

Informe de Investigación

Título: Preterintención

Rama del Derecho: Derecho Penal	Descriptor: Derecho Penal Especial
Tipo de investigación: Compuesta	Palabras clave: Preterintención, culpa, homicidio, aborto, lesiones
Fuentes: Doctrina Normativa, Jurisprudencia	Fecha de elaboración: 07-2009

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen	1
2 Doctrina	2
a) Preterintencionalidad («Praeter intentionem»).....	2
b) EL DELITO PRETERINTENCIONAL.....	3
a) CONCEPTO.....	3
b) NATURALEZA JURÍDICA.....	3
c) ELEMENTOS DE LA PRETERINTENCIONALIDAD.....	4
d) COMPATIBILIDAD.....	5
c) HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL.....	5
CARÁCTER DE ESTA FIGURA.....	6
EL ASPECTO SUBJETIVO.....	6
EL MEDIO EMPLEADO.....	7
AGRAVACIÓN Y PENA.....	7
d) EL ABORTO PRETERINTENCIONAL.....	7
e) LESIONES GRAVÍSIMAS PRETERINTENCIONALES.....	8
3 Normativa	10
Preterintención. ARTÍCULO 32.-.....	10
4 Jurisprudencia	10
a) Culpa: Concepto y elementos.....	10
b) Nulidad de la sentencia penal: Condena por homicidio preterintencional.....	12
c) Preterintención: Lesiones graves en caso de golpe en el rostro con botella y herida accidental en el brazo.....	14
d) Preterintención: Intrascendencia jurídica en materia de lesiones.....	16
e) Culpa con representación: Diferencia con dolo eventual.....	16
Determinación de la voluntad marca la diferencia.....	16

1 Resumen

En el presente informe se recopila doctrina, normativa y jurisprudencia acerca de la preterintencionalidad, su concepto, naturaleza, elementos, compatibilidad, sobre homicidio, aborto y lesiones gravísimas preterintencionales, así como la jurisprudencia que relacionada al art. 32 del Código Penal, explican esta figura.

2 Doctrina

a) *Preterintencionalidad («Praeter intentionem»)*

[RODRÍGUEZ D.]¹

La preterintencionalidad se configura como una de las formas de la culpabilidad en el Derecho penal italiano, donde, al lado del dolo y la culpa, se incluye como una tercera especie de culpabilidad la preterintención, necesaria allí porque existe un delito de homicidio preterintencional. Nuestro Código no conoce esta forma intermedia entre el dolo y la culpa, haciendo de la preterintencionalidad tan sólo una causa de atenuación.

Dispone el art. 9.º, 4.a, que es circunstancia que atenúa la de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo. Los escritores españoles suelen aceptar, para distinguir estos casos de los previstos en el párrafo 3.º del art. 1.º, el criterio propuesto por SILVELA: el párrafo tercero del art. 1.º será aplicable, con su correlativo art. 50, cuando haya un cambio del título de imputación, es decir, cuando el delito cometido sea distinto del que se había propuesto ejecutar el sujeto, mientras que la atenuante 4.a del art. 9.º requiere que el título del delito siga siendo el mismo, si bien ha de tratarse de delitos en que, sin variar el nomen inris, varía la pena según la mayor o menor gravedad del resultado, como ocurre con el de lesiones graves.

Lo dicho pone de manifiesto que estamos ante una regulación específica de un supuesto de error que la ley reputa no esencial en un delito doloso. Ha de tratarse, por lo tanto, de casos en los que el sujeto se ha propuesto la comisión de un delito, v. gr., la causación de unas determinadas lesiones, y el resultado ha excedido el que se proponía causar, por inhabilidad en la ejecución. Hay que descartar, por consiguiente, aquellos supuestos en que, como ocurre frecuentemente con el dolo de ímpetu, el sujeto acepta de antemano los resultados de su acción, cualesquiera que sean. En definitiva, se trata de imputar a título de dolo resultados producidos culposamente, puesto que el sujeto no quería causarlos. En compensación a este endurecimiento, la ley concede el beneficio de una atenuante. Es patente, por lo tanto, la influencia, mitigada, del pensamiento del versan in re illicita.

Es fundamental, en consecuencia, que el resultado delictivo sea susceptible de una mayor o menor gravedad, lo cual no ocurre, por ejemplo, en el delito de homicidio, donde no cabe morir más o menos¹.

¹ En contra, una copiosa jurisprudencia que arranca de la sent. 4 jul. 1872 (homicidio de un niño por golpe que le dio en la cabeza el dueño del jardín) entiende que la preterintencionalidad es aplicable en los delitos contra la vida: sents. 8 mayo 1877 (infanticidio), 26 ab. 1907 («sin tener intención de matarle»), 14 marzo 1917 (homicidio), 10 jun. 1949 (bofetada que determina la muerte al caer al suelo), 25 jun. 1963 («resultado racionalmente no previsible»), 3 en. 1964 (golpe en la cabeza que hizo caer al suelo, causando la muerte), 20 nov. 1964 (puñetazo que causa la muerte por la caída al patio, al producirse la fractura en la base del cráneo por chocar contra el bordillo de la acera), 2 jun. 1969 (pequeña herida contusa y por «contragolpe una gran hemorragia cerebral» que causa la muerte, pues «la incongruencia entre su propósito y el resultado mortal efectivo no borra la malicia de la acción que por ello es dolosa»), y más recientes, sents. 21 feb. 1978 (parricidio preterintencional, porque dio un puñetazo a su mujer y ésta sufrió una hemorragia cerebral al darse contra el marco de una puerta), 15 marzo 1978 (puñetazo en la cara y muerte por fractura de la base del cráneo al caer, estando riñendo sin armas). Hay una cierta reacción, acaso a consecuencia de las constantes críticas desaprobatorias de tal aplicación de la atenuante. Así la sent. 17 dic. 1958 (empujón que determina que al dar contra la barandilla del corredor la víctima caiga al patio y se mate) apreció imprudencia temeraria porque «no existe animus necandi». Esporádicamente gana terreno esta tesis más correcta. Véanse sents. 17 dic. 1964 (fuerte empujón y muerte el fracturarse la base del cráneo al caer), 5 jun. 1968 («no aparecen elementos de -hecho que dejen al descubierto la intención decidida de causar la muerte de su hermano... y esta ausencia de animus necandi deja sin el soporte intencional necesario el delito de homicidio»), 17 jun. 1969 (ataron a la víctima, que murió por estrangulación, a una columna de la tórrela de un transformador, colgándole del cuello un neumático, pensando que cualquiera que pasase lo libertaría: homicidio por imprudencia temeraria), 19 enero 1977 (fuerte revés con el dorso de la mano en la barbilla, con fractura de la base del cráneo al caer), y la importante sent. 20 jun. 1977 («ventaja moral de no catalogar como homicidas —ciertamente atenuados, pero homicidas al fin y al cabo— a individuos que nunca pensaron en matar a otro, ni siquiera en incidir en riesgo de hacerlo»). Consideran innecesario el animus necandi en el homicidio las sents. 22 marzo y 2 jul. 1971, y 4 marzo 1975, contra toda regla hermenéutica. Considero importante que la jurisprudencia haya tomado conciencia del problema: sent. 6 nov. 1972. La sent. 7 ab. 1975 exige que el dolo ejt «ausente en todo el decurso de la acción», asegurando que entonces es indiferente la «ilicitud del acto originario», con lo cual vuelve a las posturas tradicionales. Sólo por excepción se aplica en las lesiones (sents. 11 oct. 1975 y 2 ab. 1978), en delitos contra la propiedad (sents. 21 feb. y ab. 1975) o contra la salud pública (sent. 8 feb. 1975); no en delitos culposos (sent. 21 feb. 1975) ni cualificados por el resultado (sent. 18 marzo 1975).

La jurisprudencia ha introducido, como sabemos, sin que haya otra explicación que la histórica, en la aplicación del párrafo tercero del art. 1.º, la exigencia, no contenida en la ley, de que el mal, además de constituir delito distinto, recaiga en persona distinta de aquella a quien el culpable se propuso ofender. A causa de esta interpretación, no fundamentada en la ley, caen también en la práctica bajo la atenuante cuarta los supuestos en que, siendo el delito cometido distinto del que se propuso cometer el culpable, el mal recae en la misma persona a quien se propuso ofender.

b) EL DELITO PRETERINTENCIONAL

[PUIG]²

a) CONCEPTO

La preterintencionalidad integra un supuesto especial de desproporción entre el resultado producido y el perseguido por el sujeto. Efectivamente (y ello será lo normal), puede ocurrir que el daño sea el mismo que el delincuente tuvo intención de realizar; pero también puede darse el caso de que haya un exceso de mal sobre el deseado. Este exceso de mal, este plus, esta diferencia en más respecto a la intención, da lugar a la preterintencionalidad de preter e intención, o sea, más allá de la intención.

No puede hacerse un estudio de esta importante cuestión en el Derecho primitivo, en donde no se atiende, como es sabido, a la intención, sino al daño producido: No es, pues, dable hablar de más o menos intención en el hecho. Es preciso llegar a la denominada en la historia de nuestra disciplina «*fase intencional*», en donde se analiza el delito en relación con el sujeto para que podamos examinar este importante problema. Con ello nos situamos en el Derecho romano, en el que, según los romanistas, se daba tal valor al elemento intencional que no se consideraba reo de homicidio al que se había propuesto herir y no matar, aunque luego se siguiese la muerte. El Derecho germánico, asentado en el principio de la *responsabilidad sin culpa*, no se hace eco del problema. En cambio, el llamado Derecho Intermedio y los Prácticos examinan este instituto, y FARINACCIO, al tratar del homicidio, se preguntaba hasta qué punto se podía castigar al autor en el obrar ilícito por aquello que había ido más allá de su intención.

En el Derecho moderno, tanto los escritores como los Códigos, se han venido ocupando constantemente del tema, que ha producido rica literatura jurídica.

b) NATURALEZA JURÍDICA

Como el resultado ha rebasado el designio del autor, se plantea el problema de construir técnicamente ese *ultra propositum*, en orden a la imputación y a la penalidad. La vieja doctrina, el Derecho Canónico, los juristas ingleses y, en general, el Derecho anglosajón, se han orientado en la antigua máxima de «*qui in re illicita versatur, tenetur etiam pro casu*»: en su consecuencia, ponen a cargo del autor de un hecho ilícito todas las consecuencias del mismo aunque provengan incluso del caso fortuito.

Los autores modernos, en general, prefieren establecer en el delito preterintencional dos supuestos: **a) que el exceso no haya sido previsto, pero sí previsible**. En este caso, CARRARA hablaba de la mixtura o sea un supuesto mixto de dolo y culpa (dolo en cuanto al resultado previsto, y culpa en cuanto al no previsto, pero previsible), y se dice por los autores que es lógico imputar al culpable el resultado verificado. Pero ¿en qué medida?



En general se dice que la pena debe ser mayor que la correspondiente al resultado simplemente propuesto, pero no tanto como correspondería al resultado ejecutado si todo él fuera doloso.

b) Que el exceso no sea previsible. El problema, donde realmente surge, es en este caso de que el exceso no sea previsible. Si aplicáramos sistemáticamente los principios generales de la culpabilidad, no podríamos hablar del castigo de esa parte del resultado no previsible, pues no se puede imputar sino aquel resultado que ha entrado en la intención, previsión o previsibilidad" del agente; pero en contra de ese principio ideal sigue flotando el viejo aforismo del *versari in re illicita*, particularmente acogido por un fuerte sector doctrinal. En la práctica, sin embargo, la discusión apenas si tiene importancia, ya que se concede por punto general efectos atenuantes a los supuestos.

Finalmente, el nuevo Código Penal italiano ha dotado de sustantividad propia a esta figura culpable, y habla en su art. 43 de un delito preterintencional, intermedio entre el doloso y el culposo, y caracterizado porque la acción u omisión provoca un resultado dañoso o peligroso más grave que el querido por el agente.

Nuestro Código configura la preterintencionalidad dotándola de un poderío *atenuante*, siguiendo el sistema generalmente seguido en la doctrina. La fórmula criminal de la preterintencionalidad se puede subsumir en el amplio supuesto del párrafo 3.º del artículo 1.º, cuando dice que «el que cometiere voluntariamente un delito o falta incurrirá en responsabilidad criminal aunque el mal ejecutado sea distinto del que se había propuesto ejecutar». Esta fórmula criminal tiene una doble concreción penal. En primer lugar, la atenuante cuarta del artículo 9.º «de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo» ; y, en segundo término, la hipótesis del artículo 50, en el que se exponen las reglas aplicables «en los casos en que el delito ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar el culpable». ¿Cuándo se aplicará la atenuante y cuándo el artículo 50? En opinión de Silvela y la jurisprudencia de nuestro T. S., se aplicará el artículo 50 cuando el hecho intentado y el ejecutado sean dos delitos distintos, y la atenuante cuando el hecho ejecutado merezca la misma calificación que el intentado, o sea, cuando en realidad *haya un solo delito, aunque se ocasione mayor gravedad por el exceso en el resultado*.

Aplicando esta doctrina, ha declarado que en los delitos contra las personas sólo cabe aplicar el artículo 50 cuando el daño recaiga en persona distinta de aquella que se quiso ofender (18 julio 1914), como sucede a quien dispara contra un extraño y mata a su padre. Por ello, si se declara que Juan dispara contra Pedro sin más intención que herirle, pero se le causó la muerte, no se aplicará el artículo 50, sino que se calificará el hecho de homicidio voluntario con la concurrencia de la atenuante cuarta del artículo 9.º.

c) ELEMENTOS DE LA PRETERINTENCIONALIDAD

Los elementos de la preterintencionalidad son los siguientes:

1.º La existencia de un dolo inicial. — De la existencia de este dolo inicial mínimo se infiere que no es posible apreciar la preterintencionalidad :

- a) En los delitos culposos (31 octubre 1925).
- b) En los delitos sobrevenidos a consecuencia de otros en los que la intención del culpable es inoperante en orden al efecto producido, como ocurre en el robo con homicidio, «porque basta que con ocasión o motivo del robo, resulte el homicidio, tuviera o no intención de causarle» (27 junio 1906).

2.º Que sobrevenga un daño material. — De esto se infiere que no podrá "apreciarse la

preterintencionalidad en los delitos que no producen este daño (19 agosto 1925), como ocurre con el adulterio (4 octubre 1895), los ultrajes a la nación (13 julio de 1898), y, en general, los ejecutados por medio de la palabra (27 octubre 1889). Tampoco podrá apreciarse en aquellas infracciones cuya calificación y penalidad no depende de la cantidad del daño causado, como sucede con la falsedad (19 noviembre de 1887).

3.º Que el daño causado sea más grave que el que se quería producir. — La existencia de este plus in effectu supone una infracción en la que el resultado se puede desconectar de la intención del autor y moverse en más o en menos (21 dic. 1942).

Por ello no puede darse la preterintencionalidad en aquellos delitos en los que el autor tiene en su mano los medios de reducir o extender el mal probable hasta donde se proponga (21 noviembre 1888), como ocurre con los delitos contra la propiedad (2 octubre 44) y en las malversaciones (4 diciembre 1888).

Ahora bien: ¿Cómo descubriremos que ha existido el ultra propositaria? La doctrina tradicional en la jurisprudencia de nuestro T. S. ha tenido siempre a la vista una consideración de *tipo externo u objetivo* al decir que la desproporción entre la intención y el delito se patentiza por la inadecuación de los medios, de forma que haya desproporción entre «1 daño ocasionado y el medio-emplado (22 noviembre 1882). Por consiguiente, no será admisible si los medios que el culpable empleó producen ordinariamente el efecto causado: como ocurre, por ejemplo, al que causa lesiones graves con una hoz, «pues son las que normalmente se ocasionan con estos instrumentos» (1 julio 1933).

La jurisprudencia, partir de 1900 (21 diciembre), inicia ya la trayectoria de no atender exclusivamente al medio empleado para deducir la intención cuando ésta se puede descubrir «por otros procedimientos». En el año 1928 (25 junio) se dicta un fallo de marcado matiz subjetivo, en el que la intención se puede inferir también de la «situación moral del inculpado», dando por consiguiente a los medios un carácter supletorio.

Finalmente, la interesante sentencia de 2 de marzo de 1934 determinó que «esta circunstancia sólo puede apreciarse cuando aparezca claramente de los hechos que existe una netta desproporción entre la actuación criminosa del agente, valorada por los medios empleados, forma de ejecución, ocasión y cuantos particulares concurren, y su resultado, de tal suerte que, en circunstancias normales y prescindiendo de cuanto de eventual haya en este caso, las consecuencias tendrían una menor gravedad y hallaría una mayor adecuación a los propósitos revelados por el infractor». En el mismo sentido se orienta la sentencia de 12 de abril de 1947.

d) COMPATIBILIDAD

La jurisprudencia ha declarado que esta circunstancia es compatible con la de arrebató y obcecación (28 diciembre 1895), con la alevosía (1.º 1901) y con la de embriaguez (11 octubre 1910), lo que se critica por muchos tratadistas.

c) HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

[SOLER]³

CARÁCTER DE ESTA FIGURA

De acuerdo con la teoría expuesta acerca de preterintencionalidad, la disposición del art. 81, inc. 1o, letra b, no debe ser interpretada como expresiva de una figura atenuada de homicidio, porque no se trata propiamente ni de atenuación ni de homicidio. Los hechos preterintencionales constituyen, en realidad, figuras especiales, y particularmente en el caso del art. 81, sería equívoco concebir esta figura como derivación directa de la de homicidio. Otras legislaciones la acercan más bien a la de las lesiones. Esa es la manera en que BELING explica tal figura, que en el derecho alemán se llama "lesiones seguidas de muerte", pues la teoría del delito-tipo que ese autor construye, parte de la base de tomar como tipo de una figura el conjunto de aquellos elementos de ésta al cual pueda considerarse igualmente dirigida tanto la faz objetiva como la subjetiva del modo de proceder del autor del hecho. En este caso, la acción objetiva y subjetivamente no va dirigida a causar la muerte de un hombre, sino a causar un daño en el cuerpo o en la salud.

Tal vez la doctrina alemana no sea íntegramente aplicable a nuestro derecho, pues la construcción dogmática ha tendido allí con demasiada frecuencia a considerar los delitos preterintencionales como formas de responsabilidad objetiva, mientras que, para nuestro modo de ver, además de la base dolosa referible a las lesiones causadas por el sujeto, en el fondo de la imputación del evento más grave yace una forma de culpa.

La diferencia entre este hecho y un homicidio doloso reside en que no se ha querido ni representado la muerte; la diferencia con el homicidio culposo, en que existía un hecho básico doloso; la diferencia con las lesiones, en que objetivamente se ha producido más que lesiones y en que el medio empleado podía razonablemente producir ese exceso.

La figura de nuestra ley se aplica "al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjera la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte".

Sobre el aspecto causal de esta figura, véase lo que decimos en el § 24, XV.

EL ASPECTO SUBJETIVO

La figura, según se ve, contiene un elemento subjetivo específico: el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud. Esta condición no está cumplida por una forma meramente eventual del dolo ni por la mera voluntad de vejar u ofender o ultrajar que no importe un ataque al cuerpo o a la salud. No es, pues, totalmente correcto plantear el problema del dolo antes de resolver si existía en el hecho el elemento subjetivo indicado, que es una exigencia de la figura, pues siempre se hace necesario el examen previo de los elementos típicos aunque pertenezcan al psiquismo del autor antes de entrar al examen de la culpabilidad, la cual se asienta, según sabemos, también sobre hechos psíquicos (ver t. II, § § 35, 39 y 42).

Es posible inducir de los hechos el propósito, como se induce todo lo subjetivo; pero es preciso llegar a la conclusión positiva de que existió. Cuando se aprecia el dolo o la culpa, el juez estima las relaciones según lo que normalmente significan; pero cuando está en cuestión un elemento subjetivo, ese juicio puede no ser suficiente. "El ánimo de ofender —dice certeramente CARRARA— deberá ser, pues, preestablecido, toda vez que se quiera imputar no ya mera culpa, sino preterintencionalidad".

EL MEDIO EMPLEADO

En el homicidio preterintencional, es necesario ir a parar a ese tipo de consideraciones por fuerza de una circunstancia fundamental; porque se ha producido una muerte empleando un medio que no debía razonablemente producirla, de manera que, cuando el medio empleado es en sí idóneo para matar, o resulta idóneo por las formas o las circunstancias en que se lo emplea, no hay que plantearse el problema de la existencia del propósito de causar un daño, que es propio de la forma preterintencional, pero no del homicidio simple, figura éste que no requiere una forma específica de ánimo. Tanto comete homicidio el que mata porque quiere que el sujeto muera, como el que solamente quería que la víctima de las lesiones quedara inválida por un tiempo, o el que simplemente se proponía otro fin, aunque éste fuera inocente, como el de corregir a la víctima. La existencia de una forma cualquiera de dolo dirigida al evento final (representación ratificada o asentida de la consecuencia), excluye toda consideración de esta figura.

Pero, para hablar con referencia a la forma en que estos hechos se presentan, el empleo de un medio vulnerante que puede producir la muerte, acompañado de la representación de ese poder; el obrar no obstante esa representación, es suficiente también para sacar el hecho del terreno de la preterintencionalidad y llevarlo al homicidio simple. Cuando esa afirmación no es posible de acuerdo con el medio empleado y las demás circunstancias del hecho, entonces se plantea el problema en el terreno de lo preterintencional; pero ya requiriendo entonces el fin específico de causar un daño en el cuerpo o en la salud.

La cuestión referente al medio y a la apreciación de su idoneidad es, desde luego, una cuestión de hecho. El mismo objeto, por ejemplo un bastón, puede ser o no ser considerado idóneo para matar, según la manera de emplearlo, porque en el concepto de medio empleado se comprende no sólo la cosa usada sino el uso mismo que de ella se hace. No es necesario hacer referencia, pues, a los instrumentos empleados porque no puede resolverse en principio la idoneidad o la inidoneidad.

AGRAVACIÓN Y PENA

La figura del homicidio preterintencional es aplicada también, como atenuación para el caso de parricidio, C. R., 82. Entonces, claro está, además de la intención específica de causar un daño en el cuerpo o en la salud debe concurrir el conocimiento de que la persona a la cual se quiere causar ese daño es padre, hijo, esposo, etc.

Tanto en el caso del art. 81 como en el del art. 82, la penalidad es igual a la del hecho cometido en estado emocional.

La previsión específica de la preterintencionalidad en el caso de lesiones graves, no está contenida en nuestra ley, así como lo está en otras; pero ello no significa, a nuestro entender, que cualquier resultado lesivo y no mortal deba imputarse a título de dolo. De ello nos ocupamos más adelante, y en el § 86, XVIII, de este tomo.

d) EL ABORTO PRETERINTENCIONAL

[SOLER]⁴

Ya hemos dicho que no existe la figura del aborto culposo. Esto es así no solamente en consideración a la estructura misma de este tipo de delito, sino que resulta evidente del hecho de que la ley no prevea expresamente la forma culposa, según lo hace en todos los demás casos, a falta de una definición general.

Constituye un error afirmar que el art. 87 prevé un aborto culposo. Trátase evidentemente de un delito preterintencional. El aborto sería culposo si el sujeto lo causara por sus violencias, pero sin que el estado de embarazo le constare o fuere notorio, así como se responde por las consecuencias culposas no ya cuando se sabe lo que puede suceder (dolo eventual) sino cuando se debió saber lo que podía suceder. Además, esta figura, igual que las otras figuras preterintencionales, contiene un hecho base de carácter ilícito y doloso, por lo cual se diferencia claramente de un delito culposo. Finalmente, la comparación de las escalas penales nos muestra la incorrección de ver en el art. 87 un delito culposo. Si así fuera, la muerte culposa de un feto estaría reprimida con la misma pena que la muerte culposa de un hombre, a pesar de las grandes diferencias que median en las correspondientes escalas para las figuras dolosas.

Para que se dé la figura del art. 87 se requiere, pues, el empleo de violencias sobre la mujer, sin el propósito de causar el aborto. La expresión "violencias", como genérica que es, se refiere a cualquier clase de traumatismos, malos tratos o coacciones, que, por su naturaleza, sean apreciables como dirigidos contra la mujer, no contra el feto. Difícilmente podría decir que no tenía intención de hacer abortar, el sujeto a quien constándole el embarazo, según lo exige la figura, ejercitara violencias sobre la vagina de la mujer con algún instrumento.

La expresión genérica absorberá aquí solamente aquellas lesiones que no importen más mal que el causado a la mujer por el aborto mismo. En consecuencia, si además se han producido lesiones graves o gravísimas, éstas concurren con el delito que examinamos.

Para la aplicación de esta pena se requiere que el estado de embarazo sea notorio o que le conste al autor del hecho. Esto, en realidad, significa que el autor debe saber positivamente que la mujer está embarazada. No se trata de que el embarazo sea notorio en el sentido de que muchos lo sepan, sino de que sea manifiesto, evidente. Pero, no siéndolo, basta que al autor le conste. Esta exigencia es la que marca el sentido de la otra expresión empleada. No sería posible que en una hipótesis la figura se integrara con el conocimiento y en la otra éste no fuese necesario.

Por supuesto que huelgan las consideraciones referentes a la vinculación causal de la consecuencia preterintencional con las violencias. Este hecho puede, además, concurrir eventualmente con el homicidio preterintencional, en caso de muerte de la mujer.

e) LESIONES GRAVÍSIMAS PRETERINTENCIONALES

[SOLER]⁵

A semejanza de lo que ocurre con el homicidio, otras legislaciones prevén especialmente el caso en que las lesiones gravísimas sean el resultado preterintencional de un hecho leve. Un sujeto dio a otro un empujón y determinó, por una serie de circunstancias encadenadas, uno de los graves resultados que elevan la pena hasta diez años.

La circunstancia de que las lesiones gravísimas preterintencionales no se encuentren específicamente previstas en un artículo gramaticalmente autónomo de nuestra ley, presenta alguna dificultad, porque existiría contradicción manifiesta entre el art. 81, inc. lp, letra b) para el caso de homicidio y la aplicación del art. 91 al caso en el cual la víctima escape con vida del "daño en el cuerpo o en la salud" dolosamente causado con un medio que no debía razonablemente ocasionar la muerte: las lesiones resultarían, así, mucho más graves que el homicidio. Esa circunstancia muestra la urgente exigencia de una interpretación más justa y razonable de la ley que la derivada del texto aparente.

Para corroborar la necesidad de esa interpretación basta observar que es absolutamente infundada

la suposición de que la ley, en el art. 91, haya derogado todos los principios relativos al dolo y a la culpa, y que dicha disposición deba aplicarse siempre, sea cual sea la voluntad del sujeto con respecto al resultado externo que produzca, y aun cuando conste evidentemente que no corresponda ni a la representación de los hechos que el autor ha tenido, ni a la voluntad con que actuó.

Contra esta consideración no es válido observar que el art. 93 solamente se refiere a la letra a del inc. 1° del art. 81, porque esa remisión era realmente indispensable (como lo era la remisión del art. 92 al art. 80) porque la emoción violenta es una atenuante específica, es decir, propia de la figura con respecto a la cual se refiere, de manera que si un tipo de delito no la contiene, no se la puede aplicar. En cambio, lo que pone en cuestión la preterintencionalidad son los principios generales de la culpabilidad dolosa, que valen para todos los casos posibles, esté o no expresamente dicho en la parte especial.

Ahora bien, la figura de las lesiones gravísimas pre-terintencionales especialmente prevista por el art. 374 del C. italiano de 1890, no lo ha estado nunca en la nuestra, de manera que para nosotros no existe el problema creado p. ej. por la nueva legislación italiana, que al suprimir esa figura "crea los más crueles inconvenientes en la práctica, que la jurisprudencia busca en vano de corregir".

Tomemos la hipótesis de un sujeto que con un simple golpe dado con el propósito de apartar a la víctima, produce consecuencias que no debían razonablemente ocurrir: la extirpación de un órgano, o la lesión en un ojo que concluye en ceguera. Cuando la intención inicial no fuese otra que la señalada, no es dudosa la actitud de indiferencia del que da el golpe con respecto a los leves daños que ordinariamente puede ocasionar: raspones, equimosis, etc. y por ello es claro que el sujeto; con respecto a tales resultados, está en dolo. Pero la actitud dolosa no puede llevarse ficticiamente más allá de lo que realmente fue, e imputarse un resultado ultra intencional como intencional, sin vulnerar los principios de la culpabilidad, que se basan en la conciencia de la criminalidad o en la dirección de las acciones hacia un fin especialmente fijado.

La llana aplicación del art. 91 en el caso supuesto importaría dar vigencia al repudiado principio según el cual *in re illicita versatur tenetur etiam pro casu*. No consiste el dolo en una voluntad genéricamente dirigida a causar daño, sino que esa voluntad debe vincularse a un hecho determinado o a un conjunto de hechos cuya producción sea deseada por el autor o, a lo menos, sea para él indiferente. Pero si el medio empleado, la actitud del autor y las circunstancias anteriores y posteriores al hecho, autorizan a juzgar que cometió y quiso cometer solamente un leve daño en el cuerpo o en la salud y, a pesar de ello, se imputa como doloso un resultado tan distante de la intención, parece evidente que se alteran los principios generales de la culpabilidad.

No existe razón, sin embargo, para dar por descartada toda imputación del resultado más grave efectivamente producido, es decir, para identificar este caso con aquél en el cual no ocurre ninguna consecuencia ulterior. En realidad, las figuras preterintencionales no son otra cosa que figuras delictivas complejas en las cuales dos hechos, doloso el uno y culposo el otro, se funden en una sola pena.

El resultado externo que se imputa en un delito pre-terintencional no es un resultado cualquiera, ocurrido por puro caso fortuito. En este punto, la más sana doctrina ha aclarado bien, que en tales figuras no se trata de aplicar un principio de responsabilidad objetiva, y por eso se requiere que ese resultado que no debía razonablemente ocurrir, pudiera, sin embargo, suceder, de manera que solamente sea cargado en la cuenta del autor del hecho doloso básico, cuando en algún modo pueda afirmarse, además de la vinculación causal objetiva, cierta referencia subjetiva culposa.

Ahora bien, la inexistencia de una figura compleja para un hecho que cae bajo más de una sanción penal es justamente la hipótesis del art. 54.

No puede negarse la unidad de hecho, porque cualquier intento de considerar en forma autónoma

la "voluntad" dirigida al hecho más grave lleva a la contradictoria aplicación del art. 91, que siendo una figura específica con relación a la del art. 89, impediría la aplicación de ésta.

Por todo ello, es manifiesto que cuando con un medio que razonablemente no debía producir lesiones gravísimas, éstas se han producido, no es posible aplicar una pena superior a la que corresponde, cuando, además, la víctima fallece. Obsérvese que juzgando esos casos conforme con los principios comunes de la culpabilidad, no solamente no existe contradicción alguna, sino que la penalidad corresponde a las magnitudes relativas de las diversas escalas penales.

Esta conclusión es válida, sin duda posible, para el art. 91, porque la razón que la impone es el grave hecho de que la consecuencia menos grave (lesiones) tenga una pena (de 3 a 10 años) muy superior a la que acarrearía la consecuencia más grave (muerte), cuya pena fija el art. 81, I9, b (de 1 a 3 y de 3 a 6 años). Pero esta poderosa razón no milita en el caso del art. 90, de manera que resulta dudoso si en ese caso el autor ha de responder siempre dolosamente por el resultado que causare. El art. 374 del C. italiano derogado no hacía diferencias. A pesar de todo, pensamos que no corresponde hacer distingos, porque el argumento deducido del monto relativo de las penas tiene importancia para demostrar la necesidad de interpretar la ley; pero la conclusión que de esa demostración se deduce es válida para todos los casos, porque importa afirmar que la ley no ha derogado en el art. 91 los principios generales de la culpabilidad dolosa, y no existe razón alguna para afirmar que si los ha derogado en el art. 90.

3 Normativa

Preterintención. ARTÍCULO 32.-

[CÓDIGO PENAL]⁶

Obra con preterintención quien realiza una conducta de la cual se deriva un resultado más grave y de la misma especie que el que quiso producir, siempre que este segundo resultado pueda serle imputado a título de culpa.

4 Jurisprudencia

a) Culpa: Concepto y elementos

[Sala Tercera]⁷

Texto del extracto:

"I.- En su único motivo del recurso, el abogado defensor denuncia la inconstitucionalidad del artículo 128 del Código Penal, por cuanto omite una definición de culpa, de tal modo que los juzgadores recurren a elaboraciones doctrinarias para dar contenido al tipo penal. Este proceder de nuestros tribunales es inadmisibile -agrega- pues no es permitida ninguna fuente distinta a la ley para la determinación de la conducta delictiva. En razón de lo anterior, la aplicación del citado numeral 128, viola el principio de legalidad consagrado en el artículo 39 de la Constitución Política, por lo que solicita se revoque totalmente la sentencia de instancia. Debe rechazarse el motivo. Ya esta Sala se ha pronunciado sobre el punto, concretamente en sentencia N° 133-F de las 8:50 hrs. del 24 de abril de 1992, cuando señaló: "El principio de legalidad plasmado en el artículo 39 de la Constitución Política no requiere para su desarrollo que el Código Penal contenga un diccionario de

vocabulario técnico jurídico para su aplicación" (sic). Es imposible crear un sistema legislativo de carácter pleno o hermético, de tal forma que todos los términos estén definidos en la ley sin duda alguna; así, cae por su propio peso la objeción expuesta por el recurrente. De aceptarse su tesis valdría la objeción para los términos "persona" del artículo 111, "libidinosos" del 163 o "cosa mueble" del 208 por ejemplo, todos del Código Penal; y valdría también para cualquier norma penal, en cualquier ley especial en todo el ordenamiento jurídico. Sería imposible una definición -ex ante- de todos los deberes de cuidado eventualmente causantes de lesión a bienes jurídicos, en todo oficio, arte, actividad o profesión; tal pretensión haría imposible el tratamiento de la culpa en el ordenamiento jurídico penal. La voz culpa -en su sentido jurídico penal- refiere la omisión a un deber de cuidado que es causa directa de un resultado dañoso. Aunque el recurrente pretende una comparación, con supuestas conceptualizaciones de dolo y preterintención que brindan los artículos 31 y 32 del Código Penal, tampoco lleva razón. Si estas fueran realmente delimitaciones semánticas, sería imposible entender, como ya lo ha hecho esta Sala, que el dolo estructuralmente se ubica en el tipo de injusto y no en la culpabilidad como en apariencia lo sugiere el Título II, Sección V del Código Penal; conclusión aquella, derivada de la sistemática de los errores de tipo y de prohibición, previstos en los artículos 34 y 35 del Código penal. Sobre el particular ver sentencia N° 446-F, de las 15:40 hrs. del 25 de setiembre de 1992. Esto es, la normativa penal no podría ser un sistema estático de conceptos, sustraído de la realidad material en la que el significado de las palabras sufre una suerte de variaciones en el tiempo, de acuerdo a los cambios socioculturales y científicos. En todo caso, conviene agregar las siguientes consideraciones sobre la culpa. Se indicó anteriormente que la culpa penal es la falta a un deber objetivo de cuidado que causa directamente un resultado dañoso previsible y evitable. Como primera derivación queda fuera de la culpa, el consecuente de caso fortuito o de fuerza mayor; definidos como hechos del hombre aquel y como hecho de la naturaleza éste, cuyo común denominador es su imprevisibilidad o -de ser previsible- su inevitabilidad. Si la culpa supone la omisión al deber de prever y de evitar el resultado, evidentemente queda excluida ante lo imprevisible o inevitable. Parte de su contorno está demarcado por el caso fortuito y la fuerza mayor. «De ahí que las normas no se propongan evitar todos los menoscabos imaginables de bienes jurídicos sin excepción, sino sólo los perjuicios en aquellos a causa de acciones humanas». (GOESSEL, Karl-Heinz: «Dos estudios sobre la teoría del delito», TEMIS, Bogotá, 1984, p. 14. En igual sentido TERRAGNI, Marco Antonio: «El delito culposo», Rubinzal-Culzoni, Santa Fe (Argentina, 1984, p. 20.) Por lo general, una gran mayoría de los acontecimientos del hombre en su vida de relación con los demás son prácticamente previsibles y evitables, de donde se colige que sería imposible el desarrollo social a menos que se admita -como en efecto se hace- un riesgo en actividades como la navegación aérea, el transporte automotor, tráfico ferroviario, cirugía, etc. Este tipo de actividades, y se podrían enumerar muchas más, son apreciadas por el derecho como socialmente adecuadas y no son calificables de culposas. «Estas consideraciones muestran dos cosas: primero, que deben ser aceptados determinados riesgos que, a pesar de un gran despliegue de reglas de cuidado, son imposibles de domeñar por entero; segundo, que igualmente hay que aceptar acciones descuidadas si es que no se pretende paralizar en gran parte la vida social». (GOESSEL: op. cit., p. 28.) De consiguiente, si hay riesgo permitido, dentro de lo que se denomina acción socialmente adecuada, es claro que la culpa penal es una acción que excede la permisión del riesgo, por lo que se trata de una acción socialmente inadecuada. En el caso de autos, se describe la acción del imputado [...] quien, por conducir un vehículo a «exceso de velocidad» por una vía debidamente demarcada, no pudo evitar la invasión del carril contrario a aquel por donde circulaba, chocando de frente contra una motocicleta que estaba detenida cediéndole el paso y produciendo las lesiones a [los ofendidos]. La permisión de transitar por las vías públicas a velocidades que hacen posible la causación de resultados lesivos a bienes jurídicos no es ilimitada, y llega no solo a las autorizaciones que la ley o los dispositivos fijos de tránsito establecen, sino que se reduce (el permiso) de acuerdo a las circunstancias de tiempo y lugar como por ejemplo un accidente en carretera, la presencia de operarios en la vía o de niños atravesando la calzada, lluvia, neblina, derrumbes, etc. En el

presente caso, tiene acreditado el a quo la conducción de un automotor a una velocidad tal que hizo imposible su maniobrabilidad, lo que se constituyó en causa directa de las lesiones de los ofendidos. Es muy claro que se excedió el riesgo permitido y, en términos generales, la falta al deber de mantenerse dentro de los límites de la permisión es configurativa de la culpa penal. De acuerdo a lo expuesto, el tipo culposo tiene una subestructura binaria: a) El tipo objetivo: Se llena por la falta a un deber de cuidado que causa directamente un resultado previsible y evitable; y b) El tipo subjetivo: Se llena por la culpa como relación personal entre acción y resultado, subestructurada por un elemento cognitivo y un elemento volitivo. La cognición consistente en la previsibilidad potencial (culpa sin representación) o en la previsión concreta (culpa con representación) del resultado; y la volición es aceptar medios contrarios al deber objetivo de cuidado, pero sin aceptar el resultado típico. Estos dos componentes (a y b) concurren en la especie descrita en la sentencia de mérito, pues se condujo a exceso de velocidad extralimitando la permisión del riesgo al ingresar a un cruce de vías, lo que hacía previsible el resultado. Es claro que objetivamente se omitió un deber de cuidado, y subjetivamente se optó por medios contrarios a ese deber (exceso de velocidad) pese a que el resultado era previsible. Si el imputado hubiera conducido a una velocidad razonable, no habría perdido el control del automotor y no se hubiera producido la colisión y las lesiones, lo que demuestra que su acción es causa directa del resultado. Todo este esfuerzo para la determinación del contenido de la culpa, no es otra cosa que el "cuasidelito" histórico aludido por el artículo 39 de la Constitución Política, cuya formulación en la actualidad ofrece mayores garantías de justicia, pues la conducta debe ser ponderada admitiendo un riesgo y conforme a una combinación de elementos que otrora ni siquiera eran considerados. Por lo expuesto, no tienen lugar las objeciones del impugnante, ni tampoco encuentra la Sala motivos para hacer una consulta de constitucionalidad."

b)Nulidad de la sentencia penal: Condena por homicidio preterintencional

[Sala Tercera]⁸

Texto del extracto:

"El reclamo es procedente en la forma en que se dirá . Si bien en algunas partes de su reclamo, la recurrente cuestiona la forma en que el fallo acredita los hechos, lo cierto es que el alegato fundamental que plantea por el fondo sí es claro y se dirige a cuestionar la aplicación, al caso concreto, de la figura del homicidio preterintencional tipificada en el numeral 113 inciso 2) del Código Penal, pues de los hechos probados no es posible deducir un dolo inicial de lesionar por parte del acusado, al señalarse que lo que hubo en realidad fue un breve altercado que no pasó a más y lo único que hizo el acusado fue empujar al ofendido, sin que el fallo aclare si de tal acción sea posible desprender en forma clara una intención de lesionar. Con este antecedente, tampoco es posible concluir que existiendo una conducta inicial dolosa, se produjera un posterior resultado más grave, atribuible a título de culpa –en este caso la muerte del ofendido-, pues de los hechos probados no se desprende cuál es la falta al deber de cuidado que puede atribuírsele a M.U., ni siquiera se establece y analiza la previsibilidad de la muerte del ofendido en las circunstancias del caso concreto y la relación de causalidad entre esa falta y el resultado más grave producido y, en esas condiciones, no puede hablarse de un homicidio preterintencional. Efectivamente, de los hechos probados del fallo no es posible desprender los elementos indispensables para estimar que la conducta del acusado encuadra en la figura del homicidio preterintencional. La preterintencionalidad, define el legislador en el numeral 32 del Código Penal, existe cuando el sujeto activo " realiza una conducta de la cual se deriva un resultado más grave y de la misma especie que el que se quiso producir, siempre que este segundo resultado pueda serle imputado a título de culpa ". Debe, en consecuencia, establecerse la adecuación típica de la conducta inicial

del sujeto activo en una figura penal –dolosa- para luego poder establecer que el dolo inicial se dirigía a la producción de un resultado lesivo menor del que efectivamente se produjo, y determinar que este último resultado es consecuencia de una violación al deber de cuidado por parte del agente y por ello, puede serle atribuido, estableciéndose necesariamente la relación de causalidad entre la conducta inicial, la violación al deber de cuidado posterior y el resultado producido, que ha de ser de la misma especie del que inicialmente se quiso causar. En el caso concreto, el fallo tiene por acreditado que el día de los hechos, ofendido e imputado y dos hombres más, todos compañeros de trabajo como peones en una finca, que habían recibido su paga al mediodía, deciden comprar licor y retirarse a ingerirlo en una galera hecha de “perling” en medio de la finca del padre de su patrón. El ofendido fue a comprar el licor –un litro de “guaro Cacique”-, el que ingirieron puro con limón. Acabada esta primera botella, recogen dinero y el ofendido se retira a comprar otra, la que finalmente ingieren todos. Ahora bien, en el hecho cuarto se establece lo siguiente: “ (...)Que una vez que regresó el ofendido H.H. hasta el lugar donde se encontraban sus compañeros de trabajo, todos prosiguieron tomando licor en forma strike (sic) con limón hasta que se acabó el segundo litro de guaro, siendo que en un momento determinado G. H. se alejó de la galera de perling para vomitar cerca de unas piedras, momento en el cual el ofendido H. quien se encontraba sentado en el centro de la galera en el suelo le manifestó al imputado M.U. que se fuera para la casa, contestándole M.U. quien se encontraba de pie al ofendido “usted cree que yo no me animo a pelear con usted”, abalanzándose M.U. sobre la humanidad del ofendido H.H., tomándolo fuertemente del cuello mientras le repetía al ofendido “usted cree que yo no me animo a pelear con usted” interviniendo en ese momento R.V. quien agarró del brazo derecho a M.U. para que lo soltara, y este lo empujó fuertemente contra el suelo, y como consecuencia de ello el perjudicado cayó hacia atrás, golpeándose fuertemente en su cabeza contra una piedra de considerable tamaño, quedando el ofendido H. boca arriba con los ojos abiertos como idos y sin hablar, tomando R.V. a H. lo acomodó para que no se mojara pues empezaba a llover y se llevó enseguida a M.U. del lugar, siendo que cuanto todo esto sucedió tanto G.H. quien se encontraba vomitando, como R.V. y M.U. se fueron del lugar dejando a O. en la galera de perlin pues creyeron que había quedado así producto del licor (...)”. Este hecho, que en esencia describe lo que sucedió, no permite vislumbrar que M.U. llegase a materializar una conducta dirigida a lesionar, pues simplemente se narra que sujetó al ofendido fuertemente del cuello y frente a la intervención de R.V., lo lanzó fuertemente contra el suelo. El Tribunal no analiza si antes de lanzarlo al suelo lo golpeó, o si una vez que cae continuó golpeándolo. Por el contrario, establece que lo único que M.U. hace, luego de sujetar fuertemente del cuello al ofendido, es lanzarlo con fuerza al suelo. Para concluir que es esta acción de lanzarlo con la que el acusado pretendía lesionar al ofendido, debe establecer el por qué de esa apreciación, específicamente si es por la naturaleza del terreno de la galera, el exceso de piedras, o si la misma piedra en la que finalmente impactó el ofendido era visible o no y, en consecuencia, establecer si precisamente en virtud de ello es que el acusado lo empuja, con la intención de que se golpee en la piedra o, al menos, aceptando que ello puede ocurrir y conformándose con el resultado que se produzca. Porque el análisis del sitio en que el suceso ocurre, así como las condiciones ambientales –hora, clima, ubicación de la galera, etc.- están por completo ausentes en el fallo, que simplemente se limita a describir las dimensiones de la piedra en la que impactó el ofendido -trece centímetros de largo por siete centímetros de ancho- (acta de inspección, folio 17) y a indicar que se encontraba semienterrada, según se aprecia claramente en la fotografía de folio 39, incorporada al debate como prueba y que es base de las conclusiones del fallo. Es un hecho que el ofendido se golpeó la cabeza fuerte y violentamente contra la piedra, pero los juzgadores no vinculan el golpe con la acción del acusado de querer lesionarlo. Por el contrario, en un confuso razonamiento dan cabida a consideraciones que justificarían la existencia de un homicidio culposo y nunca preterintencional y en el que se desdibuja cualquier actuación inicial dolosa del acusado con el objeto de lesionar al ofendido. Así, el Tribunal razona: “ (...)De los elementos de convicción estudiados este Tribunal arriba a la certeza, que el imputado produjo la muerte del ofendido al empujarlo contra el suelo y como

consecuencia directa e inmediata de esa acción imprudente y temeraria de su parte , el perjudicado cae hacia atrás, golpeándose fuertemente su cabeza contra una piedra de considerable tamaño, quedando tumbado en el suelo, mientras su agresor de inmediato se retira del lugar en asocio de las otras dos personas que se encontraban presentes, de ahí que se estime, que esa acción no iba dirigida a causarle la muerte al perjudicado, sino a lo sumo a causarle un daño en su cuerpo o salud, dado que si la intención del acusado hubiera sido la de ultimar a la víctima no se hubiera retirado del lugar hasta lograrlo, lo cual no hizo, retirándose hacia su casa de habitación.- Esa omisión de parte del encausado a su deber de cuidado o falta de previsión, solo le puede ser reprochable al justiciable, pues sino (sic) hubiere empujado violentamente hacia atrás al ofendido quien se encontraba en evidente estado de ebriedad, lo que con toda seguridad le restó fuerza para evitar o al menos atenuar a caída que en definitiva le produjo la muerte, constituye sin lugar a dudas el resultado lesivo al bien jurídico tutelado sea la vida; Es decir, es causa eficiente y suficiente, que produjo un resultado de sobra previsible(...) ” (destacados suplidos). Como se desprende de lo transcrito, la sentencia se confunde al analizar la conducta del acusado, pues al tiempo que habla de que la acción de empujar fue “ imprudente y temeraria ” -con lo cual está reconociendo que se encuentra frente a una conducta inicial culposa y nunca dolosa, como debe darse en la preterintención-, establece que esa conducta se dirigía “ a lo sumo ” a causarle al ofendido un daño en el cuerpo o en la salud, es decir, ni siquiera determina la certeza –ni se fundamenta- de que tal acción efectivamente iba encaminada a lesionar al ofendido o que el imputado así lo consideró y aceptó esas consecuencias -dolo eventual- y, por lo tanto, si no está correctamente determinado que hubo una acción inicial del acusado, dirigida a lesionar, no es posible deducir que el resultado mayor producido –la muerte- es atribuible al imputado por preterintención, es decir, a título de culpa. En cuanto a esto último, debe señalarse que la sentencia se limita simplemente a enunciar los presupuestos de la culpa –falta al deber de cuidado, previsibilidad del resultado lesivo y eficiencia de la conducta para producir el resultado-, sin que los explique y documente en el caso concreto, es decir, sin que les de contenido. En el fallo no se establece por qué debía ser previsible para el acusado, que al caer el ofendido y golpearse la cabeza, podía morir, pues tampoco especifica en qué consiste la falta al deber de cuidado, en suma, en el fallo no están claros los hechos ni su valoración jurídica. Ya se señaló que no se analizan las condiciones del sitio en que ocurren los hechos –si está lleno de piedras, o tiene piedras grandes que sobresalen, si existe iluminación o no, cómo está compuesto el piso de la galera, si la piedra era visible, etc.-; no se valora el estado en que queda el ofendido, pues, en forma contradictoria el fallo señala que tanto el acusado como los restantes testigos dejaron allí al ofendido, porque creyeron que había quedado así, como “ido”, por la ingesta de licor y no porque lo creyeran herido o golpeado, no obstante luego afirma que era previsible para ellos el resultado producido, esto es, la muerte y que fue imprudente abandonarlo, por el riesgo que había creado, sin que se analice de qué forma ese resultado era previsible. Además, en las fotografías tomadas en el sitio del suceso, dentro de las evidencias encontradas está una gorra del ofendido impregnada de sangre –folio 38, fotografía número 3-, elemento que ni siquiera se menciona, esto es, si la portaba o no el ofendido y, en consecuencia, era visible o no algún sangrado o si éste existió o no. Así, los hechos probados no dan sustento a las conclusiones del Tribunal y además, a juicio de la Sala se encuentran confusamente establecidos, por lo que su descripción no resulta adecuada y en razón de ello es menester anular el fallo y ordenar el reenvío al Tribunal de origen para una nueva celebración del juicio como corresponde. ”

c) Preterintención: Lesiones graves en caso de golpe en el rostro con botella y herida accidental en el brazo

[Sala Tercera]⁹

Texto del extracto:

“ II . [...] Este reclamo combate la no aplicación de los artículos 30 y 1 del Código Penal, y la aplicación indebida del artículo 32 del mismo código, al estimar la señora defensora que no se está ante unas lesiones graves preterintencionales, dado que la encartada al momento del hecho se encontraba en una situación de inimputabilidad . Sin embargo, tal y como se examina en el motivo primero de este recurso, tal presupuesto no solo no se desprende de la sentencia impugnada, sino que tampoco puede extraerse de las circunstancias que rodearon el hecho, ya examinadas anteriormente, por lo que remitimos a ello. Por otra parte, tenemos que el Tribunal tuvo por acreditado: “ 1) Que en fecha dieciocho de julio de dos mil cuatro, en horas de la madrugada, a eso de las dos, encontrándose la ofendida Paula Mercedes Stevenson Simpson en la discoteca denominada Escrupulos, sito en el centro de Siquirres , fue agredida sin motivo alguno por la imputada Yenny Yajael Rojas Angulo, conocida como “ Yendri ”, quien le propinó un botellazo con un envase vacío, por la frente, quebrándose el envase e hiriendo con el pico de botella en el brazo a la ofendida en forma accidental, al bajar la botella quebrada, una vez que le había asestado el golpe en la frente. 2) Que producto de la agresión, le causó a la ofendida una herida contusa en la cara anterior de la frente, sobre la línea media de 1 centímetro de longitud. Una herida cortante en la cara postero [sic] medial del tercio proximal del antebrazo derecho, con forma de curva de convexidad en sentido proximal y medial, de 11 centímetros de longitud. Funcionalmente aqueja dolor limitante a la flexión dorsal y desviación lateral de la mano derecha. Lesiones que la incapacitaron por espacio de una semana y le dejaron una incapacidad permanente del dos por ciento de la capacidad general por herida cortante en antebrazo derecho, con dolor residual .” (cf. folio 72). Según este cuadro fáctico tenido por acreditado, resulta adecuada la calificación de lesiones graves preterintencionales, al partir el Tribunal de que el resultado más grave no fue doloso, sino culposo, como lo indica en las consideraciones de fondo, al señalar como acreditado por la prueba evacuada en juicio que “ la imputada se dirigió hacia la humanidad de la ofendida, y sin mediar motivo ni justificación alguna, le dio un golpe con una botella o envase por la frente, causándole una herida, y quebrándole el envase en el golpe, cortándola al bajar el brazo con el pico de botella, causándole las heridas e incapacidades arriba descritas, No hubo provocación alguna, la agresión fue ilegítima e injusta, y si bien se tiene por acreditado que la herida en el brazo de la ofendida fue accidental, al bajar la imputada el brazo con el pico de botella, es lo cierto que causó un resultado más grave del que quiso producir, siéndole imputable este resultado a título de culpa. ” (cf. folio 77 y 78). A diferencia de lo que alega la recurrente, está claro que la encartada, actuando con conocimiento y voluntad, pues se ha descartado que se encontrara en un estado de perturbación de la conciencia que influyera en su capacidad de comprensión y determinación, golpea a la ofendida en la frente con una botella de vidrio, quebrándose esta, e hiriéndola en el antebrazo, lo que le produjo cierta incapacidad permanente. El Tribunal parte que esa lesión del brazo no es dolosa sino culposa, al estimar accidental esta segunda herida, aspecto que se adecua a la situación prevista por el numeral 32 del Código Penal, aplicado al caso, por lo que no resultan violadas los artículos 30 -que aparte de ello sí se aplica respecto a la conducta inicial- y el 1 del citado código. No es posible aceptar la posición de la defensa, pues parte del presupuesto erróneo de que la encartada era inimputable y, por ello, no podía haber actuado dolosamente, en su conducta inicial, como tampoco podía haber actuado en forma culposa, respecto del resultado más grave. Se tuvo por cierto que la imputada dirigió su acción a lesionar a la ofendida y, efectivamente, la lesionó, no solo en la frente, sino también en el antebrazo, y aunque el Tribunal estima que “ las lesiones son preterintencionales , toda vez que el dolo inicial, fue dar un golpe con la botella en la frente de la ofendida, con el fin obvio de lesionar; sin embargo en la acción, la botella se quiebra, y al bajar el brazo con el pico de botella quebrado que quedó en su mano, corta a la ofendida, produciéndole con tal herida, las lesiones descritas supra , y dejándole una incapacidad permanente definitiva de de un dos por ciento de su capacidad general en su antebrazo derecho. Si bien la acción inicial de golpear con la botella es doloso, quedó demostrado

que el resultado es final de lesiones graves, (por la incapacidad permanente del 2%) producida, es a título de culpa. Ello en razón de que un vez que asestó el botellazo a la ofendida, quebrando la botella en su frente, debió guardar el debido cuidado con el pico que quedó en su mano [...] Así al herir la imputada a la ofendida, si bien no se demuestra que este resultado sea doloso, sí debió haber tenido la prudencia suficiente para evitar herir o dañar [...]” (cf. folio 79). Como se puede observar, en realidad la interpretación del Tribunal, al excluir el dolo en cuanto a la segunda acción, y considerarla culposa, lo hace a favor de la encartada, asumiendo que hay duda de que quisiera producir tal resultado, pese a que evidentemente el utilizar una botella de vidrio para golpear a una persona en la cara, implica no solo el conocimiento y voluntad de producir una lesión contusa, sino la aceptación de que se rompa dicha botella y se hiera a la persona, independientemente de que ello ocurra en la cara, o en el cuerpo o en sus miembros. De ahí que no solo el presupuesto de que parte la defensa - inimputabilidad de la acusada- no se da, sino que de aceptarse su reclamo sobre la inexistencia de la preterintención, caeríamos siempre ante las lesiones graves, dolosas, cuya aplicación no iría en beneficio de la imputada. “

d) Preterintención: Intrascendencia jurídica en materia de lesiones

[Tribunal de Casación Penal]¹⁰

Texto del extracto:

"II. [...] Cabe señalar, por lo tanto, que la juzgadora sí justificó adecuadamente su resolución en cuanto al extremo que interesa, excluyendo de manera fundada la tesis de la defensa relativa a la preterintención y supuesta existencia de un delito culposo. A ello debe agregarse que la preterintención, como tal, no tiene mayor trascendencia en materia de lesiones, pues – independientemente de su definición en la Parte General– lo cierto es que en la Parte Especial dicha figura sólo se contempla para efectos del Homicidio, en cuyo ámbito produce una atenuación especial (artículo 113 inciso 2 del Código Penal). Nótese que, en lo referente a las Lesiones, la preterintención ni siquiera constituye una atenuante (artículo 127 íbidem). Por lo demás, tampoco existe ninguna base jurídica para afirmar que, en casos de preterintención, la parte inicialmente dolosa del delito se transforma en culposa, pues ese no es el sentido de lo dispuesto por el artículo 32 del Código Penal."

e) Culpa con representación: Diferencia con dolo eventual

Determinación de la voluntad marca la diferencia

[Sala Tercera]¹¹

Texto del extracto:

"Consideran los suscritos que el reclamo es atendible, pues a pesar de que el a quo hizo una sentencia extensa, en la que incluso, por ejemplo, llegó a consignar detalladas consideraciones sobre el desarrollo que ha tenido la legislación española en materia de delitos culposos y su incidencia en las cuestiones de autoría y participación, lo cierto es que omitió referir su análisis a la legislación costarricense aplicable y, por otra parte, extendió un análisis confuso y contradictorio respecto a las razones que lo llevaron a concluir que el imputado Ch.G. actuó con culpa consciente (o, en otra nomenclatura, "culpa con representación") respecto a los ofendidos M.C.Q. y S.C.A.. Así, por ejemplo, señala el tribunal que el imputado: «...pudo preveer (Sic) que la cantidad suministrada de la droga rohypnol en conjunto con el alcohol, podría provocar la muerte de ambos



ofendidos, pero confió en que ello no pasaría y no aceptó la muerte como resultado del hecho, sino, simplemente el desvanecimiento y sueño profundo de los ofendidos para lograr sustraer sus bienes» (sentencia, folio 456). El juicio de valor expresado en el texto anterior no es razonable, pues si el agente tiene conocimiento de que la sustancia que suministra a las víctimas puede ocasionarle a estas la muerte, si es que se representó hipotéticamente ese resultado, entonces ¿qué significa que "confió" en que no se produciría la muerte? Cuando el a quo dice que el imputado "confió" ¿será acaso que le atribuye una "esperanza" o una "seguridad" de que no morirían las víctimas? ¿Cual sería el fundamento probatorio y racional de que se sirvió el tribunal para afirmar que el agente "confió" en que no se produciría el resultado muerte? Nada de esto se explica en el fallo. Además cabe preguntarse si de haber tenido esa "confianza" resulta razonable concluir en que el agente no aceptó el resultado muerte. Esta última cuestión es de suma importancia, pues partiendo del conocimiento atribuido al imputado, la determinación de la voluntad define si se está en presencia de dolo eventual o de una culpa con representación, lo que a su vez incide en la determinación de la tipicidad dolosa o culposa de la acción y de las consecuencias que de cada una de ellas pudieran derivarse al agotar el análisis de la antijuridicidad y culpabilidad del agente, pero incluso da lugar a una tercera opción híbrida, puesto que nuestra legislación contempla la figura del homicidio preterintencional (cfr. artículos 32 y 113 inciso 2º del Código Penal), no considerada por el a quo, a pesar de que esta última figura se refiere precisamente al que con la intención de lesionar causare la muerte de otro. Como se apuntó, el contenido concreto del elemento volitivo de la conducta no fue claramente establecido por el a quo, quien más bien introduce algunas aseveraciones que restan congruencia a sus conclusiones, como cuando dice que el acusado sabía que actuaba «bajo un alto riesgo» (sentencia, folio 463) o al decir que la actuación del encartado «fue realizada con una clara y evidente violencia [...] Esta acción la realizó el imputado con claro desprecio de la vida del occiso y la salud de Carvajal» (sentencia, folio 472). Por las razones indicadas se declara con lugar el recurso de casación interpuesto por la fiscal S.C.V. y se anulan totalmente la sentencia impugnada y el debate que la precedió, ordenándose la remisión del proceso al competente para su nueva sustanciación. La anulación debe ser total porque resulta fundamental determinar cuál fue el dolo o la culpa de los autores para eventualmente establecer -si fuera el caso- no solo la tipicidad correcta de las conductas sino también el desvalor de la conducta, el contenido concreto del injusto y de la culpabilidad, la naturaleza de un hipotético concurso y la penalidad, posibilidades cuyo examen sugieren la acusación formulada y la naturaleza de las acciones emprendidas contra el procesado. Por resultar innecesario se omite pronunciamiento sobre los otros recursos de casación interpuestos."

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 RODRÍGUEZ DEVESA José María. Derecho Penal Español. Parte General, Séptima Edición. Impreso en Gráficas CARASA, José Bielsa, 20, Madrid, 1979. Pp. 667-669.
- 2 PUIG PEÑA Federico. Derecho Penal. Tomo I. Editorial LICILI. Barcelona, España. 1950. Pp. 294-298.
- 3 SOLER Sebastián. Derecho Penal Argentino. Editorial LA LEY, Buenos Aires, Argentina. 1945. Pp. 84-85
- 4 Op Cit, Pp. 124-126.
- 5 Op Cit, Pp. 156-159.
- 6 ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 4573 del cuatro de mayo de 1970. Código Penal. Fecha de vigencia desde: 15/11/1970. Versión de la norma: 24 de 24 del 04/03/2009. N° Gaceta: 257 del: 15/11/1970 Alcance: 120.
- 7 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 511 de las nueve horas treinta minutos del diez de setiembre de mil novecientos noventa y tres. Expediente: 93-000462-0006-PE.
- 8 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 896 de las diez horas cincuenta minutos del cuatro de agosto de dos mil. Expediente: 98-200630-0064-PE.
- 9 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 1210 de las nueve horas treinta minutos del veintinueve de noviembre de dos mil seis. Expediente: 04-000632-0070-PE.
- 10 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Sentencia número 1217 de las nueve horas quince minutos del diecisiete de noviembre de dos mil cinco. Expediente: 02-001054-0064-PJ.
- 11 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 1593 de las diez horas veinte minutos del dieciséis del diciembre de mil novecientos noventa y nueve. Expediente: 99-000876-0006-PE.