penalmente, el hecho fáctico es uno, el resultado es uno y, por ende, solo existe un delito, el homicidio.

En cuanto a lo anterior, el elemento que caracteriza a la preterintencionalidad es que el agente causa un resultado que va más allá de su intención⁵⁰. En este sentido, la cuestión es determinar si el resultado que devino de su actuación estuvo fuera o no de su intención existiendo de parte de él dolo de lesionar y no de matar. Para poder probar este aspecto, implicaría que los operadores de justicia deban introducirse en lo más profundo de la psiquis de quien ejerció la acción, un ejercicio básicamente imposible e incluso un juicio arbitrario. Asimismo, si así fuese cualquier persona posterior al cometimiento de un hecho antijurídico tendría la posibilidad de alegar que el resultado de su accionar fue ‘inintencional’.

Considerar como decisivo para el dolo la voluntad de quien realiza una acción significa darle la atribución a quien realizó dicha acción la competencia para decidir si existe o no dolo. Empero, ocurre que no es el agente quien debe decir, sino el derecho es el que ejerce dicha competencia⁵¹. De este modo, conforme lo expresa José Porciúncula, “no hay que mirar un rostro y preguntar lo que ocurre detrás de él; no hay que tomar lo externo como una fachada tras la cual las fuerzas mentales trabajan”⁵². Esto debido a que es precisamente mediante lo externo, es decir, a través del comportamiento del autor y de sus circunstancias con lo que se puede verificar lo que el sujeto conocía. Por ello, a fin de presumir la exteriorización de lo interno se deduce de los elementos aportados en juicio, para presumir lo que el agente percibió y entendió al momento provocar el resultado típico de su acción.

Obsérvese que es precisamente la conciencia o no por parte del sujeto del significado típico de su accionar lo que genera una diferencia entre el dolo y la culpa. Así, dolo y conocimiento se tornan términos sinónimos, ya que quien actúa dolosamente

⁴⁹ Alfonso Gómez Méndez, Pablo Elías González Monguí. *Delitos contra la vida y la integridad personal*, 258.

⁵⁰ Kai Ambos, “Preterintencionalidad y Cualificación por el resultado. Reflexiones desde el Derecho Comparado”, 4.

⁵¹ Luis Greco. “Dolo sin voluntad”. *Revista nuevo foro penal* Vol. 13 (2017), 24.

⁵² José Carlos Porciúncula. *Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal. Hacia la exteriorización de lo interno*, dir. por Jesús María Silva y Ricardo Robles (Barcelona: Atelier libros jurídicos, 2014), 302-310.

conoce la significación de la conducta que realiza de manera voluntaria⁵³. En definitiva, como lo señala Vives Antón, es a través del “trasfondo de reflexiones acerca de la garantía de nuestro lenguaje, sobre lo que podemos afirmar que el saber no es un proceso interno, sino una competencia, aprendizaje, dominio de una técnica, en fin, un conjunto de circunstancias externamente comprobables”⁵⁴.

Ahora bien, con el propósito de analizar el tratamiento actual que se le ha dado al homicidio preterintencional en la jurisprudencia nacional, se partirá del estudio de la sentencia dictada por el tribunal de garantías penales de Pichincha. Según se extrae de la sentencia, los hechos ocurrieron el 1 de febrero del 2019 en la habitación 2 del hostel Nelu, los tres acusados, dos procesados y uno prófugo, luego de ingerir alcohol y sustancias ilícitas violentan a Verónica Rosero, trabajadora sexual, que se encontraba en la habitación, la misma que más tarde aparece muerta aparentemente por asfixia por estrangulamiento, esto se presumió debido que la víctima fue encontrada con una prenda de vestir tipo pantalón alrededor de su cuello. Luego, para no levantar sospechas los acusados salen del hostel en tiempos distintos y huyen del lugar de los hechos. Respecto a esto, la fiscalía acusa a los hoy procesados por delito de asesinato esto debido a que se consideró que la víctima luego de ingerir alcohol y sustancias ilícitas se encontraba inconsciente y por ende en indefensión. Así, en cuanto a la modulación de la pena se impuso a los procesados treinta y cuatro años ocho meses de pena privativa de libertad como autores directos del delito de asesinato más agravantes⁵⁵.

Más adelante, los acusados presentan un recurso de apelación en donde, se revoca el fallo del inferior que había condenado por asesinato, reformando el tipo penal a homicidio preterintencional por concurrir las circunstancias establecidas en el artículo 144 del COIP en concordancia con el artículo 26 del mismo cuerpo legal por el cual se impone la pena de ocho años seis meses de privación de libertad respectivamente en el grado de coautores. Conforme lo expuesto en la sentencia, las razones por las cuales se adopta dicha decisión fueron debido al testimonio rendido por la perito médico legal en el que se establece que al realizar el examen externo a nivel del cuello en la cara interior y lateral se observa un surco horizontal, lesión de tipo estigma ungueal y equimosis pequeña, en la parte central fractura del hueso hioides con infiltración hemorrágica

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ Tomás Vives Antón. “Reexamen del dolo”, en *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología estudios penales en memoria de la profesora María del Mar Díaz Pita*, ed. Francisco Muñoz (España: Editorial Tirant Lo Blanch, 2008) 369-388.

⁵⁵ Causa No. 17282-2019-01067, Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, 26 febrero de 2020.

concluyendo que la muerte fue producto de una asfixia sexual o auto erótica, realizada para obtener mayor placer sexual por parte de uno de los acusados, para lo cual se estableció que este es un mecanismo de suspensión que se puede controlar, pero si falla dicho control se produce la muerte⁵⁶.

Asimismo, dentro de los testimonios brindados por otra perito médico legal, la cual realizó un examen toxicológico a la víctima se encontró alcohol y cocaína en la sangre concluyendo que al encontrarse ambas sustancias el efecto es como si no hubiese consumido alcohol, poniéndole más atenta. De esta manera, no fue posible determinar si estuvo vulnerable en este momento la víctima⁵⁷. Conforme a lo expuesto, este no se trata de un caso de asesinato ni de homicidio preterintencional, sino es un caso de homicidio simple.

La existencia de conocimiento en el sujeto que actúa es el factor subjetivo esencial para que se considere que el autor actuó con dominio sobre aquello que realizó. Quien sabe lo que hace y lo que puede derivarse o producirse de su actuar, controla de cierto modo lo que ejecuta y lo que de esto puede llegar a generar. En el caso, el sujeto sabía lo que hacía, conocía que su actuar podía producirse con una alta probabilidad en un resultado típico y antijurídico, y, por ende, dominaba el curso causal y la realización del tipo de mayor gravedad, la muerte⁵⁸.

Aquí, a pesar de que la conducta inicial realizada por el sujeto estaba encaminada meramente a causar un daño o lesión, es en sí misma adecuada para generar el curso causal que produce el resultado concreto más grave, a partir de un riesgo jurídicamente desaprobado cuyo peligro supera evidentemente el peligro permitido. En tales supuestos se considera que el posible deseo del autor de que no se produzca el resultado no es un elemento que excluya el dolo⁵⁹.

Sin embargo, a lo largo de la sentencia no existe motivación suficiente ni fundamento razonable y lógico que explique el cambio de tipo penal. Simplemente se limita a enunciar el cambio de tipo penal sin ningún análisis del por qué la conducta tiene como elemento subjetivo a la preterintención⁶⁰. Por tal razón, al ser la motivación una garantía básica del debido proceso y un deber por parte de los juzgadores es evidente la

⁵⁶ Causa No. 17282-2019-01067, Corte Provincial de Pichincha, Sala Penal, 2 octubre de 2020, pág. 11-19.

⁵⁷ Causa No. 17282-2019-01067, pág. 4-5.

⁵⁸ Luis Greco. "Dolo sin voluntad". Revista nuevo foro penal Vol. 13 (2017), 18-22.

⁵⁹ José Sebastián Cornejo y Gianni Egidio Piva. *Tratado de derecho penal Parte General*, 455-457.

falta de fundamentación y de conocimiento de esta institución en la sentencia convirtiéndose de esa manera en una decisión arbitraria que vulnera derechos no solo de los procesados sino, también de la víctima.

5.3.1. Análisis comparado y comparativo

La evolución de las teorías del dolo, culpa y preterintención en la dogmática jurídico penal es un fenómeno global del cual no es posible ser indiferente frente a los alcances que estas han tenido a lo largo del tiempo. De modo que, en este apartado se analizarán dos legislaciones que le han dado cabida en su ordenamiento jurídico a la preterintención y el tratamiento que le dan a la misma. La importancia de considerar en este apartado legislaciones como España y Colombia se debe a que en ellas se ha profundizado en el estudio de esta institución que van desde su naturaleza jurídica y elementos constitutivos de la misma.

A fin de determinar responsabilidad penal, el tratamiento de la preterintención en España hasta 1983 existían dos tipos de preterintencionalidad, la heterogénea y homogénea. Para la primera, el delito era determinado teniendo en cuenta el delito básico y el resultado, existiendo la posibilidad de aplicar un concurso de delitos. Respecto a la segunda clasificación tenía su fundamento en el resultado, castigando el resultado no querido como culposo de manera más leve. Posteriormente esta clasificación se desvaneció decantándose por preterintencionalidad homogénea, la misma que en el presente trabajo se analiza⁶¹. A pesar de ello, en la actualidad es considerada a la preterintencionalidad por la doctrina europea continental como una figura antigua que, de hecho, en legislaciones como la española ya no se encuentra reconocida⁶².

Sin embargo, para poder resolver este fenómeno en el que en un inicio es doloso y luego culposo en dicha legislación se aplica el concurso de infracciones entre las lesiones que se quisieron producir, pero que de las mismas se produjo la muerte. De lo anterior, existe un práctica errada, ya que para aplicar un concurso de infracciones debe comprobarse la existencia de varias infracciones. Así pues, en relación con la preterintencionalidad como se mencionó previamente el hecho y el delito es solo uno, pero en diferentes grados.

Por otro lado, en el Código Penal colombiano la preterintención se encuentra estipulada como un tercera modalidad de conducta de manera independiente al dolo y la

⁶¹ Álvaro Salgado González, Nohora García Romero y Paulo López Torres. “Preterintención: Un periódico de ayer”, *Revista Vis Iuris*, 4, n°. 7, (2018), 122-125.

⁶² Diego Luzón Peña. *Derecho Penal Parte General*, 504-516.

culpa. Siendo una conducta punible en los casos expresamente señalados por la ley, así se encuentra el aborto y el homicidio preterintencionales. Además, incluye dentro del tipo penal el elemento de la previsibilidad del segundo resultado, la cual permite imputarlo a título de culpa, cuestión que no tiene cabida en este estudio⁶³. En dicha legislación para que exista un delito preterintencional en la hipótesis de lesiones seguidas de muerte, la acción desplegada por el agente debe recaer sobre el mismo objeto de la acción inicial, es decir, que exista una homogeneidad entre el delito pretendido y el delito cometido⁶⁴. Así ocurre, cuando se quiere provocar una lesión leve, pero se ocasiona una de mayor gravedad y se produce la muerte de la víctima. Esto deja ver que el ordenamiento jurídico colombiano ha optado por la conjunción de dolo y culpa para imputarse preterintención.

Además, otro elemento relevante de delito preterintencional de manera general se requiere que la conducta inicial del agente deba estar tipificada en la ley, ya que de otro modo se estaría violando el principio de legalidad. Asimismo, es imprescindible la existencia de una relación de causalidad entre la conducta del agente y el resultado producido, ya que la ruptura del nexo causal sería consecuencia de un caso fortuito⁶⁵.

Así, a diferencia del sistema penal ecuatoriano, en el sistema colombiano se encuentra expresamente tipificado el homicidio preterintencional como una figura penal autónoma. A pesar de ello, si bien es aplicable en determinados tipos penal, no se encuentra considerada como una forma de tipicidad subjetiva del tipo.

Sin embargo, los intentos de seguir manteniendo esta figura han sido en vano, continuamente se han ido eliminando los delitos preterintencionales en la mayor parte de legislaciones, sin embargo, en otras han encontrado más racional aplicar un concurso ideal de infracciones, cuestión que será analizada a detalle más adelante.

5.5. Homicidio por dolo eventual con conocimiento y ¿voluntad?

Parte de la doctrina mayormente dominante comprende el dolo como conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo. Sin embargo, otro sector de la doctrina considera que en el elemento volitivo persiste una ambigüedad fundamental lo que cuestiona la postura dominante. Se considera que la voluntad no aumenta ni tampoco disminuye las necesidades de previsión y posibilidades de atribución de responsabilidad ocasionadas por la existencia del dominio. El agente quiere lo que domina no

⁶³ Álvaro Salgado González, Nohora García Romero, Paulo López Torres. “Preterintención: Un periódico de ayer”, 108-128.

⁶⁴ Fernando Velásquez, *Delitos contra la vida y la integridad personal*, 452

⁶⁵ Alfonso Gómez Méndez, Pablo Elías González Monguí. *Delitos contra la vida y la integridad personal* (Universidad Externado de Colombia, 2020). eLibro, 266-267.

encontrándose el sentido del por qué lo que el agente, 'no quiere' debería tener mayor importancia que aquello que él de manera consciente domina⁶⁶. En virtud de que, en el marco de un Estado de Derecho, el derecho penal sanciona hechos, no actitudes internas⁶⁷.

En concordancia con lo anterior, a pesar de que hay quienes consideran que el resultado debe atribuirse a título de culpa en casos de preterintención, otros plantean que la figura también puede contener dolo eventual. En este sentido, se opta por la eliminación de la preterintencionalidad, pues resulta suficiente obrar con dolo eventual, siendo complejo constituir ese híbrido de dolo y culpa⁶⁸. A este aspecto, es la línea que sigue este trabajo por lo cual cabe ahondar en el análisis de esta especie de dolo.

Si bien es cierto que para imputar responsabilidad penal no tiene por qué limitarse a aquello que se realiza, sino que también puede proyectarse a lo que se da lugar a través de las acciones, es decir las consecuencias, ya que es el individuo el que voluntariamente produce esas modificaciones a pesar de que muchas de las veces fracase en lograr lo que pretendía conseguir en principio. Esto no quiere decir que deba castigarse del mismo modo por aquello que el agente dirige intencionalmente a lograr un resultado determinado. De ahí, el tratamiento punitivo especial del dolo eventual y su diferenciación legal⁶⁹.

Particularmente en esta forma de dolo no existe un proceso en dirección a la afectación de un bien jurídico, sino hay un alto riesgo de realización del hecho típico, lo cual si desaparece no tiene cabida el dolo eventual⁷⁰. Así, es claro que el sujeto se representa la probabilidad de producir el resultado, tomando seriamente en cuenta el peligro de lesionar el bien jurídico mayor y, sin embargo, actúa sobre esta seguridad admitiendo su eventual realización⁷¹. En el homicidio preterintencional el agente no busca provocar la muerte, pero está consciente que sus actos pueden provocarlo y aun así continúa realizando la conducta. En adición, lo que torna a la acción objetivamente más peligrosa es la manera en la que esta es ejecutada. El autor debe de manera consciente

⁶⁶ Luis Greco. "Dolo sin voluntad". *Revista Nuevo Foro Penal*. Vol. 13 (2017), 23-24.

⁶⁷ *Ibíd*, 22.

⁶⁸ Alfonso Zambrano Pasquel. *Derecho Penal Parte General Teoría del Delito*. Tomo II. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019), eLibro, 23-24.

⁶⁹ Guillermo Portilla Contreras. *Un juez para la democracia: libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*. (Madrid: Dykinson, 2019) eLibro. 590-591

⁷⁰ Juan Bustos Ramírez. *Derecho Penal Parte general*. (Lima: ARA Editores, 2005) 831.

⁷¹ Ramiro García Falconí. *Código Orgánico Integral Penal comentado. Art. 1 al 78 Principios y Parte General*. Tomo I. Segunda Edición. (Quito: Latitud Cero Editores, 2014) 328-333.

crear un riesgo de tal dimensión que la producción del resultado se considere algo que él domina⁷².

“Toda acción consciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere”⁷³. Al respecto, exigir adicionalmente la comprobación de un elemento volitivo superflua, ya que se manifiesta en dejar la situación librada al azar⁶³. Por tal razón, el conocer adquiere mayor relevancia que la voluntad, pues si bien no se quiere el resultado, tampoco se desprecia puesto que la infracción se prevé como probable, pero se deja librado al azar, de manera que el agente no quiere la realización de la consecuencia lesiva, empero su actitud es indiferente hacia el bien jurídico protegido a pesar de que se la representa como posible⁷⁴.

De ese modo, quien apuñala con un cuchillo en la pierna de su adversario varias veces queriendo solo causar lesiones, pero por una hemorragia este muere, sabe que lo hace con un instrumento apto para producir la muerte, se debe apreciar en él dolo de matar inclusive cuando el autor haya sido indiferente respecto del resultado mayor de su acción, es decir, haya apuñalado ‘sin pensar’ que su intención fue superada por el resultado mayor. Ciertamente el elemento volitivo no posee mayor función aquí toda vez que es irrelevante que el autor alegue que no quería producir la muerte. Esto debido a que su intención se conduce indiferentemente a varios resultados, de suerte que, se convierte en una ratificación anticipada frente a cualquier de ellos que se realice⁷⁵.

En virtud de lo anterior, en cualquier caso, el dolo eventual es auténtico dolo, pero diferente y más grave que la imprudencia. Pues, para el dolo eventual es indiferente que el autor rechace internamente la posibilidad de generar el resultado no deseado o confié en su no producción debido que lo decisivo es que el autor tomo en consideración el riesgo de un resultado incierto, pero posible y aun así no le ha inhibido para alcanzar el fin propuesto⁷⁶.

Partiendo de que en la preterintencionalidad hay un único hecho, pero una cadena causal integrada por una actuación sucesivamente riesgosa que responde a un resultado mayor se concluye que la acción inicial dolosa se extiende por el hecho total

⁷² Luis Greco. “Dolo sin voluntad”. *Revista nuevo foro penal* Vol. 13 (2017), 30-31.

⁷³ Ramiro García Falconí. *Código Orgánico Integral Penal comentado. Art. 1 al 78 Principios y parte general*. Tomo I. Segunda Edición. (Quito: Latitud Cero Editores, 2014) 319.

⁷⁴ José Sebastián Cornejo y Gianni Egidio Piva. *Tratado de derecho penal. Parte General*, 525-526.

⁷⁵ Gianni Egidio Piva Torres. *Teoría del delito y el estado social y democrático de derecho*. (Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2019) eLibro, 137-138.

⁷⁶ Teresa Rodríguez Montañés. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. dir. Edgardo Donna. (Santa Fe: Rubinzal- Culzoni Editores, 2004), 73-74.

abarcando el resultado lesivo, ya que existe un único curso causal el mismo que se puso en marcha por el agente en su actuación inicial que da como consecuencia la producción de la muerte, por ello hay una unidad de dolo eventual. Así pues, se infiere que dentro del conocimiento del riesgo jurídicamente desaprobado se encuentra implícitamente el conocimiento del resultado generado.

5.5.1. Error sobre el curso causal

En la universalidad de eventos y consecuencias probables en el error sobre el curso causal se designan una serie de supuestos, en especial dos grupos de casos, aquellos en los que el sujeto a consecuencia de su actuar inicial doloso o imprudente se desencadena en función de un curso causal irregular ya sea por la intervención de un tercero o de la propia víctima, causa resultados más graves que las originalmente inferidas⁷⁷. A su vez, dentro de la primera gran división un ejemplo se presentaría si A durante una riña con B, luego empuja a este desde un puente peatonal, B cae desde al menos cinco metros de altura en una vía mientras un auto transitaba por el mismo lugar, impacta con B y muere. A alega que su intención no fue generar el resultado más grave.

Corresponde en estos casos para la doctrina penal moderna que el causante primario deba responder por esa muerte a título de dolo⁷⁸. Esto es así debido a que cobra importancia la teoría de la imputación objetiva del resultado en la que una conducta que inicia dolosamente tiene potencial para ser letal, es decir, tiene capacidad e idoneidad para producir el resultado más grave el cual sería la muerte. Asimismo, la acción que causó el resultado debe ser adecuada para ello por lo cual, a la vez se exige que de manera previa sea objetivamente previsible que con ese modo de actuación sea capaz de producir ese resultado. La adecuación involucra que existe un mínimo suficiente de peligrosidad lo que presupone un indicio inicial del injusto creando un riesgo penalmente relevante⁷⁹.

Dicha realización del peligro inherente a la acción inicial es preciso que tenga un vínculo causal con el resultado, ya que por el contrario no es posible imputar responsabilidad penal por hechos que no contengan relación alguna respecto con el resultado típico. Sin embargo, la constatación de esa causalidad constituye un límite mínimo, pero no suficiente para atribuir el resultado. A la vez solo cabe atribuir responsabilidad penal entre la acción y el resultado siempre que sea una concreción del

⁷⁷ Alfonso Zambrano Pasquel. *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos de Derecho Penal. Tomo 1*. (Quito: Corporaciones de Estudios y Publicaciones, 2019), eLibro, 217-221.

⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁹ Diego Luzón Peña. *Derecho Penal Parte General*, 352-359.

riesgo directo que creó la acción⁸⁰. De acuerdo con Gimbernant, quien ha profundizado en el tema, está de acuerdo con esta dirección doctrinal debido a que de otro modo se eximiría de responsabilidad por la muerte a sujetos que, en efecto, se les debe imputar⁸¹. Ahora bien, observando con detenimiento la infinidad de casos que pueden presentarse con cursos causales irregulares, hay que distinguir que de una conducta inicial dolosa o imprudente puede derivarse un resultado típico ya sea a título doloso o culposo mas no preterintencional.

5.6. Eliminación de la preterintención en el sistema penal ecuatoriano

Principalmente, la problemática de la preterintencionalidad en el sistema penal local en primera instancia radica en la vaguedad, oscura e imprecisa redacción normativa lo que ha agudizado la situación, justamente porque al no existir una tipificación específica deja a los operadores de justicia la discrecionalidad de determinar qué tipo penal se adecua a una modalidad preterintencional causando un sin número de arbitrariedades, vulneración a garantías constitucionalmente reconocidas e incluso consecuencias intolerables como dentro de los delitos sexual calificar bajo el argumento de existir preterintención una violación culposa, ya que en la preterintención se imputa de forma culposa el resultado no querido, pero producido. Esto debido a que, de acuerdo con el método que establece el COIP, el artículo 26 inciso 2 permite que se remita a todos los tipos penales dejando abierta la posibilidad de que se aplique en cualquier delito, tornándolo preterintencional.

Al ser el Ecuador un Estado constitucional de derecho y justicia es menester que se cumplan con las garantías de protección de los derechos fundamentales del ciudadano. Pues el principio de legalidad en relación con la tipicidad es la máxima garantía que se puede consagrar en favor de los ciudadanos porque a través de este, el Estado limita su poder punitivo. Establecido el principio de legalidad se descarta cualquier posibilidad analógica de la ley y cualquier forma de represión que no se contemple de forma estricta y precisa como sucede con la preterintencionalidad que, a parte de lo antes mencionado, la deficiente técnica legislativa de una u otro forma termina por violar el principio que se analiza⁸².

⁸⁰ Luis Arroyo Zapatero, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y Juan Carlos Ferré Olivé. *Curso de Derecho Penal: Parte General* ed. 3 (Barcelona: Ediciones Experiencia, 2016), eLibro, 330-331.

⁸¹ Alfonso Zambrano Pasquel. *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos de Derecho Penal. Tomo 1*, 217.

⁸² Edgar Saavedra Rojas. "Legalidad: ¿un principio estricto o flexibilizado? Garantía o atentado contra todos los derechos" en *Estudios de Derecho Penal Libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla*, cord. Diego Araque. (Medellín: Sello Editorial, 2012), 643-647.

Asimismo, el principio de legalidad desde la normativa internacional, específicamente en la CADH se consagra la legalidad procesal en el artículo 8 y en el 9, la legalidad penal material. Respecto al último, se consagra el principio de legalidad de los delitos y de las penas, en cuanto se establece que no existe crimen sin que previamente haya sido determinado por la ley como tal. Bajo este criterio, es indiscutible que en dicha institución jurídica se inobserva la garantía *lex certa* que comporta el principio de legalidad debido a que carece de tipos penales específicos dentro de la normativa penal vigente. Asimismo, en cuanto a la jurisprudencia analizada los operadores de justicia debieron haberlo resuelto a título de dolo eventual y a la vez considerar la eliminación de la preterintencionalidad del sistema penal local.

5.6.1.¿Es posible sancionar con un concurso ideal de delitos?

Por otro lado, a pesar de que en algunos países ya se encuentra eliminada la preterintención de su legislación, otros con la intención de mantenerla vigente encuentran como solución la aplicación del concurso ideal de infracciones frente a supuestos en donde aducen existe esta modalidad. En este sentido, para los casos en que una acción puede constituir uno o más de delitos, el COIP en el artículo 21 establece como se debería tratar. Pues, al aplicarse un concurso ideal de delitos se impone la pena de una sola de las infracciones cometidas, la prevista como más grave, en este caso aquella del resultado no querido⁸³.

De esto, lo importante es conocer cuando se castiga un hecho que aparentemente contiene en sí mismo una concurrencia de delitos, pues esto repercutirá principalmente en la pena que será impuesta al sujeto. Desde una perspectiva jurídica, la acción constituye la conducta realizada por un ser humano la misma que puede tener varias acciones corporales, pero para que varias acciones corporales puedan ser consideradas como una sola conducta debe existir un plan común en la realización de varios movimientos voluntarios, y además el factor normativo⁸⁴. Un caso típico de preterintención, por ejemplo, durante una riña el que golpea a otro en la cabeza provocando que este se impacte con el filo de una acera y producto de ello fallezca, integra en si una conducta típica, el homicidio, que escinde en varios movimientos. Lo que resta es la obligación del juzgador en calificar el dolo en el homicidio.

⁸³ Artículo 21, COIP.

⁸⁴ Christian Quiroz. *El delito y su estructura en el Código Orgánico Integral Penal*. (Quito: Global Market, 2021), 116-125.

En este sentido, la dificultad para determinar la unidad de acción en la preterintencionalidad ha suscitado que se llegue a establecer concurso ideal de delitos imponiendo penas ilegales a conductas que constituyen un solo delito llegando a incurrir en una discordancia con el principio *non bis in idem*⁸⁵. Garantía constitucional reconocida en el artículo 76 inciso 7 de la CRE, en el cual preceptúa que nadie podrá ser juzgado ni sancionado más de una vez por la misma causa y materia.

En consecuencia, a pesar de que la doctrina ha buscado darle una solución eficaz a la preterintencionalidad la falta de unanimidad y claridad sobre este fenómeno han conllevado a que se aplique de manera arbitraria bajo ninguna fundamentación jurídico penalmente correcta. En caso de que la legislación penal ecuatoriana elimine esta figura también se descarta la posibilidad de sancionar a través de un concurso ideal de delitos entendiendo que determinar una conducta como preterintencional incurre en la vulneración del principio de doble juzgamiento, al castigar a un sujeto por un delito de lesiones y otro por delito de homicidio, en un concurso ideal por un mismo hecho, de modo que, fundamenta una penalidad separada. Cuando una de las infracciones concurrentes es suficiente por sí misma para sancionar el desvalor total de la conducta, ya que en la preterintención se trata de un solo tipo penal, es decir, la transgresión a la norma se comprueba una sola vez, pero en distintos grados.

7. Conclusiones

En virtud del estudio realizado en el presente trabajo, se determinó que la aplicación de la preterintencionalidad es anómala, inconstitucionalmente el legislador incorporó esta figura en el COIP sin que medie ninguna justificación jurídica que la acredite, basándose en la necesidad de llenar vacíos legales aumentando tipos penales y penas, lo cual contradice el principio de mínima intervención penal que predica el sistema penal garantista ecuatoriano.

Asimismo, se evidenció que la aplicación actual de esta institución en Ecuador vulnera el principio de legalidad como consecuencia de la deficiente técnica legislativa que inclusive da paso a la vulneración de otros derechos fundamentales consagrados en la Constitución. En este sentido, se señaló que la falta de aplicación y desconocimiento de preceptos fundamentales del derecho penal moderno generan que aún se mantengan falencias en el sistema restando eficacia y efectividad.

⁸⁵ Margarita Roig Torres. *El concurso ideal de delitos* (Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2011), 340-344.

Por consiguiente, es imposible dotarle de razonabilidad y continuar manteniendo a la preterintención dentro de la legislación ecuatoriana, como elemento subjetivo del tipo, proveniente del dolo de acuerdo con su ubicación dentro de la normativa, pues como se demostró, en caso de que en el homicidio concorra dolo hasta el final de la acción, lo ideal sería imputar al agente por el resultado más grave producido a título de dolo eventual que constituye un injusto menor que el dolo directo y, por tanto, merece una pena menor, proporcionalidad al hecho antijurídico lo cual es plenamente posible, ya que en la normativa penal se establecen mínimos y máximos dentro del tipo penal de homicidio generando la obligación del juzgador de calificar el dolo.

En cuanto a las limitaciones, el poco desarrollo de literatura actual fue el principal obstáculo dentro de la presente investigación. Asimismo, la jurisprudencia ecuatoriana, por lo regular, deficiente y obsoleta poco o nada aporta en la formación de criterios jurídicos acorde a la dogmática penal moderna. Al respecto, se evidenció que la preterintención no es la excepción, ya que no existen indicadores o criterios claros ni lógicos que permitan a los operadores de justicia tener una interpretación unívoca de esta modalidad y así mantener coherencia entre sí en las decisiones.

Sin embargo, para suplir dicha problemática se utilizó otros métodos investigativos como la revisión y análisis de la doctrina internacional y legislación comparada y comparativa que permitieron formar una delimitación adecuada y detallada de lo que comporta la preterintencionalidad que hasta el momento se encuentra vigente en el sistema penal local.

En consecuencia, de *lege ferenda* se recomienda que el legislador elimine dicha institución jurídica y adoptase el criterio de homicidio simple por dolo eventual, dando mejor cumplimiento al principio de legalidad y de intervención mínima y *ultima ratio*, al limitar la amplitud de punibilidad de la preteintención en la actual legislación. Y si ello no es así debería realizarse un examen crítico de esta figura, pues en algunos supuestos no cabe la preterintención por lo cual es innecesario y no constituye un injusto penal. Pese a esto, en aras de que el presente trabajo incentive a investigaciones futuras se sugiere ahondar en este campo de estudio analizando otras variables desde distintas perspectivas con el propósito de mejorar el sistema.